



**ØSTRE LANDSRET
DOM**
afsagt den 22. februar 2024

Sag BS-24799/2023-OLR
(10. afdeling)

Godt Smil Holding ApS
(advokat Heidi Højmark Helveg)

mod

Tandlægerne Nord-Smil.dk Randers I/S
og
Tandlægerne Nord-Smil.dk Aarhus ApS
og
Tandlægerne Nord-Smil.dk Aalborg I/S
(advokat Christian Lund Agerbæk for alle)

Sø- og Handelsretten har den 21. april 2023 afsagt dom i 1. instans (sag BS-47585/2021-SHR).

Landsdommerne Katja Høegh, Malou Kragh Halling og Jakob Friis Nolsø har deltaget i ankesagens afgørelse.

Påstande

Appellanten, Godt Smil Holding ApS (herefter ”Godt Smil”), har nedlagt følgende påstande:

1. Nord-Smil selskaberne skal in solidum betale 1.900.000 kr. med tillæg af procesrente af 400.000 kr. fra sagens anlæg til den 13. februar 2023 og med tillæg af procesrente af 1.900.000 kr. fra den 13. februar 2023.

2. Nord-Smil selskaberne forbydes at bruge Godt Smils varemærke GODT SMIL i sin markedsføring, herunder som søgeord og i annoncer på Google.

3. Nord-Smil selskaberne påbydes at tilføje ordkombinationen ”godt smil” og ”godtsmil” som negativt søgeord på selskabernes Google Ads konto på en så-dan måde, at annoncer på Google ikke vises, når der på Google søges på ”godt smil” eller ”godtsmil” alene eller i sammenhæng med andre søgeord.

De indstævnte, Tandlægerne Nord-Smil.dk Randers I/S, Tandlægerne Nord-Smil.dk Aarhus ApS og Tandlægerne Nord-Smil.dk Aalborg I/S (herefter ”Nord-Smil”), har over for Godt Smils påstand 1 påstået stadfæstelse og har over for Godt Smils påstand 2 og 3 påstået principalt afvisning, subsidiært stad-fæstelse.

Godt Smils nedsættelse af påstand 1 set i forhold til påstanden for Sø- og Handelsretten skyldes, at Nord-Smil har betalt det ved den ankede dom tilkendte beløb på 100.000 kr.

Supplerende sagsfremstilling

Der er for landsretten fremlagt en artikel, ”Kapitalfondsejet tandlægekæde overtager tandteknikere” , af 2. juni 2022 i nyhedsbrevet, KapitalWatch, og en artikel af 14. maj 2023, ”Kendt tandlægekæde efter dundrende underskud i afdeling i midtbyen – Vi kommer aldrig til at flytte ud” , i Horsens Folkeblad, som begge drejer sig om Godt Smil.

Der er endvidere fremlagt uddrag af en rapport af 11. juni 2021, ”Project Bonum – Commercial due dilligence – phase 1 (brand recognition + use of dental chains)” udarbejdet af Implement Consulting Group i forbindelse med salg af ejerandele i Godt Smil. Rapportens formål var efter det oplyste at give en poten-tiel køber et indblik i Godt Smils organisation og er udarbejdet på baggrund af blandt andet en spørgeskemaundersøgelse med ca. 1.000 respondenter. Det fremgår, at 39 % af de adspurgte har svaret, at de kendte virksomheden Godt Smil, og at 10 % af de adspurgte brugte Godt Smil som tandlæge.

Af udateret spørgeskemaundersøgelse vedrørende kendskabet til Godt Smil udarbejdet af Meta på tværs af Facebook og Instagram i – efter det af Godt Smil oplyste – perioden 3. og 4. kvartal 2023 fremgår følgende resultater:

»

Resultater

Ad recall:

Periode	Kontrolgruppe	Testgruppe	Total
17. aug. 2023 - 18. sep. 2023	24.49%	45.66%	34.25%
20. sep. 2023 - 19. okt. 2023	26.94%	48.02%	37.67%
26. okt. 2023 - 27. nov. 2023	28.76%	69.54%	46.46%
Total	26.55%	52.87%	38.47%

Positive svar som tælles med i procenten:

"Ja"

Standard Brand Awareness

Periode	Kontrolgruppe	Testgruppe	Total
17. aug. 2023 - 18. sep. 2023	50.20%	56.73%	53.47%
20. sep. 2023 - 19. okt. 2023	52.49%	57.92%	55.20%
26. okt. 2023 - 27. nov. 2023	57.87%	60.41%	59.14%
Total	53.25%	58.22%	55.73%

Positive svar som tælles med i procenten:

"Ja"

Action Intent

Periode	Kontrolgruppe	Testgruppe	Total
17. aug. 2023 - 18. sep. 2023	24.49%	27.21%	25.83%
20. sep. 2023 - 19. okt. 2023	26.79%	31.70%	29.20%
26. okt. 2023 - 27. nov. 2023	22.28%	33.20%	27.51%
Total	24.58%	30.43%	27.44%

Positive svar som tælles med i procenten:

"Meget sandsynligt"

"Forholdsvist sandsynligt"

Eksempel på udregning af svarprocent

Antal person spurgt: 1612

Antal positive svar: 1000

% positive svar: $1612 \cdot 1000 = 62.03\%$

Total er udregnet baseret på total antal personer spurgt og svar givet på tværs af grupperne. »

Af 4 udaterede screenshots af søgeresultater fra Google ved søgning på søgeordene godtsmil herning henholdsvis godtsmil aarhus, godtsmil ålborg og godtsmil randers fremgår, at nord-smil.dk fremkommer som det første sponso-rerede resultat. Godt Smil har oplyst, at søgningerne er foretaget i maj 2023.

Endvidere er fremlagt en rapport om ændringshistorikken for Nord-Smils Google-konti den 1. marts 2023.

Af en oversigt over Godt Smils markedsføringsomkostninger for perioden 2018-2023 fremgår:

”

Direkte marketing omk. - ikke inkl løn, husleje mm						
Per År - Per type						
Værdier	år	2018	2019	2020	2021	2022 2023 1kvt
Sum af Google		4.982.848	7.375.248	7.003.963	7.197.929	7.679.226 1.533.879
Sum af Facebook		1.406.103	1.466.657	2.356.423	2.292.568	3.250.480 1.286.937
Sum af øvrigt		1.903.768	2.472.634	3.211.422	3.691.031	4.641.810 1.582.614
Sum af Total		8.292.719	11.314.539	12.571.808	13.181.528	15.571.516 4.403.430
Per År/måned - total						
Sum af Total	år	2018	2019	2020	2021	2022 2023
Rækkemærkater						
1		835.713	833.097	1.190.668	1.007.060	1.262.205 1.431.991
2		758.217	747.774	1.286.024	1.106.027	1.316.142 1.193.303
3		692.052	1.171.273	1.042.765	1.279.662	1.585.931 1.778.135
4		633.391	1.131.971	813.164	1.239.646	903.749
5		584.580	930.796	1.010.446	1.114.676	1.024.656
6		601.933	933.684	1.275.267	1.077.175	1.396.378
7		511.942	907.805	570.674	437.394	570.970
8		723.237	911.295	1.017.093	919.594	1.116.027
9		754.610	807.846	1.100.244	1.366.703	1.529.877
10		757.739	923.142	1.129.698	1.263.400	1.648.400
11		719.791	888.606	1.230.804	1.338.509	1.652.749
12		719.514	1.127.252	904.961	1.031.683	1.564.430
Hovedtotal		8.292.719	11.314.539	12.571.808	13.181.528	15.571.516 4.403.430
Per År/kvartal - total						
Sum af Total	år	2018	2019	2020	2021	2022 2023
Rækkemærkater						
1		2.285.983	2.752.143	3.519.457	3.392.749	4.164.278 4.403.430
2		1.819.904	2.996.451	3.098.877	3.431.497	3.324.784
3		1.989.789	2.626.946	2.688.011	2.723.690	3.216.874
4		2.197.043	2.939.000	3.265.463	3.633.592	4.865.580
Hovedtotal		8.292.719	11.314.539	12.571.808	13.181.528	15.571.516 4.403.430

”

Der er endvidere fremlagt opgørelser over Godt Smils omsætning og markedsføringsomkostninger for perioden 2018-2023.

Forklaringer

Vidne 3, tidligere Person 4 og Vidne 1 har afgivet supplerende forklaring. Vidne 4, tidligere Person 1 og Vidne 5 har endvidere afgivet forklaring.

Vidne 4, tidligere Person 1 har forklaret blandt andet, at han er stifter af og direktør for Godt Smil-kæden. Han stiftede kæden i 2008. Han er ikke tandlæge, men uddannet inden for markedsføring og økonomi. Han startede i sin tid øjenklinikkerne ”Godt Syn”, og efter salget heraf startede han tandlægekæden. Hans far fandt på navnet Godt Smil, og han syntes, det var et sjovt og anderledes brand, og der var ikke andre i branchen, der hed noget lignende. Tanken bag kæden var svarende til konceptet fra øjenklinikkerne, nemlig at tilbyde dan-skerne en tandlægebehandling af høj kvalitet til en fair pris. De danske tandlæger trængte dengang til konkurrence og prisgennemsigtighed. Godt Smil var den første tandlægekæde i Danmark. Patienterne tog godt imod Godt Smil, men konkurrenterne var meget skeptiske. I 2016, hvor Nord-Smil startede sine klinikker, var det blevet mere almindeligt blandt tandlæger at have hjemmesider med prisoplysninger. Der var på daværende tidspunkt ikke andre kæder, der markedsførte sig med lave priser. I dag er det fortsat kun Godt Smil og Nord-Smil der markedsfører sig på kvalitet til lave priser. De enkelte tandlægeklinikker i Godt Smil-kæden er ejet af henholdsvis en tandlæge som majoritetsejer og Godt Smil. Tanken bag er, at tandlægen lægger sin tid og erfaring i sel-skabet, og Godt Smil står for investeringen og markedsføringen. Godt Smil har ca. 12,5 % af den voksne danske befolkning som patienter. Kæden omsætter årligt for ca. 600 mio. kr. i alt ud af den samlede omsætning for tandlæger i Danmark, der er på ca. 7 mia. kr. Selskabets største konkurrent i de byer, hvor Nord-Smil er til stede, er Nord-Smil. Tandlægen.dk eller øvrige tandlæger gør ikke brug af samme koncept som Godt Smil. Den af Implement udarbejdede rapport blev lavet i forbindelse med salg af en del af aktiekapitalen i Godt Smil til en kapitalfond. Han blev overrasket over, at kendskabsgraden ikke var større end 39 %, men det skyldes nok, at rapporten er baseret på en undersøgelse i hele Danmark, og Godt Smil var endnu ikke repræsenteret i alle byer. Godt Smils strategi er blandt andet at bruge størstedelen af overskuddet på markedsføring med henblik på at blive Danmarks største tandlægekæde. **Vidne 3, tidligere Person 4** var ansat tandlæge i Godt Smil og blev tilbudt medejerskab af en klinik, som Godt Smil planlagde at åbne i Ålborg. Det blev dog ikke til noget, da han i stedet blev kontaktet af en mere erfaren tandlæge, som han valgte at gå videre med. Godt Smils personale bliver på personalemøder løbende orienteret om virksomhedens kampagner og markedsføringen generelt. Det var relativt kort tid efter deres fælles drøftelser, at **Vidne 3, tidligere Person 4** startede Nord-Smil i Ålborg. Han blev selvfølgelig ked af, at **Vidne 3, tidligere Person 4** havde valgt at forlade Godt Smil, og især at **Vidne 3, tidligere Person 4** lavede en kopi af Godt Smils koncept, herunder Godt Smils hjemmeside, hvor Nord-Smil endda havde de samme stavfejl. Nord-Smil anvendte desuden det samme marketingbureau, **Virksomhed ApS 1**, som Godt Smil. Det var ikke **Virksomhed ApS 1**, der fandt på Godt-Smils koncept, men **Virksomhed ApS 1** arbejdede tæt sammen med Godt Smil om selve markedsføringen heraf. Hvis han havde vidst, at **Virksomhed ApS 1** havde Nord-Smil som kunde, havde han stoppet samarbejdet med bureauet med dags varsel. Annoncering, brug af Google Ads søgeord mv. på Google udgør ca. 80% af Godt Smils markedsfø-

ring. Som følge af Nord-Smils tilstedeværelse i byen var det svært at starte en Godt Smil klinik i Randers. Nord-Smil tilbød deres kunder en rabat på 60% mod Godt Smils på 40%. Han har fået en del klager fra Godt Smils klinikker, der oplyser, at de to brands forveksles. Han har selv siddet i Godt Smils callcenter og oplevede mere end 10 gange, at der skete forveksling med Nord-Smil, herunder at patienter fortalte ham, at de netop havde ringet til Nord-Smil, fordi de troede, det var Godt Smil, de kontaktede. Han har også oplevet, at patienter har henvist til en pensionist-rabat, som ikke er en del af Godt Smils rabatstruktur med derimod Nord-Smils. Han har talt med Vidne 3, tidligere Person 4 efter sagens opstart, blandt andet fordi Godt Smil overvejer at opkøbe Nord-Smil. De har i fællesskab besluttet ikke at drøfte denne sag under forhandlingerne herom. Han ved ikke, hvordan andelen af voksenbefolkningen, der har været til tandlæge, ser ud efter 2020.

Vidne 3, tidligere Person 4 har forklaret blandt andet, at han var ansat som tandlæge hos Godt Smil i Odense i ca. 1 års tid. Han behandlede tænder, men deltog også i personalemøder en eller to gange. Det var frivilligt, om man ville deltage. Der blev ikke drøftet markedsføring eller kampagner på de personalemøder, hvor han var til stede. Han holdt møde med Vidne 4, tidligere Person 1 om køb af en Godt Smil klinik i Ålborg, men takkede nej som følge af de kontraktuelle betingelser. Han husker ikke, hvornår det var, men nok omkring 2015/2016. Det er ikke hans opfattelse, at årsagen til, at kontrakten ikke blev indgået, var, at Godt Smil havde fundet en mere erfaren tandlæge. Da Nord-Smil åbnede klinik i Ålborg i sommeren 2016, hvilket var et par måneder efter, han var stoppet hos Godt Smil, var det vigtigt for ham at finde et marketingbureau, der var placeret i samme by. Det var årsagen til, at han og hans kompagnon, Person 15, valgte Virksomhed ApS 1. Han vidste på daværende tidspunkt ikke så meget om markedsføring og spurgte heller ikke til, hvorvidt Virksomhed ApS 1 havde andre tandlægeklinikker som kunder. Han sagde blot, at Nord-Smil gerne ville ligge øverst som søgeresultat ved søgning på nettet. Han vidste ikke, at Godt Smil også brugte Virksomhed ApS 1. Nord-Smil stoppede samarbejdet med Virksomhed ApS 1, blandt andet fordi han fandt ud af, at Virksomhed ApS 1 havde købt søgeordet ”godt smil” til brug for Nord-Smils kampagner. Det var ikke noget, han eller Person 15 havde drøftet med Virksomhed ApS 1. Det koster også Nord-Smil kunder at blive forvekslet med Godt Smil. Efter henvendelsen fra Godt Smil i denne sag blev han opmærksom på muligheden for at indsætte negative søgeord og bad straks Nord-Smils daværende marketingbureau om at få ”godt smil” registreret som negativt søgeord. Nord-Smil markedsføres både på Google og på Metas forskellige platforme. Den samlede patienttilgang til Nord-Smil Randers var i perioden juni-september 2018 på 721 patienter, i samme periode i 2019 var den på 639, i 2020 på 562, og i 2021 på 538. Der var samme mønster for patienttilgangen i Nord-Smils andre klinikker. Patienttilgangen var således generelt nedadgående, hvilket var en af årsagerne til, at Nord-Smil igen skiftede marketingbureau. I dag er der en stigende patienttilgang til Nord-Smils klinikker. I

sommermånederne og december er der traditionelt set ikke så høj en omsætning i tandlægevirksomheder som i de øvrige måneder. Han er kort blevet orienteret om, hvad Vidne 4, tidligere Person 1 netop har forklaret om i landsretten, inden han selv skulle afgive forklaring. Årsagen til, at han valgte at starte klinik i Ålborg, var, at han havde hørt, at der var mangel på tandlæger. Konceptet bag Nord-Smil er, at de kan konkurrere på prisen. Han tænkte ikke så meget over, at Godt Smil også ville åbne klinik i Ålborg. Han har ikke selv lavet Nord-Smils hjemmeside, men har videregivet sine ideer herom til selskabets marketingbureau. Han nævnte i den forbindelse, at den grønne farve fra Nord-Smils logo skulle fremgå af hjemmesiden, og at farven orange skulle give associationer til tilbud. Han tænkte ikke over, at Godt Smil også brugte farven orange på sin hjemmeside. Han gav tilladelse til, at skønsmanden kunne få adgang til Nord-Smils Google-konti. Han ved ikke, hvorfor der gik så lang tid, før skønsmanden fik udleveret hans kunde-id. Han havde meget travlt, så det må have været en forglemmelse. Han ved ikke, hvorfor der er foretaget ændringer i søgeordshistorikken for negative søgeord på Nord-Smils Googlekonti. Det er forståeligt, at kunderne forveksler Godt Smil og Nord-Smil, da begge selskaber er tandlægekæder, der markedsfører sig på lave priser.

Vidne 5 har forklaret blandt andet, at Virksomhed 2, som nu er Nord-Smils marketingbureau, er associeret Google-partner. Der er 4 medarbejdere ansat på fuld tid og 7 på deltid. Virksomhed 2 bistår typisk større servicevirksomheder og e-handelsvirksomheder. Han startede samarbejdet med Nord-Smil i oktober 2022 som underentreprenør til Nord-Smils daværende marketingbureau, men fik det direkte kundeforhold i 2023. Virksomhed 2 ændrede Nord-Smils markedsføringsstrategi for markedsføring på Google i 2022. For at undgå forbrede, upræcise og dermed spildte søgninger, ændrede han opsætningen på Nord-Smils Google-konto fra ”bredt match” til ”sætningsmatch” og ”eksakt match”. Sætningsmatch betyder, at annoncen kun vises, i det omfang et givent søgeord indgår. Ved eksakt match er det kun det præcise ordvalg, der giver resultat. Nord-Smils tidligere marketingbureau havde registreret flere hundrede negative søgeord på kampagneniveau, da han overtog kunderelationen. Det blev ændret til negative søgeord på listeniveau. Han sikrede, at der blev lagt negative søgeord ind for alle Nord-Smils væsentlige konkurrenter. Alle tandlægeklinikker, der havde et registreret selskabsnavn, blev tilføjet. Han kan derfor huske, at både ”godt smil” og ”godtsmil” var lagt ind som negative søgeord. Dette arbejde blev gennemført i oktober 2022. Vidne 3, tidligere Person 4 og Person 15 spurgte ofte ind til, om han var sikker på, at Nord-Smil ikke bød på konkurrerende virksomheders søgeord, hvorfor han lavede en rapport den 1. marts 2023 på godt smil, som han sendte til dem. Det er denne ændring, der fremgår af rapporten om Nord-Smils ændringshistorik. Godt smil som bredt match giver mere end godt smil som søgeord, hvilket var årsagen til, at de ændrede det til eksakt match. Google differentierer ikke mellem mellemrum og ikke-mellemrum, så det gør ingen forskel, hvorvidt både godt smil og

godt-smil er registreret som negative søgeord. Han kan ikke svare på, hvorfor nord-smil.dk vises som resultat ved søgning på ”godt smil herning” i maj 2023. Det burde ikke kunne lade sig gøre, idet Nord-Smils negative søgeordsliste net-op indeholder godt smil som negativt søgeord. Allerede fordi Nord-Smil bruger sætningsmatch og eksakt match burde det ikke kunne lade sig gøre. Han har set søgningerne før, men han husker ikke, om det var før eller efter den 1. marts 2023. Han kan ikke tilgå de historiske data for Nord-Smils Google-konto. Af ændringshistorikken fremgår kun, at der er sket ændringer, men ikke hvad der er blevet ændret. Man vil dog altid kunne se, om en negativ søgeordsliste er blevet ændret eller fjernet, herunder også alle de negative søgeord. Alt efter hvilken kampagnetype, der er anvendt, kan man se hvor mange klik, der er genereret. Man vil også kunne se søgetermer og søgeord. Han laver sporinger af kundernes eksponeringer og konverteringer, da det er en forudsætning for hans forretnings succes. Han kan som følge heraf bekræfte, at Nord-Smil har haft en stigende patienttilgang. Nord-Smil har 6 Google Ads-konti. Man kan pause eller slette en kampagne på Google. Sletter man den, forsvinder den umiddelbart, men den kan stadig genfindes, uden at den dog kan genanvendes. Slettede annoncegrupper kan genfindes på samme måde. Det tager ikke lang tid at ændre eller fjerne en negativ søgeordsliste. Der er ikke nogen virksomheder, der profiterer af at købe en konkurrents varemærke som søgeord. Han kan ikke huske, om han har givet en skønsmænd adgang til Nord-Smils Googlekon-ti. Det sker, at hans kunder inviterer andre til at se deres konti, hvilket han kun nogle gange bliver involveret i.

Vidne 1 har forklaret blandt andet, at virksomheden Ahrefs.com registrerer, hvor mange søgninger og besøg hvert enkelt website opnår ved organisk søgning. Det er herfra, han har sin viden om Godt Smils eksponering via organisk trafik på Google sammenlignet med konkurrenternes. Det er den enkelte virksomhed, der definerer hvilke mål, der skal være nået, før der foreligger en konvertering. Google Ads definerer, hvad der udgør et klik. De 86.000 konverteringer, som fremgår af udtrækket fra Godt Smils Google-konto, er ikke udtryk for nye patienter. Godt Smil kan i dag måle, hvor mange eksponeringer, der fører til bookede patienter. Der er målt en meget høj konverteringsrate på ”Godt smil Ålborg”, hvor 10 % af de personer, der klikker på denne tekst, konverterer til bookede patienter, sammenlignet med eksempelvis ”tandlæge Ålborg”. Når en annonce fra Godt Smil bliver placeret øverst i søgeresultatet, klikker mere end 50% af de personer, der foretager søgningen, på annoncen, og 5% bliver nye patienter hos Godt Smil. Omkring 35% af de patienter, som Godt Smil får på baggrund af søgninger på Godt Smil, er nye patienter, hvilket er en meget høj konverteringsrate. Man kan ikke vide, hvilken del af en annonce, læserne reagerer på. Er det den billige pris, vil de pågældende selvfølgelig booke tid hos Nord-Smil, hvis den annonce også vises. Godt Smils markedsførings-omkostninger er lavere i sommermånederne, da der dels er en lavere bemanding i marketingafdelingen og dels i servicecenteret, som skal modtage de

opkald, som følger af en intensiv annoncering. Fordi Godt Smils brand er så stærkt, og klinikkerne har så mange eksisterende patienter, er det stort set ikke nødvendigt med betalt markedsføring i juli måned. Godt Smil får desuden en del nye patienter som følge af andre tandlægers ferielukning. Når Godt Smil skærer ned på Google-annonceringen, falder henvendelserne fra nye patienter straks. Det fremgår af rapporten fra Meta vedrørende perioden 1. marts 2022 til 1. marts 2023, at Godt Smils kampagner er set af lige under 3 mio. brugere på Facebook og Instagram, og at der har været 39 mio. impressions. Godt Smils kampagner er rettet mod brugere over 18 år. Næsten alle voksne danskere har derfor været eksponeret for Godt Smils markedsføring, og er blevet det i hvert fald 12 gange hver. Det fremgår også af rapporten fra Meta, at Godt Smils kampagner i perioden 11. november 2020 til 30. september 2021 har været set af ca. 1,5 mio. profiler på Facebook med en frekvens på 6-8 visninger. Det er en alment kendt regel inden for marketingbranchen, at folk skal eksponeres for et budskab 7 gange, før det bliver tilstrækkeligt inkorporeret. Han har stor erfaring med markedsføring og har aldrig oplevet en virksomhed, der gør brug af så aggressiv en markedsføring på Facebook som Godt Smil. Det fremgår af undersøgelsen af Facebook-brugeres brand awareness, at ca. 60% af de adspurgte oplyser at kende til Godt Smil. Godt Smils marketingbureau var meget imponerede over denne kendskabsgrad. Han har foretaget søgningerne i maj 2023 på ”godtsmil herning”. Det gjorde han på baggrund af en henvendelse fra en af deres klinikejere, som oplyste, at der igen havde været en utilfreds kunde, der havde henvist til en annonce fra Nord-Smil. Han var meget overrasket over at kunne konstatere, at Nord-Smil igen figurerede ved søgning på Godt Smils navn. Han sendte søgeresultaterne til Godt Smils advokat. Nord-Smils ændringer fra bredt match til eksakt match for de negative søgeord indebærer, at Nord-Smil vil blive vist på mange flere brandsøgninger. Nord-Smil vil blandt andet blive vist ved søgning på ”godt smil herning”, og kun en helt eksakt søgning på ”godt smil” vil udelukke Nord-Smil. Ændringen er udtryk for en bevidst handling, som fandt sted den sidste dag for hovedforhandlingen i Sø- og Handelsretten.

Anbringender

Parterne har i det væsentlige gentaget deres anbringender for byretten.

Godt Smil har yderligere gjort følgende anbringender, som fremgår af selskabets påstandsdokument af 2. januar 2024 gældende (afsnitsnummerering og henvisninger til afsnit, bilag, ekstrakt og materialesamling udeladt):

”Der henvises i det hele til den i Sø- og Handelsrettens fremførte argumentation og fremsatte anbringender...

I sammenhæng hermed og i tillæg hertil gøres det gældende, at det af Sø- og Handelsrettens fastsatte beløb i erstatning og rimeligt vederlag for Nord-Smils krænkelse af Godt Smils varemærke på DKK 100.000 er

for lavt, og at Godt Smil skal have medhold i forbuds såvel som påbudspåstanden, jf. påstand 2 og 3, i lyset af:

(i) Det faktiske tab, som Godt Smil har lidt ved, at tandlægekunder, der søgte på Google efter Godt Smil, er blevet vildledt til at tro, at de havde fundet frem til en klinik i Godt Smil-kæden, og i stedet er blevet kunder/patienter hos Nord-Smil, som dokumenteret i Sø- og Handelsretten, hvilket har givet Nord-Smil en uberettiget fortjeneste og Godt Smil et deraf følgende tab samt medført markedsforstyrrelser. Der skal herved lægges vægt på Nord-Smils adfærd, som ifølge Sø- og Handelsretten var en bevidst handling af en ”vis grovhed” .

(ii) Perioden fra 2019-2021 hvori det er dokumenteret ved syn og skøn, at Nord-Smil har anvendt Godt Smils varemærke som søgeord, herunder ved søgeordsindsættelse samt i kraft af dynamiske søgeords-kampagner.

(iii) Varemærkets velkendthed.

(iv) Værdien af markedsføring på Google.

Det gøres desuden gældende, at de af Sø- og Handelsretten tilkendte sagsomkostninger på DKK 81.056,70 skal forhøjes.

Det faktiske tab og Nord-Smils adfærd

...

Det gøres gældende, at det skal tillægges vægt i relation til tabsopgørelsen, at Nord-Smils forsætlige krænkelser er af en særdeles grov karakter, idet jeg henviser til, at Sø- og Handelsretten udtaler:

”Retten lægger efter bevisførelsen til grund, at der har været tale om en bevidst handling af en vis grovhed, som Nord-Smil er ansvarlig for” .
[min understregning]

I den nyligt afsagte Højesteretsdom U 2023.2688 H (Person 16-dommen, som er afsagt 3 uger efter hovedforhandling i nærværende sag i 1. instans) fastslog Højesteret, at der gælder et slækket beviskrav til både årsagssammenhæng mellem de ansvarspådragende handlinger og rettighedshaverens tab samt til bevis for størrelsen af tabet, når den krænkende part har udvist blot grov uagtsomhed.

I nærværende sag er der handlet med forsæt, og foretaget grove varemærkekrænkelser og overtrædelser af markedsføringsloven.

Nord-Smil har fremhævet, at der i nærværende sag – til forskel fra dommen i Person 16sagen – ikke er fremlagt dokumentation for omsætningsnedgang, og konkluderer derved, at Godt Smil ikke ønsker at føre bevis for sit tab.

Dette bestrides, jf. nærmere nedenfor.

Fremlagt dokumentation

...

[bilag fremlagt i Sø- og Handelsretten]

Godt Smils omsætning og marketingomkostninger, 2018-2023. Bilaget viser omsætningen på Godt Smil-klinikkerne i Aalborg, Randers og Aarhus fordelt på måneder.

...

Resultater fra skønsmand

...

Den kvartalsvise opdeling [i hjælpebilag over eksponeringer] indeholder ikke eksponeringer på søgeord, der ikke indeholder Godt Smils brand (fx generiske søgeord), uanset at disse også har medført en eksponering på en søgning efter Godt Smil. For en ordens skyld bemærkes, at Appellanten gør gældende, at også disse eksponeringer er udtryk for en krænkelse af Appellantens rettigheder. Dette skyldes, at Nord-Smil ved de valgte match, kombineret med valg af navn og adfærd i øvrigt, har forårsaget disse eksponeringer, og i øvrigt kunne hindre dem ved at tage bekræftende til genmæle over for påstand 2 og 3. De indstævntes ændring i deres Google-konti den 1. marts 2021 (bilag F, ekstrakten s. 353-364), må ses som udtryk for en erkendelse af at være forpligtet her-til.

Det fremgår af s. 1 i hjælpebilaget, at der på Nord-Smils Aalborg konto har været i alt 8853 eksponeringer af Nord-Smil annoncer efter søgninger på Godt Smil i 2019-2021.

Heraf er 5062 annoncer udløst af, at Nord-Smil selv har valgt et søgeord, der indeholder Appellantens varemærke (eller varianter heraf), fx søgeordet [godtsmil aalborg], som i 4. kvartal 2020 medførte 266 eksponeringer af Nord-Smil-annoncer, efter at en Google-bruger havde søgt efter godt smil aalborg. Se ekstrakten s. 714 ved markeringen for dette tal.

Det fremgår også af hjælpebilaget, at Tandlægerne Nord-Smil.dk Aalborg ApS så langt tilbage som skønsmanden fandt kampagner, har opnået eksponeringer på søgeord, der indeholder ”godt smil” (eller lignende).

...

Således havde selskabet i 4. kvartal 2019 90 eksponeringer på sådanne søgeord, mens tallet i 2. kvartal 2020 kun var 4. Fra 3. kvartal 2020 var tallet 465, i 4. kvartal 2020 931 og i 3. kvartal 2021 var det højest med 1445.

Det bemærkes i øvrigt, at skønsmanden i den supplerende skønserklæring af 8. februar 2023 (ekstrakten s. 545) har oplyst, at Nord-Smils Aalborg-konto på Google startede en søgeordskampagne rettet mod Godt Smils brand den 18. marts 2021, og at der også var søgeord i Aalborg fra en tidligere kampagne.

...

Rapporter fra skønsmand sammenholdt med fremlagt dokumentation

Risikoen for forveksling er særligt stor i de tilfælde, hvor Nord-Smils annoncer er blevet vist sammen med Godt Smils egne annoncer. Dokumentation for disse tal har Godt Smil fremlagt for 2021 – 2022 som bilag 50. Der henvises ..., hvoraf fremgår, at annoncer fra Nord-Smil med link til nord-smil.dk i Aalborg fx i marts 2021 lå øverst (dvs. top-3) i 47,31 % af søgningerne, dvs. næsten halvdelen. Det tilsvarende tal for Godt Smil selv var 96,73 %.

I 97,91 % af eksponeringerne var Nord-Smils annonce blandt de øverste, og i 23,63 % var Nord-Smils annonce allerøverst. Dvs. i 11,18 % (23,63 % af 47,31 %) af alle eksponeringer i marts 2021, var Nord-Smils annonce placeret sammen med Godt Smils annonce. I juli 2021 var tallet 22,16 %, mens det i august 2021 var helt oppe på 36,26 %. I september 2021, efter at Nord-Smil den 6. september modtog krævebrev fra Godt Smil, var tallet faldet til 9 %.

Det må antages at de 1663 eksponeringer i 3. kvartal 2021 (se hjælpebilag) er fra juli og august, og det medfører, at af de 1663 eksponeringer, er Nord-Smil blevet vist øverst i mellem 369 (22,16%) og 603 (36,26 %) annoncer i dette ene kvartal i Aalborg.

Tallene er endnu mere markante for Tandlægerne Nord-Smil.dk Aarhus ApS.

I marts 2021 blev der således vist annoncer for Nord-smil.dk i 66,19 % af brandsøgninger på Godt Smil, som blev sammen med Godt Smil i 73,16 % tilfælde, dvs. 48,42 % af alle annoncer. 1. kvartal 2021 er det kvartal, hvor Nord-Smil har det højeste tal for eksponeringer på Godt Smils brand, 5.935. Hvis det lægges til grund, at halvdelen af disse eksponeringer er fra marts 2021 (hvilket er en rimelig antagelse baseret på at eksponeringsandelen i marts er dobbelt så høj som hhv. januar og februar 2021), er annoncer fra NordSmil.dk blevet vist højere end Godt Smils egne annoncer i omkring 3000 tilfælde i marts 2021 for så vidt angår Google-kontoen fra Tandlægerne Nord-Smil.dk Aarhus ApS.

Når disse tal sammenholdes med Nord-Smils patienttilgang, ses der et tydeligt mønster, der viser, at et højt tal for eksponeringer på Godt Smils brand, giver en høj patienttilgang i samme eller det efterfølgende kvartal.

Der henvises til fx 3. kvartal 2020 i Aarhus, hvor tallet for eksponeringer var 2557, og patienttilgangen var 947, næsten 50% højere end de to foregående måneder. Der henvises også til den høje patienttilgang i 2. kvartal 2021 i Aarhus, på samme niveau som 3. kvartal 2020, efter meget høje tal for eksponeringer i 1. kvartal 2021 og også høje tal for eksponeringer i 2. kvartal 2021. Det bemærkes også, at der i hvert fald fra den 4. august 2021, og dermed i 3. kvartal 2021, er anvendt søgeordsindsættelse, hvor man altså har bidraget yderligere til forvekslingen, derved at Godt Smils brand har optrådt som overskrift i annoncer.

Jeg henviser også til den ekstraordinære patienttilgang i Aalborg i 3. kvartal 2020, i 1. kvartal 2021 og i 3. kvartal 2021, der må være en følge af Nord-Smils målrettede annoncering på Godt Smils brand.

Især i 1. og 3. kvartal 2021 var der således meget høje eksponeringer, 1666 og 1663 (de to højeste på Google-kontoen fra Aalborg).

Dette kan i øvrigt sammenholdes med, at der i marts 2021 er indsat en kampagne på Aalborg kontoen.

Det bemærkes, at sammenhængen mellem eksponeringer og patienttilgang vil fremgå med en vis forsinkelse, afhængig af hvornår i et kvartal, en eksponering er sket. Således vil der gå dage eller uger fra en eksponering til en patient har rettet henvendelse til tandlægen, fået en tid og er mødt op til sin tid som ny patient. Derfor kan en eksponering den 6. september 2021, og dermed i 3. kvartal 2021 meget vel give sig udslag i en patienttilgang den 1. oktober 2021 og dermed i 4. kvartal 2021

Det bemærkes i øvrigt, at Godt Smils klinik i Randers åbnede i april 2021, hvorfor der ikke er omsætning i Randers før april 2021. Det bemærkes yderligere, at Vidne 3, tidligere Person 4 i sin partsforklaring i Sø- og Handelsretten oplyste, at de har oplevet en patientnedgang ved klinikken i Randers, idet Nord-Smil oplevede en øget konkurrence fra en helt anden tandlæge i byen. Dette kan forklare, at der ikke ses helt samme bil-lede i Randers som i Aarhus og Aalborg. Det er dog værd at bemærke, at Nord Smil i Randers ikke havde fald i patienttilgangen fra 2. kvartal 2021, men derimod en mindre stigning, på trods af at Godt Smil åbnede en klinik i Randers i april 2021, og på trods af den anden konkurrent, som Vidne 3, tidligere Person 4 omtalte i afhøringen.

Det kan hertil ses i Godt Smils omsætning i Randers, Aalborg og Aarhus, at den er dykket i de samme perioder (Randers dog kun i juli og august 2021). Der henvises til ekstrakten s. 433, der viser den månedlige omsætning i de tre byer samt Godt Smils samlede omsætning. Disse diagrammer er tillige indsat i hjælpebilaget. Se fx det omsætningsfald, der skete i Aalborg fra marts 2021 til april og maj 2021, og som først kom

tilbage på tidligere højt niveau i november 2021. Se tillige de store fald i omsætning i Aarhus fra marts til april 2021 (efter meget høje eksponeringer på Nord-Smil i 1. kvartal 2021) og igen fra juli til august 2021.

Der henvises også til årsrapporter for De indstævnte, som er fremlagt i bilag 11 og 40, og jeg henviser særligt til s. 408, hvoraf fremgår at Tandlægerne Nord-Smil.dk Aalborg I/S havde en omsætningsfremgang i regnskabsåret 1. juli 2020 til 30. juni 2021 på godt 1,5 mio. kr. og samtidig lavere personaleomkostninger på ca. 1,5 mio. kr. og dermed et overskud på næsten 3 mio. kr. mere end året før. Også i Aarhus var der en omsætningsfremgang på 1,5 mio. kr. i regnskabsåret 1. juli 2020 til 30. juni 2021 på godt 1,5 mio. kr., mens det samme billede ikke ses i Randers. Her ses der først en omsætningsfremgang i det efterfølgende regnskabsår 1. juli 2021 til 30. juni 2022 på godt 1,5 mio. kr.

Nord-Smils uberettigede patienttilgang

Det kan lægges til grund, at Nord-Smil har opnået en stor tilgang af nye patienter ved sin målrettede søgeordskampagne med brug af Godt Smils Brand. Denne patienttilgang har medført en uberettiget fortjene-ste som skal tillægges vægt ved fastsættelsen af erstatningen, jf. vare-mærkelovens § 43, stk. 1, jf. stk. 2.

Det gøres gældende, at nye patienter hos Nord-Smil præsumptivt ikke har opdaget, at det ikke var Godt smil, de bookede tid hos. En ny patient, der søger efter Godt Smil og får et søgeresultat fra Nord-Smil kan få den opfattelse, at Nord-Smil (der startede i Aalborg) er navnet på Godt Smil-klinikker beliggende i den nordlige del af Danmark. Navnet er meget tæt på Godt Smils navn, som i øvrigt i flere tilfælde stod i overskriften på annoncer.

Det bemærkes, at Nord-Smil fra 4. kvartal 2019 til 4. kvartal 2021 har opnået 3440 klik (jf. hjælpebilag, addition af tal fra de tre klinikker) på annoncer, som er eksponeret efter en søgning efter Godt Smils brand. Hvis blot 20 % af disse har foretaget et opkald, er dette knap 700 opkald.

Sammenholdes dette tal med Godt Smils interne undersøgelse af telefoniske henvendelser fra nye patienter, der fik booket en tid (88 %), vil dette betyde ca. 600 nye patienter alene via online-opkald.

Hvis Nord-Smil lige som godt Smil også modtager klart hovedparten af opkald via indtastning af telefonnummer og ikke klik på annonce, vil de 700 opkald kun udgøre en lille andel af det reelle antal opkald, som bl.a. vil være foretaget på grundlag af eksponeringer af annoncer, her-under annoncer på Godt Smils brand.

Dette sammenholdt med det meget høje antal eksponeringer giver grundlag for at gøre gældende, at Nord-Smil har fået minimum 1.000 nye patienter, baseret på den krænkende målrettede søgeordskampagne-

ne mod Godt Smils brand. Fordelingen af disse fremgår af hjælpebilaget, men vil i øvrigt være en skønsmæssig vurdering fra rettens side.

Når dette tal sammenholdes med Godt Smils omsætning per patient over en 3-årig periode på kr. 6.446 og med en fortjeneste heraf på 45 %, medfører dette en tabt omsætning på kr. 6.446.000 og en tabt fortjeneste på kr. 2.900.700.

...

Udmåling af erstatning, vederlag og godtgørelse

Det gøres med udgangspunkt i førnævnte om Person 16-dommen sammenholdt med Sø og Handelsrettens begrundelse om, at Nord-Smil har handlet med en vis grovhed og med forsæt i sin bevidste handling, at appellants bevisførelse for tab af egne kunder, tab af nye kunder, tab for markedsforstyrrelser samt tabsopgørelsen kan lægges til grund af Østre Landsret ved erstatningsudmålingen.

...

Nord-Smils fortsatte anvendelse af søgeord med Godt Smils varemærke (retlig interesse i påstand 2 og 3)

De indstævnte gør gældende, at Appellanten er uden retlig interesse i forhold til Appellants påstand 2 og 3 med den begrundelse, at De indstævnte i hvert fald siden 1. marts 2023 har indføjet Godt Smil som negativt søgeord i De indstævnets Google Ads konti.

De indstævnte har således den 1. marts 2023, dag to af hovedforhandlingen i Sø- og Handelsretten, foretaget den simple ændring på sine Google Ads-konti, som Appellanten siden sin første henvendelse i september 2021 anmodede om, og som De indstævnte siden svar af 4. oktober 2021, har afvist at imødekomme, og som der også er fremsat en processuel opfordring om.

De indstævnte har fremlagt en ændringshistorik fra deres Google Ads konti dateret den 1. marts 2023, og kun på denne dato. Det vil sige, at ændringer på alle andre dage end præcis denne dato ikke er vist, og der kan være sket ændringer til ulempe for Appellanten i perioden efter den 1. marts 2023.

De indstævnte kan herudover ændre på denne tilføjelse, når som helst i tiden efter retssagens afslutning, da De indstævnte ikke retligt har bundet sig til fortsat at lade denne tilføjelse til negativ listen stå ved magt. Derfor har Appellanten selvsagt retlig interesse i både påstand 2 og 3.

Appellanten har fremsat en provokation over for De indstævnte (opfordring 12) med opfordring til at tage bekræftende til genmæle over for Appellants påstand 3, og derved tilkendegive en retlig forpligtelse til fremdeles at lade Godt Smil være indføjet som negativt søgeord i

De indstævntes Google Ads konti. De indstævnte har dog ikke imødekommet denne provokation.

Det gøres gældende, at Appellanten har retlig interesse i påstand 2 og 3. Det gøres tillige gældende, at Nord-Smils krænkelser og fortsatte adfærd medfører, at Godt Smil skal have medhold i påstand 2 og 3.

Perioden for krænkelserne

Det fremgår af skønserklæring af 30. december 2022 s. 5, at der helt eller delvist i perioden august 2020 – august 2021 ”er brugt en søgeordskampagne med specifik brug af søgeord målrettet godt smil”, jf. dommen s. 74, 1. afsnit samt skønsrapporten.

Det er af Sø- og Handelsretten lagt til grund, at de fremlagte screenshots, der dækker over perioden 15. august – 5. september 2021, udgør krænkelser af Godt Smils varemærke. Sø- og Handelsretten har ligeledes lagt til grund, at den uberettigede brug fandt sted fra juni 2021 og at den samlede periode for krænkelsen således er juni – september 2021.

Sø- og Handelsretten nåede frem til, at der ikke var tilstrækkeligt grundlag til at lægge til grund, at krænkelserne også stod på i perioden før juni 2021, uanset at retten også udtaler, at de fremlagte Google Ads Auction Insights rapporter danner grundlag for en formodning om, at der har været genereret en vis webtrafik til Nord-Smils annoncer i perioden fra januar – august 2021.

Det gøres gældende, at perioden, hvori krænkelserne er foregået og på hvilket grundlag udmålingen af erstatning og godtgørelse skal ske, er perioden 4. kvartal 2019 - 4. kvartal 2021 og at dette er tilstrækkeligt godtgjort af Godt Smil.

De fremlagte Google Ads Auction Insights rapporter viser, at eksponeringsandelen af NordSmils annoncer på Godt Smil Århus brandsøgninger (søgeord relateret til Godt Smil Århus og lignende søgeord) og Godt Smil Aalborg brandsøgninger allerede i januar 2021 lå på hhv. 22,08 og 32,45 %. Der henvises til dommen s. 66.

Dette betyder, at for hver gang der er lavet 100 søgninger på Google efter ”Godt Smil Aalborg” i januar 2021, er der i 22,08 af søgningerne blevet vist annoncer fra De indstævntes hjemmeside nord-smil.dk (et tal, der ifølge Vidne 1's forklaring i Sø- og Handelsretten normalt var på under 10 % for konkurrenter, jf. dommen s. 46, 2. afsnit). I august 2021 var tallet helt oppe på 60,81. Ud af de 60,81 %, er Nord-Smils annonce blevet vist øverst (top 3) i 98,40 % af søgningerne, og allerøverst 59,63 % af søgningerne. NordSmils annoncer er således blevet vist allerøverst i 36 ud af 100 søgninger på Godt Smil Aalborg, og i 60 ud af 100 har de ligget øverst sammen med Godt Smils egne annoncer.

Samtidig er det konstateret ved syn og skøn, at den intensive brug af søgeord indeholdende Godt Smils brand samt brugen af søgeordsind-

sættelse er sket over en længere periode helt tilbage fra 4. kvartal 2019, som resultat af Nord-Smils bevidste handling.

Det gøres gældende, at

- de høje eksponeringsandele på søgeord relateret til Godt Smils brand, som i flere perioder ligger på samme niveau som i den periode, hvor retten har lagt til grund, at krænkelserne er pågået,

- samt udskrifterne fra syns- og skønsmanden, hvor der delt ud på kvartaler kan ses, at Nord-Smil siden 4. kvartal 2019, og eskalerende fra 3. kvartal 2020 har opnået høje tal for eksponeringer af egne annoncer fra søgninger på Godt Smils varemærke dokumenterer, at krænkelsen har fundet sted siden 4. kvartal 2019, og i særlig høj grad fra 3. kvartal 2020.

Det kan i øvrigt tilføjes, at der i marts 2021 er indsat en kampagne på Aalborg kontoen (se den supplerende skønserklæring). Det anføres af skønsmanden, at der figurerer søgeord i en tidligere kampagne end det-te.

Appellanten har fremsat en processuel opfordring over for Nord-Smil (opfordring 11) med opfordring til at fremlægge ændringshistorik indeholdende alle ændringer, der viser ordet ”godt” og/eller ”smil” deres Google Ads konti for perioden 1. januar 2020 frem til d.d. Det er det samme udtræk, som De indstævnte har fremlagt, blot for en længere periode og ikke kun en enkelt dag.

Denne opfordring er ikke opfyldt (i lighed med hovedparten af Appellantens øvrige processuelle opfordringer).

Det gøres gældende, at dette skal tillægges processuel skadevirkning for De indstævnte, og at retten herefter kan lægge til grund, at Nord-smils krænkelse har fundet sted siden 1. januar 2020 og intensiveret fra august 2020.

Den processuelle skadevirkning skal ses i lyset af den dokumentation, der viser aktiviteten i Nord-Smils målrettede brug af Godt Smils brand, jf. rapporterne fra skønsmanden samt de høje eksponeringsandele.

Velkendthed

Sø- og Handelsretten kom frem til, at det ikke i tilstrækkelig grad var godtgjort, at Godt Smils varemærke er velkendt.

Sø- og Handelsretten anfører herom:

”Godt Smil har derimod ikke – til trods for de fremlagte artikler og anmeldelser på Trust Pilot - tilstrækkelig godtgjort, at der foreligger velkendthed, idet der ikke er objektive oplysninger om eksempelvis kendskabsgrad, markedsandel og størrelsen af Godt Smils markedsførings-

mæssige investeringer. Der er derfor ikke et sikkert grundlag for at henvise til varemærkelovens § 4, stk. 2, nr. 3.”

Det gøres gældende, at Sø- og Handelsrettens begrundelse må forstås således, at bevisførelsen i sagen giver grundlag for, at Godt Smils kendskabsgrad blandt danske tandlægeforbrugere er stort, men at velkendt-hed kun kan anses som godtgjort, hvis den suppleres af yderligere oplysninger.

Det gøres gældende, at den nye dokumentation fremlagt i ankesagen, sammenholdt med dokumentationen fremlagt i Sø- og Handelsrettens sag, i tilstrækkelig grad godtgør, at Godt Smils varemærke er velkendt.

Der er fremlagt dokumentation for, at Godt Smil har investeret massivt i markedsføring for at opnå den stærke brand-positionering, som Godt Smil har på markedet i dag. Der er yderligere fremlagt Godt Smils samlede marketingomkostninger fra 2018 til oktober 2023 som viser omkostningerne fordelt på Google, Facebook og øvrige, samt marketingprocenten, som er den andel af selskabets omsætning der anvendes på marketing. Der henvises til ..., hvor de markedsføringsmæssige investeringer uddybes nærmere.

Der er endvidere fremlagt uddrag fra en rapport udarbejdet af Implement Consulting Group ("Implement"), der dokumenterer, at Godt Smils brand er velkendt i Danmark og er kendt blandt danske forbrugere i et langt større omfang end sine konkurrenter. Rapporten er navngivet "Project Bonum – Commercial due diligence – Phase 1 – Reporting" og er dateret den 11. juni 2021, som således tidsmæssigt ligger forud for tvisten mellem parterne. Rapporten er udarbejdet i forbindelse med et salg af ejerandele i Godt Smil, hvor én byder i forbindelse med sin due diligence af Godt Smil fik Implement til at udarbejde en due diligence rapport med det formål at give byderen et reelt indblik i den organisation, de ønskede at købe sig ind i. Når der i rapporten nævnes "Bonum" er dette ensbetydende med "Godt Smil" .

Det fremgår, at Godt Smil har den højeste kendskabsgrad ud af de 11 omtalte tandlægevirksomheder, idet 39 % af de adspurgte havde hørt om Godt Smil. 28 % havde hørt om Tandlægen.dk, nr. 2 på listen.

Der er fremlagt to supplerende artikler fra henholdsvis KapitalWatch og Horsens Folkeblad, hvor der bruges udtryk som dokumenterer, at Godt Smils navn er bredt kendt i offentligheden.

I artikel fra KapitalWatch af 2. juni 2022 fremgår følgende i underrubrikken "Danmarks største tandlægekæde Godt Smil, der har britiske Intermediate Capital Group, ICG, i ryggen, fusionerer med landets største kæde af kliniske tandteknikere.

I artikel fra Horsens Folkeblad af 14. maj 2023, ses det, at titlen er "Kendt tandlægekæde efter dundrende underskud i afdeling i midtby-en: - Vi kommer aldrig til)at forlade Randers." I artiklens underrubrik

fremgår det, at ”den landsdækkende kædes stifter og CEO forklarer til Amtsavisen (...)”.

Markedsføringsmæssige investeringer og værdien af markedsføring på Google

Som supplement til bevisførelsen i sagen ved Sø- og Handelsretten, er der fremlagt ..., der viser direkte omkostninger til marketing fordelt på år, kvartaler og måneder fra 2018-2022 samt for 1. kvartal 2023, og dermed samlede markedsføringsmæssige investeringer foretaget af Godt Smil siden 2018.

I bilaget ses, at Godt Smil har anvendt DKK 60.932.110 på markedsføring i årene 2018- 2022 med et gennemsnitligt årligt forbrug på DKK 12.185.422 fordelt på Facebook, Google, og anden markedsføring.

Herudover er der fremlagt..., der viser de samme tal, sammenholdt med Godt Smils samlede omsætning, hvorved marketingprocenten for Godt Smil er beregnet. Denne ligger mellem 2,5 % og 3,2 % i den relevante periode. Godt Smil anvender således ca. 3 % af den samlede omsætning på markedsføring.

Det gøres gældende, at det herefter er dokumenteret, at Godt Smil har anvendt og anvender særdeles store beløb på hvilket har medført, at Godt Smil har opnået den største kendskabsgrad af danske tand-lægekæder blandt danske tandlægeforbrugere og en brandpositionering i branchen, som er unik og i øvrigt også dokumenteret ved de fremlagte udtræk fra bl.a. Trustpilot og Google samt rapporten fra Implement.

Det gøres gældende, at det skal tillægges betydning for vurderingen af varemærkets velkendthed, at Vidne 2 og Vidne 1 i Sø og Handelsretten forklarede, at Godt Smils markedsføring er enestående i branchen og er usammenlignelig med konkurrenters.

...

Godt Smil har desuden ca. 500.000 kunder, hvilket udgør ca. 10 % af den danske befolkning.

Det gøres samlet gældende, at Godt Smils varemærke er velkendt, hvilket skal tillægges betydning i relation til den tidsmæssige udstrækning af krænkelsen og dermed udmålingen af erstatning og godtgørelse samt til forbuds- og påbudspåstandene, jf. påstande 2 og 3.

Det gøres gældende, at det skal tillægges betydning i udmålingen af erstatning og godtgørelse, at Godt Smil alene på markedsføring på Google i perioden 2018-2022 har brugt DKK 34.238.214, hvilket giver et gennemsnitligt årligt forbrug på DKK 6.847.642,8.

...

Sagsomkostninger

Det gøres gældende, at de tilkendte sagsomkostninger er fastsat for lavt.

Den i Sø- og Handelsretten fremsatte argumentation til støtte for fastsættelse af sagsomkostninger fastholdes, herunder navnlig at De indstævnte har begæret afholdt et syn og skøn, som kunne have været håndteret ved, at De indstævnte selv havde fremlagt den dokumentation, som skønsmanden fremlagde, eller ved blot at have besvaret Appellantens processuelle opfordringer.

De indstævnte har haft en modvilje mod at fremlægge nødvendig dokumentation i sagen, hvilket bl.a. kom til udtryk derved, at skønsmanden endte med at udtræde af sit hverv som skønsmand, idet Nord-Smil ikke ville give skønsmanden den nødvendige adgang til sine 3 Google Adskonti (se meddelelser fra skønsmand samt retsbøger herom).

Herudover har Nord-Smil konsekvent givet forkerte oplysninger om sin brug af Google Ads, om klik, konverteringer m.v. på Googleannonceringen.

Der blev herudover af Appellanten anvendt eskorbitant mange timer til syn og skøn, da flere kampagner var gemt på Google Adskontoen, og først blev fundet sent i forløbet (se skønsmandens mail af 14. februar 2023 kl. 16:53), og da de blev udleveret i formater, der krævede en grundig gennemgang og strukturering. Dette kunne have været undgået, hvis De indstævnte havde besvaret Appellantens processuelle opfordringer.

De indstævnte har i ankeduplik af 12. december 2023 (gentaget i påstandsdocument af 20. december 2023) gjort gældende, at min argumentation i processkrift 1 vedrørende sagsomkostninger, er udtryk for et nyt anbringende, der skal afskæres efter retsplejelovens § 384. Baggrunden herfor er min henvisning til retshåndhævelsesdirektivets artikel 14.

Jeg bemærker hertil, at der også i Sø- og Handelsretten blev procederet på sagsomkostninger i overensstemmelse med retshåndhævelsesdirektivet. Jeg henviser herved til, at retshåndhævelsesdirektivet i sin helhed fremgik af min materialesamling i Sø- og Handelsretten, som er uploadet på domsportalen den 23. februar 2023. Artikel 14 vedrørende sagsomkostninger, er indstregt, hvilket understreger, at bestemmelsen er påberåbt.

I øvrigt bemærker jeg, at artikel 14 udtrykker en forpligtelse på medlemsstaterne, og at spørgsmål om sagens omkostninger håndteres i forbindelse med hovedforhandlingen.”

Godt Smil har indleveret en omkostningsopgørelse, hvoraf fremgår, at selskabet har afholdt udgifter ekskl. moms til advokat på 691.500,36 kr. til den 31. decem-

ber 2023 og forventer at afholde udgifter ekskl. moms på 132.051 kr., samt at de samlede advokatudgifter beløber sig til 894.124,39 kr. ekskl. moms. Landsretten bemærker, at en sammenlægning af de afholdte og forventede udgifter giver i alt 823.551,36 kr.

Nord-Smil har yderligere gjort følgende anbringender, som fremgår af selskabernes påstandsdokument af 20. december 2024 gældende:

”...

Sø- og Handelsrettens dom bør stadfæstes, idet appellanten fortsat ikke har fremlagt nogen form for dokumentation for velkendthed, og idet der fortsat ikke er fremlagt nogen form for dokumentation for markedsforstyrrelser eller et tab.

Godt Smil har i stedet for dokumentation alene henvist til, at beviskravene siden dommen fra Sø- og Handelsretten skulle være blevet svækkede jf. U.2023.2688H (Person 16-dommen).

U.2023.2688H blev i første omgang behandlet ved Sø- og Handelsretten, som er en specialistdomstol i netop denne type sager. Sø- og Handelsretten kom i 2019 frem til, at Salling Group A/S og Ronald A/S i forening i vederlag og erstatning skulle betale 1.500.000 kr.

Sagen blev anket til Østre Landsret, som kom frem til, at der skulle betales 300.000 kr. i vederlag og erstatning.

Højesteret kom ved dom af 22. marts 2023 – altså før dommen i nærværende sag – frem til, at der skulle betales 1.000.000 kr. i vederlag og erstatning.

Det vil sige, at resultatet i U.2023.2688H gik fra 1.500.000 kr. i Sø- og Handelsretten til 1.000.000 kr. i Højesteret. Selv med en svækket bevisbyrde kom Højesteret således frem til et mindre beløb end Sø- og Handelsretten.

Det skal fremhæves fra U.2023.2688H, at Virksomhed ApS 3 rent faktisk havde forsøgt at dokumentere sit tab. Virksomhed ApS 3 havde således fremlagt dokumentation for, at omsætningen på keramiske produkter næsten var halveret fra 2015 til 2016 og faldet yderligere siden. Sø- og Handelsretten anførte, at salg af de krænkende produkter havde skabt en ”meget betydelig markedsforstyrrelse...”

I Højesterets dom henvises der til den fremlagte omsætningsnedgang og skønsmandens besvarelser om, at Virksomhed ApS 3's brand var blevet udvandet som følge af salget af efterligningerne i Netto-butikker til en meget lav pris, og at dette kunne skabe en opfattelse af, at brandet var under afvikling, hvilket havde betydning for fremtidige købersegment. Skønsmanden anførte herudover, at han anså det som nærliggende at

Nettos slagtilbud bidrog til den i Sø- og Handelsretten dokumenterede omsætningsnedgang.

Højesteret kræver således stadig en vis form for bevis for at fastsætte en erstatning. Sådanne beviser er ikke fremlagt i nærværende sag, idet Godt Smil blandt andet har nægtet at fremlægge omsætningstal, og idet Godt Smil hidtil ikke har ville afholde syn og skøn om markedsforstyrrelser.

Siden intet blev fremlagt herom under sagen i Sø- og Handelsretten og intet er fremlagt herom i ankestævningen, må det have formodningen for sig, at Godt Smil heller ikke for Landsretten ønsker at føre sådan et bevis.

...

I forhold til de nedlagte påstande 2 og 3 gøres gældende, at allerede fordi appelindstævnte i hvert fald siden 1. marts 2023 rent faktisk har indføjet Godt Smil som negativt søgeord, at der således ikke består en konkret og aktuel tvist, hvorfor appellanten savner den fornødne retlige interesse i påstand 2 og 3, hvorfor disse påstande under alle omstændigheder bør afvises.

Som allerede indledningsvist nævnt er der ikke et generelt forbud mod brugen af en konkurrents varemærke som Google AdWord, hvorfor der som konsekvens heraf er der ikke grundlag for et generelt forbud, som anført i påstand 2. Der er ej heller grundlag for et påbud som anført i påstand 3.

Særligt angående sagens omkostninger skal anføres, at Appellanten har nu for Østre Landsret i processkrift 1 indleveret den 6. december 2023 – seks dage før forberedelsen afsluttes – for første gang gjort gældende, at sagsomkostningerne i sagen skal fastsættes ud fra Retshåndhævelsesdirektivets art. 14.

Det gøres i denne forbindelse i første omgang gældende, at Østre Landsret med hjemmel i retsplejelovens § 384 bør nægte dette helt nye anbringende fremsat under anken. Dette henset til, at der ikke foreligger undskyldende omstændigheder for, at dette anbringende ikke er fremsat under sagens behandling ved Sø- og Handelsretten eller blot på et tidligere tidspunkt end seks dage før forberedelsens afslutning ved Østre Landsret. Det er de indstævntes opfattelse, at appellanten ikke ved at anbringendet nægtes tilladt herved ikke må antages at må bære et betydningsfuldt retstab.

Det er under alle omstændigheder de appelindstævntes opfattelse, at de af Sø- og Handelsretten fastsatte sagsomkostninger under hensyntagen til, at appellanten alene fik medhold for 5% af påstand 1, og at de appelindstævnte blev frifundet for påstandene 2 og 3 er at anse som værende udtryk for en passende del af de omkostninger appellanten har afholdt.

Det bemærkes, at appellanten ikke har fremlagt nogen form for dokumentation for, hvilke omkostninger denne sag har medført. Det bestrives, at der har været omkostninger ud over det appellanten allerede har fået tilkendt i sagsomkostninger.”

Landsrettens begrundelse og resultat

For landsretten angår sagen navnlig, om varemærket ”Godt Smil” er velkendt, udstrækningen af perioden for Nord-Smils krænkelse af Godt Smils varemærke samt udmåling af erstatning, vederlag og godtgørelse for den skete krænkelse. Herudover er der spørgsmål om forbud mod Nord-Smils brug af Godt Smils varemærke samt påbud om Nord-Smils tilføjelse af negative søgeord på selskabernes Google Ads konti.

Velkendthed

Godt Smil har gjort gældende, at varemærket ”Godt Smil” er velkendt og som følge heraf omfattes af den udvidede beskyttelse i varemærkelovens § 4, stk. 2, nr. 3.

Det fremgår af varemærkelovens § 4, stk. 2, nr. 3, at indehaveren af et varemærke kan forbyde tredjemand at gøre erhvervsmæssig brug af ethvert tegn i forbindelse med varer, når tegnet er identisk med eller ligner varemærket, uanset om det anvendes i forbindelse med varer, der er identiske med, ligner eller ikke ligner dem, for hvilke varemærket er beskyttet, når varemærket er velkendt her i landet, og brugen af tegnet medfører en utilbørlig udnyttelse af varemærkets særpræg eller renommé.

EU-Domstolen har i dom af 14. september 1999 i sag C-357/97 (General Motors), præmis 24-27, udtalt sig om, hvornår et varemærke kan anses for velkendt. Domstolen anførte, at den del af offentligheden, som varemærket skal være velkendt for, enten kan være den brede offentlighed eller en mere specialiseret kreds, f.eks. et bestemt fagligt miljø. Der kan i den forbindelse ikke stilles krav om, at varemærket er kendt af en bestemt procentdel af den relevante offentlighed, men den krævede bekendthed må anses for nået, når varemærket er kendt af en betydelig del af den relevante del af offentligheden. Der skal ved vurderingen heraf tages hensyn til alle relevante omstændigheder, navnlig varemærkets markedsandel, intensiteten, den geografiske udstrækning og varigheden af brugen af varemærket samt størrelsen af de investeringer, som virksomheden har foretaget for at fremme varemærket.

Landsretten lægger efter skønserklæringen til grund, at Nord-Smils anvendelse af søgeordskampanjer med specifik brug af søgeord identisk med eller målrettet varemærket ”Godt Smil” fandt sted i perioden fra august 2020 til august 2021.

Godt Smil skal derfor godtgøre, at varemærket ”Godt Smil” var velkendt for en betydelig del af den relevante del af offentligheden – som må antages at være den del af den voksne befolkning i Danmark, der nogenlunde regelmæssigt frekventerer en tandlæge – i hele eller dele af denne periode. Efter det for landsretten fremlagte om Godt Smils omsætning og markedsføringsomkostninger i perioden 2018 – 2021 samt resultaterne i spørgeskemaundersøgelsen foretaget af Implement Consulting Group til brug for udarbejdelsen af due diligencerapport af 11. juni 2021, hvorefter 39% af de adspurgte havde kendskab til Godt Smil, og 10% benyttede sig af en tandlæge fra Godt Smil, samt de øvrige oplysninger i sagen om intensiteten af Godt Smils generelle markedsføringsstrategi, finder landsretten det efter en samlet vurdering godtgjort, at varemærket ”Godt Smil” var velkendt på tidspunktet for spørgeskemaundersøgelsen og i en skønsmæssigt fastsat periode forud herfor, der passende kan fastsættes til at være fra den 1. januar 2021.

Krænkelens udstrækning

Landsretten finder, at Nord-Smils målrettede anvendelse af konkurrenten Godt Smils velkendte varemærke som Google Ads søgeord har været en utilbørlig udnyttelse af Godt Smils renommé, jf. varemærkelovens § 4, stk. 2, nr. 3.

Efter det anførte om perioden for Nord-Smils anvendelse af søgeordskampagner målrettet varemærket ”Godt Smil”, sammenholdt med tidspunktet for hvornår varemærkets velkendthed kan anses for godtgjort samt henset til det af Sø- og Handelsretten anførte vedrørende Nord-Smils uberettigede brug af varemærket og deraf følgende forvekslelighed, lægger landsretten til grund, at Nord-Smils krænkelse af Godt Smils varemærke har fundet sted i perioden fra den 1. januar 2021 til den 5. september 2021.

Landsretten finder af de grunde, som Sø- og Handelsretten i øvrigt har anført, at Nord-Smil i samme periode har overtrådt de af Sø- og Handelsretten anførte bestemmelser i markedsføringsloven.

Erstatning (påstand 1)

Godt Smil har heller ikke ved det for landsretten fremlagte løftet bevisbyrden for et økonomisk tab som følge af Nord-Smils krænkelse af Godt Smils varemærke. Efter en samlet bedømmelse af grovheden og omfanget af den skete krænkelse og den herved påførte markedsforstyrrelse forhøjes det tilkendte beløb i erstatning og vederlag skønsmæssigt til 250.000 kr. Som anført af Sø- og Handelsretten og med samme begrundelse skal beløbet betales in solidum af de indkærede Nord-Smilselskaber. Da Nord-Smil har betalt det ved Sø- og Handelsrettens dom tilkendte beløb på 100.000 kr., tages Godt Smils påstand 1 til følge med 150.000 kr.

Forbud (påstand 2)

Der er efter de foreliggende oplysninger ikke grundlag for at antage, at Nord-Smil efter den 5. september 2021 har anvendt varemærket "Godt Smil" aktivt som Google Ads søgeord eller i øvrigt har anvendt varemærket i sin markeds-føring på Google, herunder ved annoncering, på en måde, der kan anses for at udgøre en krænkelse af Godt Smils rettigheder efter varemærkeloven og markedsføringsloven. Efter bevisførelsen er det heller ikke godtgjort, at Nord-Smil agter fremadrettet at foretage en sådan brug. Det bemærkes i den forbindelse, at den måde, hvorpå Googles algoritmer ifølge det af skønsmanden oplyste fungerer, medfører, at en brugers søgning på Godt Smil eller godtsmil kan føre til henvisning til Nord-Smil, herunder sådan at varemærket "Godt Smil" optræder som overskrift i det fremsøgte fra Nord-Smil, uden at Nord-Smil har haft andel heri.

Herefter ændres det af Sø- og Handelsretten bestemte om forbud som nedenfor bestemt, idet der dog i stedet henvises til markedsføringslovens § 32, stk. 1, jf. § 24, stk. 1, nr. 1.

Påbud (påstand 3)

Landsretten stadfæster af de af Sø- og Handelsretten anførte grunde det af Sø- og Handelsretten bestemte om påbud.

Sagsomkostninger

Sagsomkostningerne skal fastsættes i lyset af artikel 14 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (2004/48), som fortolket af EU-Domstolen i dom af 28. juli 2016 i sag C-57/15 (United Video Properties).

Godt Smil har for landsretten fået medhold i spørgsmålet om velkendthed, hvilket har haft betydning for krænkelsesperioden og det tilkendte beløb i er-statning og vederlag samt forbuddets omfang. Dokumentation for varemærkets velkendthed blev imidlertid først fremlagt for landsretten. Herefter og efter sagens udfald i øvrigt samt sagens forløb, omfang og under hensyn til de af Godt Smil afholdte udgifter til advokatbistand, skal Nord-Smil i delvise sagsomkostninger for begge retter in solidum betale 392.306,70 kr. til Godt Smil, hvoraf 350.000 kr. er til dækning af rimelige udgifter til advokatbistand ekskl. moms, 5.750 kr. til retsafgift, 36.000 kr. til udgifter til skønserklæringer og 1.306,70 kr. til vidneførsel.

THI KENDES FOR RET:

Sø- og Handelsrettens dom ændres således, at Tandlægerne Nord-Smil.dk Aalborg I/S, Tandlægerne Nord-Smil.dk Randers I/S og Tandlægerne Nord-Smil.dk Aarhus ApS in solidum inden 14 dage i tillæg til det ved den ankede dom til-

kendte beløb på 100.000 kr. skal betale yderligere 150.000 kr. til Godt Smil Holding ApS, og således at Tandlægerne Nord-Smil.dk Aalborg I/S, Tandlægerne Nord-Smil.dk Randers I/S og Tandlægerne Nord-Smil.dk Aarhus ApS forbydes at bruge Godt Smils varemærke som sket i perioden 1. januar 2021 – 5. september 2021.

I øvrigt stadfæstes Sø- og Handelsrettens dom.

I sagsomkostninger for begge retter skal Tandlægerne Nord-Smil.dk Aalborg I/S, Tandlægerne Nord-Smil.dk Randers I/S og Tandlægerne Nord-Smil.dk Aarhus ApS in solidum inden 14 dage betale 392.306,70 kr. til Godt Smil. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

Publiceret til portalen d. 22-02-2024 kl. 10:00

Modtagere: Advokat (H) Christian Lund Agerbæk, Advokat (H) Heidi Højmark Helveg, Indstævnte Tandlægerne Nord-Smil.dk Randers I/S, Indstævnte Tandlægerne Nord-Smil.dk Aarhus ApS, Appellant Godt Smil Holding ApS, Indstævnte Tandlægerne Nord-Smil.dk Aalborg I/S