
JURIDISK INSTITUT
AALBORG UNIVERSITET

HÅNDHÆVELSE AF EUROPÆISKE VAREMÆRKERETTIGHEDER PÅ ONLINE-SHOPPINGPORTALER

HERUNDER SPØRGSMÅL OM FORUM DELICTI OG SHOPPINGPORTALENS
ERSTATNINGSRETTLIGE MEDVIRKENSANSVAR SOM FORMIDLER AF TREDJEMANDS
KRÆNKENDE INDHOLD

Af Thomas Kruse Lie

Vejleder: Torsten Bjørn Larsen
Afleveringsdato: 10. maj 2017

1	ABSTRACT	3
2	INDLEDNING	4
2.1	AFHANDLINGENS EMNE OG FORMÅL	4
2.2	AFGRÆNSNING OG METODISKE OVERVEJELSER	5
3	VAREMÆRKETS FUNKTIONER	7
3.1	VAREMÆRKETS FUNKTIONER SOM BÆRENDE PRINCIP	7
3.2	OPRINDELSESFUNKTIONEN	9
3.3	GARANTIFUNKTIONEN/KVALITETFUNKTIONEN	12
3.4	REKLAMEFUNKTIONEN	14
3.5	INVESTERINGSFUNKTIONEN OG KOMMUNIKATIONSFUNKTIONEN	17
4	BRUG AF ANDRES VAREMÆRKER PÅ ONLINE-SHOPPINGPORTALER	19
4.1	PORTALENS BRUG	19
4.1.1	BRUG I AUTOMATISEREDE SØGEPROCESSER	19
4.1.2	BRUG SOM DEL AF URL	24
4.2	ANNONCØRENS BRUG	25
4.2.1	FORHANDLERSIDER OG BRUGERNAVNE	26
4.2.2	HENVISNING TIL VAREMÆRKEINDEHAVEREN	28
5	PORTALENS ERSTATNINGSRETTLIGE MEDVIRKENSANSVAR	30
5.1	GENERELLE OVERVEJELSER OM PORTALERNE ANSVAR	30
5.2	REGELGRUNDLAGET - ANSVARSVURDERINGEN	32
5.3	BETINGELSERNE FOR ANSVARSFRITAGELSE EFTER E-HANDELSDIREKTIVET	33
5.4	MOMENTER I CULPAVURDERINGEN	40
5.4.1	COTY GERMANY GMBH MOD EBAY INTERNATIONAL AG	40
5.4.2	COTY GERMANY GMBH MOD ALIBABA.COM HONG KONG LTD.	42
6	VÆRNETING I VAREMÆRKERETTLIGE SAGER	44
6.1	EUROPÆISKE NATIONALE VAREMÆRKER - DELIKTSVÆRNETINGET I DOMSFORORDNINGEN	44
6.1.1	REGELGRUNDLAGET	44
6.1.2	FORTOLKNING I OVERENSSTEMMELSE MED DOMSFORORDNINGEN?	45
6.1.3	STEDET HVOR SKADESTILFØJELSEN ER FOREGÅET	47
6.2	STEDET FOR MARKEDSFØRINGENS KOMMERCIELLE EFFEKT	49
6.3	EUTM - DELIKTSVÆRNETINGET I VAREMÆRKEFORORDNINGEN	54
6.3.1	REGELGRUNDLAGET	54
6.3.2	MEDLEMSSTAT, HVOR KRÆNKELSEN ER BEGÅET	55
7	SAMMENFATTENDE ANALYSE	61
7.1	KONKLUSION	63
8	CITEREDE VÆRKER	64

1 ABSTRACT

This thesis is initially focussed on answering questions about the extent of trademark protection against use on online-shopping portals. Secondly, it will include an investigation of grounds for imposing shopping portals an economic tort-responsibility for their users infringing content, thereby addressing their basic incentive for the removal of such third-party content. Lastly, the thesis will include an investigation of the jurisdictional rules relating to European trademarks, in order to ascertain the relevant forum to bring an action of infringement.

These legal investigations have been guided by commonly used methods and principles of describing, analysing and systemizing applicable law and jurisprudence. The thesis focuses on European law, thereby adjusting the said methods accordingly, taking into account the particular style of interpreting law harmonized on a European level.

These investigations show that stipulating infringement depends on damage being dealt to the particular functions of the trademark, primarily but not necessarily just the function of origin.

Regarding use on online shoppingportal, it seems likely, that particular functions such as the integrated search functions, may impose a direct liability in certain circumstances, whereto several grounds for imposing a contributory liability has been pointed out. In respect to the latter, such effective grounds most definitely exist when the shopping portal receives notice of clear infringements but fails to take appropriate action.

It was later established that an action including a claim of online-infringement of a national trademark can be brought at the place of registration and at the defendant's domicile, with no need for any connecting factor. In addition hereto, a number of examples were given in order to help the rights holder determining the relevant place(s) of the online infringement's commercial effect.

In terms of a similar action regarding online-infringement of a EUTM, it was established that the forum delicti-rules only allow international competence at the place of action, which cannot be extended to neither primary nor contributing parties that have not taken action in the particular member state.

In light of these findings, it has been concluded, that, as a general rule with obvious modifications, the place of effect is ill suited for the rights holder who's national trade marks are limited to smaller markets (member states) in comparison to the opportunity to bring a joint action at the domicile of the defendant. This conclusion is evidently clearer in matters concerning a EUTM, where the rights should utilize the opportunity to bring an action against defendants from third-countries at the courts of the member state of his own domicile or European place of business.

2 INDLEDNING

2.1 AFHANDLINGENS EMNE OG FORMÅL

Da online shoppingportaler giver producenter og øvrige udbydere af varer adgang til globale afsætningsmuligheder, kan sådanne portaler i praksis fungere som et samlingssted for potentielt krænkende aktiviteter.

Fra et håndhævelsesmæssigt synspunkt vil det således for rettighedshaver være nærliggende at føre kontrol med udbud af krænkende karakter på portalerne. Afhængigt af rettighedshavers øvrige position på markedet, kan omfanget af potentielt krænkende annoncer dog vise sig at være overvældende. Som tillæg hertil vil en retlig forfølgelse af den enkelte krænkende annonce eller krænkende udbyder som regel være uforholdsmæssigt ressourcekrævende, hvortil det i flere tilfælde ganske enkelt ikke vil være muligt at identificere den krænkende annoncør.

Som rettighedshaver vil det derfor være nærliggende at rette sin opmærksomhed mod de relevante involverede mellemænd, i dette tilfælde udbyderen af shoppingportalen. Et sådant fokus vil typisk være på fjernelsen af det krænkende udbud, men kan også inkludere et ønske om at holde portalen medansvarlig for dets brugeres indhold.

Disse overvejelser vil afføde flere problemstillinger;

Indledningsvist må rettighedshaver gøre sig bekendt med den generelle udstrækning af et varemærkes beskyttelsesindhold;

Dernæst må denne viden anvendes i relation til de særlige problemstillinger der kan opstå på online-shoppingportaler;

På baggrund af denne generelle krænkelsesvurdering kan det følgelig overvejes, hvorvidt der er grundlag for, at holde shoppingportalen medansvarlig, eller i det mindste hvilke skridt der må tages for at anspore denne til at fjerne indholdet;

Inden disse skridt indledes må det dog afgøres hvorvidt den generelle krænkelsesvurdering kan påberåbes og præciseres yderligere ved indehaverens konkrete varemærkerettigheder, altså må det afdækkes hvilke rettigheder der er relevante for det konkrete indhold der ønskes fjernet;

Til sidst, og i nær forlængelse af forrige, må det overvejes hvor en eventuel krænkelsessag kan og bør anlægges.

2.2 AFGRÆNSNING OG METODISKE OVERVEJELSER

Betragtes den kendetegnsretlige regulering i sin helhed, er det klart at det fulde omfang heraf langt overstiger de omfangsmæssige grænser for den nærværende afhandling. Det samme gør sig gældende, såfremt der skulle gives en gennemgang af alle de varemærkeretlige aspekter der givetvis vil være relevante i forhold til håndhævelse på online-shoppingportaler.

Denne afhandling vil da ej heller påstå at være en tilnærmelsesvist udtømmende behandling af hverken formidleransvaret eller de værnetingsretlige spørgsmål som afhandlingens problemstillinger afføder.

Afhandlingens nærmere afgrænsning er primært foretaget med henblik på at opnå en generel, men tilstrækkelig operationel, forståelse af de særlige problemstillinger der skal tages i betragtning inden der tages til kontakt til formidleren af det krænkende indhold.

Ved behandlingen af disse problemstillinger er der truffet en beslutning om, at basere denne på europæisk ret, for at udvide de mulige applikationsmuligheder af afhandlingens erfaringer.

Ved tilvalget af de ovenstående problemstillinger er der nødvendigvis foretaget adskillige fravalg, heriblandt tilfælde af åbenbare krænkende former for brug og de specifikke aftaleregulerede indvirkninger på formidleransvaret. Årsagen hertil bunder primært i afhandlingens begrænsede omfang, hvortil det vurderes at de ikke bidrager væsentligt til afhandlingens formål.

På den anden side kan læseren givetvis undre sig over, at der ikke er medtaget et afsnit om det primære retsmiddel i sager om immaterialretlige krænkelser, nemlig midlertidige forbud og påbud. Fravalget af dette emne skyldes primært afhandlingens omfang, samt det forhold, at effektiviteten ved den udenretlige fjernelse via formidlers foranstaltning i langt de fleste tilfælde vil være tilfredsstillende.

For at opnå formålet med denne afhandling vil der, med udgangspunkt i de ovenstående problemstillinger, blive foretaget en beskrivelse, analyse og systematisering af gældende ret - En fremgangsmåde der i almindelighed betegnes som den retsdogmatiske metode.

Fremgangsmåden til at belyse en juridisk problemstilling kan imidlertid variere, fra retsområde til retsområde, som følge af forskellighederne ved de relevante retskilder der i det konkrete forhold må medtages for at nå til et retvisende billede af retstilstanden.

For så vidt angår denne afhandlings nærmere undersøgelse af varemærkeretlige forhold, vil det være nødvendigt, at være bevidst om den internationale kontekst, hvor-

udfra gældende varemærkeret udspringer og hvilke særlige forhold der gør sig gældende ved regulering af adgangen til at benytte andres kendetegn i sin markedsføring.

I dette henseende vil det særligt være nødvendigt at inddrage EU-Domstolens fortolkninger af de harmoniserende retsakter og de nationale domstoles følgelige materielle behandling af de forelagte tvivlsspørgsmål.

For at bidrage til en nærmere belysning af disse retsakter vil afhandlingen i det hele inkludere henvisninger til juridisk litteratur, hvori der på lignende måde er søgt en retsdogmatisk fremstilling af samme eller nært beslægtede problemstillinger. Afhandlingen har bestræbt sig på, at nuancere disses ræsonnementer, under en generel hensyntagen til deres kontekst og i særdelshed ved en retskildekritisk undersøgelse af deres oprindelse når dette blev fundet nødvendigt.

3 VAREMÆRKETS FUNKTIONER

Når rettighedshaver vil realisere en effektiv håndhævelse af sine rettigheder, er det naturligvis nødvendigt, at dette sker med en realistisk tilgang til rækkevidden af éns rettigheder.

Ved håndhævelse af varemærkerettigheder vil det være nødvendigt at betragte formålet med varemærkeretten og beskyttelsens indhold, også kaldet beskyttelsens objekt.

For at komme nærmere afgrænsningen og en definition af beskyttelsens objekt er det nærliggende at betragte den forretningsmæssige kontekst hvori varemærket har sit udspring.

Her tjener varemærker sit formål som genkendelige symboler, der gør virksomheden i stand til at kommunikere en ensartethed der af afsætningskredsen kan bruges til at differentiere den pågældende virksomhed(s) produkter) fra konkurrenterne(s).

Populært sagt, har varemærket i sig selv ingen værdi. Betragtes varemærket derimod i sin forretningsmæssige kontekst er det helt åbenbart, at varemærket har nogle beskyttelsesværdige funktioner og en hertil knyttet økonomisk værdi.

3.1 VAREMÆRKETS FUNKTIONER SOM BÆRENDE PRINCIP

Fra lovgivers side er beskyttelsesværdigheden af disse funktioner kommet til udtryk ved flere lejligheder. Knud Wallberg beskriver i sin afhandling hvordan udtrykkelige overvejelser om varemærkets funktioner fremgår af EU-Kommissionens *"Memorandum om etablering af et EF-mærke fra 1976"*,¹ men at varemærkets funktioner som *bærende* princip for beskyttelsens objekt angiveligt kan spores tilbage til de første europæiske og amerikanske varemærkelove fra 1800-tallet, inklusiv, formentligt, også den danske varemærkelov fra 1880.²

Varemærkeretten er siden da blevet reformeret ganske betragteligt, heriblandt ikke mindst ved det forrige århundredes internationalisering og harmonisering ved internationale konventioner og EU-retlige direktiver og forordninger, såsom ved etableringen af det EU-retlige fællesmærke der affødte ovennævnte memorandum.

I dette memorandum fremhæves flere steder, at varemærket har tre funktioner, nemlig en oprindelsesfunktion, en kvalitetsfunktion og en reklamefunktion.

Idet domstolen ved flere lejligheder har udtalt, at blot brug der gør indgreb i disse funktioner anses som en varemærkeretlig krænkelse, vil det således være nødvendigt

¹ Bulletin for De Europæiske Fællesskaber, supplement 8/76, afsnit 21, side 8-9 og afsnit 68

² Wallberg, 2015, side 203-204, hvorved der i øvrigt henvises til Hardy Andreasens: *Varemærkeretten i Konkurrenceretlig belysning*, 1948, side 194 ff.

med en nærmere analyse af to momenter; Hvad er indholdet af disse funktioner? Og hvilken brug gør indgreb i disse funktioner?

EU-Domstolen har udtalt sig vejledende om disse funktioner, også i relation til aktiviteter på online-shoppingportaler, dog således at der til stadighed vil herske en generel tvivl om det nærmere indhold af nogle af funktionerne.

Wallberg anfører, at princippet om indgreb i varemærkets funktioner første gang kom til udtryk i Arsenal/Reed-sagen.³

Heri blev det erindret, at indehaverens ret til at forbyde visse handlinger er funderet i indehaverens særlige interesse i at sikre at varemærket kan opfylde sine egentlige funktioner, hvorfor

”Udøvelsen af denne ret (derfor bør, red.) være begrænset til de tilfælde, hvor tredjemands brug af tegnet gør indgreb eller kan gøre indgreb i varemærkets funktioner og navnlig i dets væsentligste funktion, som er at garantere varens oprindelse over for forbrugerne.”⁴

Til trods for at der i ovenstående præmis henvises til flere funktioner, nævner afgørelsen ikke udtrykkeligt de øvrige funktioner ud over den væsentligste, nemlig oprindelsesfunktionen. Wallberg anfører til dette, at den samme omtale af varemærkets funktioner fortsætter i mindst to senere sager⁵, før der først i L’Oréal/Bellure-sagen⁶ gives nogle nærmere indikationer for indholdet af disse.

I dennes præmis 58 anføres således, at der til udtrykket *varemærkets funktioner* ikke blot skal henregnes den væsentligste funktion, oprindelsesfunktionen,

”men ligeledes varemærkets øvrige funktioner, særligt den funktion, der består i at garantere varens eller tjenesteydelsens kvalitet eller kommunikations-, investerings- eller reklamefunktioner.”

Også ved ovenstående pointeres det altså, at oprindelsesfunktionen er at anse som den væsentligste funktion, hvortil *særligt* en såkaldt kvalitetsfunktion skal tages i betragtning.

Foruden fremhævnningen af kvalitetsfunktionens betydning, anføres det i domskonklusionens punkt nummer to, at der også kan forbydes brug der

³ Sag C-206/01

⁴ Præmis 51

⁵ Wallberg, 2015, side 205, hvorved der henvises til Sag C-245/02 Anheuser-Busch, præmis 59 og Sag C-48/05 Opel Autec, præmis 21.

⁶ Sag C-487/07.

"ikke kan gøre indgreb i varemærkets væsentligste funktion (...) forudsat at den nævnte brug gør indgreb i eller kan gøre indgreb i en af varemærkets øvrige funktioner."

Denne udtalelse får Wallberg til at betegne de såkaldte *øvrige funktioner* (kvalitets-, kommunikations-, investerings- og reklamefunktionerne) som værende "sideordnede".⁷

Wallbergs betegnelse for de øvrige funktioner må her tiltrædes, da domstolen ved L'Oréal/Bellure-sagen udtrykkeligt anfører at også indgreb heri kan forbydes. Betegnelsen sideordnede funktioner synes derfor passende, i modsætning til forestillinger om, at indgreb i oprindelsesfunktionen skulle være en nødvendig betingelse for forbud.

Som rettighedshaver vil denne betegnelse, eller ikke-hierarkiske inddeling om man vil, have betydning for rubriceringen af den konkrete brug der ønskes bragt til ophør. Således vil det ikke være nødvendigt, at den konkrete brug gør indgreb i mærkets oprindelsesfunktion.

Det følgende afsnit vil derfor give en nærmere redegørelse for indholdet af ikke blot oprindelsesfunktionen, men også af de øvrige funktioner. Senere vil afhandlingen diskutere hvilken særlig brug på online-shoppingportaler der som minimum gør indgreb i én af varemærkets funktioner.

3.2 OPRINDELSESFUNKTIONEN

Som antydnet ovenfor, er særligt indholdet af oprindelsesfunktionen blevet fremhævet i EU-Domstolens praksis. Denne funktion blev oprindeligt defineret som den funktion at:

*"garantere oprindelsen af varen eller tjenesteydelsen, der er omfattet af varemærket, over for forbrugeren eller den endelige bruger, som dermed sættes i stand til at adskille varen eller tjenesteydelsen fra varer eller tjenesteydelser med en anden oprindelse."*⁸

Det nærmere indhold af denne oprindelsesfunktion er efterfølgende blevet præciseret, også i relation til brug af et varemærke som annonceudløsende søgeord i en søgemaskine. Udover at bidrage til en generel forståelse af indholdet af oprindelsesfunktionen i en sådan søgeteknisk kontekst på internettet, vil denne praksis potentielt kunne kaste lys på lignende problemstillinger ved salgsannoncer på online-shoppingportaler.

⁷ Wallberg, 2015, side 205.

⁸ De forenede sager C-236/08 - C-238/08 Google AdWords, præmis 82.

Som udgangspunkt vurderes det, at særligt Interflora-sagen⁹ bidrager til forståelsen af oprindelsesfunktionen i denne kontekst.

Interflora-sagen vedrørte, i hovedtræk, hvorvidt indehaveren af et varemærke kan forbyde en konkurrent, at få vist en annonce ved hjælp af et søgeord, der er identisk med dette varemærke, for varer eller tjenesteydelser, der er af samme art som dem, for hvilket varemærket er registreret.¹⁰

Som led i denne fortolkning, anmodede den forelæggende ret Domstolen om at tage stilling til relevansen af, at den nævnte annonce kan føre til, at en del af den berørte offentlighed fejlagtigt foranlediges til at tro, at annoncøren er medlem af varemærkeindehaverens kommercielle netværk. Dertil blev Domstolen anmodet om at tage stilling til det forhold, at søgemaskineoperatøren ikke gør det muligt for varemærkeindehavere at forhindre andre parter i at udvælge tegn, der er identiske med deres varemærke, som søgeord.¹¹

EU-Domstolen valgte at besvare disse spørgsmål samlet. EU-Domstolen henviser indledningsvist til de ovenfor anførte principper om indgreb i varemærkets funktioner.

Domstolen præciserer herefter, at oprindelsesfunktionen, reklamefunktionen og investeringsfunktionen i dette henseende kan vise sig at være relevante.¹²

For så vidt angår krænkelse af oprindelsesfunktionen henvises der til de allerede anlagte fortolkninger ved tidligere praksis, idet det erindres, at:

”Der foreligger en krænkelse af denne funktion, såfremt annoncen ikke eller kun med vanskelighed giver en internetbruger, der er almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom, mulighed for at gøre sig bekendt med, om de i annoncen omhandlede varer eller tjenesteydelser hidrører fra varemærkeindehaveren eller fra en virksomhed, der er økonomisk forbundet med denne, eller tværtimod hidrører fra en tredjemand.”¹³

Det måske mest interessante ved Interflora-sagen er, at der efterfølgende nævnes en række omstændigheder som kan tages i betragtning, ved vurderingen af krænkelsesspørgsmålet:

Om den almindeligt oplyste og rimeligt opmærksomme internetbruger har mulighed, for på grundlag af almindeligt kendte beskrivelser af markedet,

⁹ Sag C-323/09, Interflora/Marks & Spencer.

¹⁰ Ibid., præmis 27.

¹¹ Ibid., præmis 28.

¹² Ibid., præmis 42.

¹³ Ibid., præmis 44, hvorved der henvises til dommen i Google Adwords-sagen, præmis 83-84, og Sag C-558/08, Portakabin, præmis 34.

at vide at de annoncerede varer ikke hidrører fra indehaverens netværk, men derimod konkurrerer med dette;¹⁴

At såfremt et sådant generelt kendskab ikke foreligger, om annoncørens annonce gjorde det muligt for den pågældende internetbruger at forstå, at den nævnte tjenesteydelse ikke hidrører fra det nævnte netværk;¹⁵

og at den forelæggende ret især kan tage hensyn til den omstændighed, at varemærkeindehaverens kommercielle netværk kan være sammensat af et stort antal detailforhandlere, der hver især kan være meget forskellige for så vidt angår størrelse og kommerciel profil.

Især dette sidstnævnte kriterium skal ses i lyset af de faktiske omstændigheder ved den forelagte sag, hvorved det blev lagt til grund, at indehaveren drev et betydeligt renomméret verdensomspændende netværk for levering af blomster, hvilket udgøres af ellers individuelt drevne blomsterhandlere.¹⁶

EU-Domstolen præciserede derfor det sidstnævnte kriterium ved, at det i dette tilfælde må anses for særdeles vanskeligt for den almindeligt oplyste og rimeligt opmærksomme internetbruger at vide, hvorvidt annoncøren indgår i det nævnte netværk eller ej.¹⁷

EU-Domstolen præciserer i øvrigt, at den omstændighed, at udbyderen af en søge- og annonceringsydelse ikke har givet varemærkeindehaveren mulighed for at modsætte sig valget som søgeord, ingen relevans har med henblik på ovenstående vurdering, foruden den selvfølgelige understregning af, at brugen således finder sted uden dennes samtykke.

Som det også anføres af Wallberg, skal ovenstående kriterier formentligt tages til udtryk for, hvor konkret vurderingen skal være i hver enkelt sag, idet det samtidigt anføres, at en sådan argumentation ikke desto mindre gør det vanskeligt at fastlægge den generelle retsstilling med blot nogenlunde forudsigelighed.

Denne vurdering tager blandt andet udgangspunkt i øvrig juridisk litteratur, hvori det påpeges, at denne såkaldte "ad hoc-argumentation" muliggør en dynamisk retsudvikling,¹⁸ hvortil der andetsteds udtrykkes en frygt for, at fremtidige varemærkeretlige

¹⁴ Ibid., præmis 51.

¹⁵ Ibid., præmis 51.

¹⁶ Ibid., præmis 14-16, samt præmis 54 i den endelige materielle afgørelse der lægger til grund, at "*The prompted brand recognition* (blandt voksne i UK, red.) *for Interflora is consistently around 80-85%*". Se denne afhandlings note 20 for henvisning til afgørelsen i sin fulde længde.

¹⁷ Ibid., præmis 52.

¹⁸ Ibid., side 209, og dennes henvisning til supplerende litteratur ved Magnus Nilssons "*Varumärkesrätt i förändring. Om varumärkets funktioner og funktionsanalys*", NIR 1/2014, side 78.

afgørelser bliver baseret på en uheldig ad hoc argumentation, der bidrager til en yderligere fragmentering af varemærkeretten.¹⁹

Slutteligt kan det bemærkes, at den forelæggende ret, i den pågældende sag, kom frem til, at annoncen krænkede indehaverens varemærkeret, idet annoncens udformning ikke gjorde det muligt at vide, at annoncøren ikke var med i indehaverens netværk.

Denne lidt omvendte konklusion, hvorved det givetvis måtte kræves, at annoncen skulle have tydeliggjort at denne ikke var del af indehaverens netværk, uddybes ikke nærmere i dommens præmisser, andet end ved en udtrykkelig henvisning til de fra EU-Domstolen givne kriterier.²⁰

Det kan i denne relation muligvis anføres, at forbrugernes store kendskabsgrad til Interflora-mærket, kan have affødt en situation, hvor medlemskab af Interfloras netværk, i forbrugernes bevidsthed, synes mere sandsynligt, end at den pågældende annoncør skulle være en konkurrent der stod uden for dette netværk.

Det synes overvejende sandsynligt, at et sådant synspunkt kan have vundet indpas i såvel EU-Domstolen og den forelæggende rets vurdering, til trods for at dette ikke udtrykkeligt anføres i dommen(e).

3.3 GARANTIFUNKTIONEN/KVALITETFUNKTIONEN

Det blev i L'Oréal/Bellure-sagens præmis 58 udtalt, at også *særligt* den funktion, der består i at garantere varens eller tjenesteydelsens kvalitet skal tages i betragtning.

Kvalitetsfunktionens særlige vigtighed uddybes af EU-Domstolen via en myriade af bagudrettede henvisninger, der starter med en analyse af varemærkets funktioner fra den juridiske litteratur²¹ og slutter med Generaladvokatens forslag til afgørelse i L'Oréal/Bellure-sagen.

Til trods for, at det af Domstolen her anføres, at kvalitetsfunktion skal tillægges særlig værdi, konstaterer også Wallberg, at Domstolen endnu ikke har beskæftiget sig indgående med det nærmere indhold af denne funktion, hvilket får Wallberg til at konkludere, at det nærmere indhold til stadighed er tvivlsomt.²²

¹⁹ Ibid., side 210, og dennes henvisning til supplerende litteratur ved Thomas Riis' *"Søgeordsbaseret reklamer og EU-Domstolens afgørelse i de forenede sager C-236/08-C-238/08 (Google AdWords)"*, NIR 3/2010, navnlig dennes afsluttende bemærkning på side 263.

²⁰[2013] EWHC 1291 (CH), præmis 318. Afgørelsen kan læses i sin fulde længde ved: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2013/1291.html#para318>

²¹ Wallberg, 2015, side 206, note 598-560, navnlig henvisningen til Henning-Bodeling og Kurs' bog *"Marke und Verbraucher"*.

²² Ibid., side 212.

Wallberg påpeger dog, at funktionen i litteraturen generelt både betegnes som varemærkets garanti- og kvalitetsfunktion, hvortil der tilskrives den funktion, at et varemærke i forbrugernes øjne ofte vil blive opfattet som en garanti for, at den vare eller tjenesteydelse der udbydes under det pågældende varemærke, har en bestemt kvalitet eller nogle bestemte egenskaber.²³

Det fremgår tillige af EU-Kommissionens *”Memorandum om etablering af et EF-mærke”*, fra 1976, at kvalitetsfunktionen er afledt af oprindelsesfunktion, idet kvalitetsfunktionen beskrives som det forhold, at forbrugeren slutter fra oprindelsesgarantien og til mærkevarens ensartede beskaffenhed og kvalitet.

Det kan overvejes, hvorvidt der, med de ovenstående grundlæggende definitioner af kvalitetsfunktionen, kan drages nogle paralleller til principperne bag den særlige beskyttelse af velkendte varemærker.

En af årsagerne hertil er blandt andet, at der i den juridiske litteratur er udtalt tvivl om hvorvidt alle mærker kan tillægges denne kvalitetsfunktion.²⁴ Hvorvidt tvivlen om denne afgrænsning skal finde sit udgangspunkt i grænsedragningen til velkendte varemærker er dog uklart.

Det må naturligvis understreges, at en generel ligestilling af overvejelserne bag kvalitetsfunktionen og den udvidede beskyttelse af velkendte varemærker, ikke bør foretages uden forbehold.

I tilfælde med velkendte varemærker vil der jo, per definition, være tale om, at tredjemands brug skaber en association til det velkendte varemærke, hvorimod en sådan association til ikke-velkendte varemærker modsætningsvist ikke er givet. Det er naturligvis denne association der er forudsætningen for, at der eksempelvis kan forårsages en negativ indvirkning på det oprindelige mærkes kvalitetsmæssige signalværdi.

For så vidt angår denne beskyttelse, udtalte EU-Domstolen i L’Oréal-sagen, at skaden, som påføres det velkendte varemærkets renommé, opstår

*”når de varer eller tjenesteydelser, som det identiske eller lignende tegn anvendes for, kan have en sådan indflydelse på kundekredsen, at varemærkets tiltrækningskraft herved bliver formindsket. Risikoen for denne skade vil navnlig kunne opstå, når tredjemands varer eller tjenesteydelser har et kendetegn eller en egenskab, der vil kunne have en negativ indflydelse på varemærkets image.”*²⁵

²³ Ibid., side 211, og dennes henvisning til W. Cornish’ *”Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights”*, 2010, side 655.

²⁴ Ibid., side 212, note 617.

²⁵ Præmis 40.

Det må her anføres, at indehaverens interesse i at værne om dennes eneret til at definere mærkets kvalitetsmæssige signalværdi grundlæggende er den samme, uanset om mærket er velkendt eller ej.

Umiddelbart vil det derfor synes muligt, at karakterisere beskyttelsen af kvalitetsfunktionen som indehaverens eneret til at influere den kvalitetsmæssige signalværdi der udtrykkes ved dennes varemærke, hvorunder beskyttelsen af velkendte varemærker navnlig værner mod negative og snyltende associationer dertil.

Hertil må det retfærdigvis nævnes, at også Wallberg diskuterer funktionslæren i relation til beskyttelsen af velkendte varemærker.²⁶ Der fremhæves her en udtalelse fra en anden sag²⁷ ved EU-Domstolen, hvorved det anføres at beskyttelsen af velkendte varemærker er uafhængig af varemærkets oprindelsesfunktion og vedrører andre af varemærkets funktioner.²⁸

Til trods for, at Wallberg efterfølgende konstaterer oprindelsen til dette udsagn, konkluderes der herved ikke særskilt på spørgsmålet om hvilken funktion beskyttelsen navnlig vedrører. Således gives der blot en henvisning til, at EU-Domstolen har udtalt, at der ved brug i strid herved udnyttes (og påføres skade på) den kommercielle indsats, som varemærkeindehaveren har ydet for at skabe og vedligeholde varemærkets image.²⁹

Sammenfattende synes det vanskeligt, at foretage en nærmere teoretisk kvalificering af indholdet af kvalitetsfunktionen, hvortil det må anføres, at det næppe er hensigtsmæssigt, at Domstolen til stadighed ikke har bragt bedre vejledning til et princip der efter dens egne udtalelser skal tillægges særlig værdi.

I sidste ende må det således blot konstateres, at kvalitetsfunktionen udspringer som et nært og nærmest uadskilleligt element af oprindelsesfunktionen, hvorfor dets selvstændige praktiske anvendelighed formentligt er relativt begrænset.

3.4 REKLAMEFUNKTIONEN

Det erindres, at det i L'Oréal/Bellure-sagen blev præciseret, at også varemærkets såkaldte reklamefunktion skulle tages i betragtning.

Reklamefunktionen blev første gang nævnt i det førnævnte memorandum om etablering af et EF-mærke, dog således at det nærmere indhold ikke blev yderligere præciseret heri.

²⁶ Wallberg, 2015, side 226.

²⁷ De forenede sager C-236/08 - C238/08 Google AdWords.

²⁸ Jf. Generaladvokatens forslag til afgørelse, præmis 94.

²⁹ Sag C-487/07 L'Oréal/Bellure, præmis 50.

EU-Domstolen har senere udtalt, at reklamefunktionen er den funktion et varemærke har, når det anvendes til reklameformål med henblik på at informere og overbevise forbrugeren, såvel som den situation hvorved varemærket bruges i salgsfremmeøjemed eller som led i en forretningsstrategi.³⁰

Wallberg påpeger herefter, at den ovenstående definition af reklame ikke synes at stemme overens med tilstødende regulerings definition af reklame,³¹ men at Google-sagerne i stedet bringer en meget bred(ere) definition. Det er Wallbergs overbevisning, at særligt denne bredere definition gør den følgende konklusion "noget overraskende":³²

*"...brugen af et tegn, der er identisk med en andens varemærke i forbindelse med en søge- og annonceringsydelse som den, der er omhandlet i hovedsagen, (kan, red) ikke gøre indgreb i et varemærkes reklamefunktion."*³³

Det synes at fremgå af dommens præmisser, at der ved denne vurdering særligt er lagt vægt på den nærmere tekniske udformning af Googles søgemaskine. Således fremgår det af præmis 97, at:

"Det følger af de anførte omstændigheder, at når internetbrugeren indtaster et navn på et varemærke som søgeord, bliver den pågældende varemærkeindehavers start- og reklameside vist på listen over naturlige søgeresultater, og dette normalt på en af de første pladser på listen. Denne visning, som desuden er gratis, har til følge, at der er en garanteret synlighed af varemærkeindehaverens varer eller tjenesteydelser i forhold til internetbrugeren, uanset om indehaveren også har held til at få vist en annonce på en af de første pladser under rubrikken "erhvervsmæssige link".

Som det også anføres af Wallberg, kan dommen formentligt tages til udtryk for, at EU-Domstolen ikke anser det som et indgreb i reklamefunktionen, at andre bruger indehaverens varemærke som købt søgeord, da indehaveren stadig bevarer muligheden for selv at udnytte sit mærkes reklamefunktion til at informere og overbevise forbrugerne.³⁴

Denne blåstempling af tredjemands brug af indehaverens varemærke som søgeord, under den blotte begrundelse, at brugen ikke ekskluderer indehaverens egen (effektive) synlighed, kan umiddelbart synes betænkelig. Hertil kan det vel med rette anføres, at argumentet kræver en mulig afgrænsning af det modsatte tilfælde, hvor bru-

³⁰ De forenede sager C-236/08 - C238/08 Google AdWords, præmis 91-92.

³¹ Artikel 2, a) i Direktiv 2006/114/EF om vildledende og sammenlignende reklame.

³² Wallberg, 2015, side 212.

³³ De forenede sager C-236/08 - C238/08 Google AdWords, præmis 98.

³⁴ Wallberg, 2015, side 213.

gen skulle ekskludere indehaverens synlighed. En sådan afgrænsning synes vanskelig at foretage.

Wallberg lægger da heller ikke skjul på, at det ovenstående præmis bygger på en forsimplet og lige ud forkert opfattelse af visningen af de organiske søgeresultater. Der påpeges, at navnlig søgemaskinens jævnlige skiftende søgealgoritme afgør søgningens resultat, ved hvilken visningen af såvel de organiske søgeresultater og betalte annoncer påvirkes via adskillige faktorer, heriblandt af brugerens øvrige søgehistorik.³⁵

Wallberg forholder sig ikke i øvrigt til konsekvensen ved denne tilsyneladende fejltagelse i dommens præmisser.

Hertil må det anføres, at dommen ikke desto mindre må tages til udtryk for, at EU-Domstolen tillægger det afgørende betydning, at varemærkeindehaveren bevarer sin (gratis) adgang til synlighed blandt et af de første resultater på listen.

EU-Domstolen har senere givet en udtalelse der, nærmest modsætningsvist, påpeger hvad der fra internetbrugerens- og et konkurrencemæssigt synspunkt, kan ses som en positiv virkning af tillægget til de naturlige søgeresultater. Således anføres det, at:

”Det [ligeledes er] klart, at i de fleste tilfælde ønsker den internetbruger, som indtaster navnet på et varemærke som søgeord, at finde oplysninger om eller tilbud på varer eller tjenesteydelser af dette varemærke. Når der derfor ved siden af eller oven over de naturlige søgeresultater vises salgsfremmende links til websteder, som udbyder varer eller tjenesteydelser fra konkurrenter til indehaveren af dette varemærke, kan internetbrugeren, medmindre han straks ser bort fra disse links som værende uden relevans og ikke forveksler dem med varemærkeindehaverens links, opfatte de pågældende salgsfremmende links som noget, der tilbyder et alternativ til varemærkeindehaverens varer eller tjenesteydelser.³⁶ Dette er så meget desto mere tilfældet, når disse links til en webside, der ejes af en konkurrent til dette selskab, er blandt de første søgeresultater og dukker op ved siden af linksene til dette selskabs webside, eller når konkurrenten benytter et domænenavn, som henviser til dennes firmanavn eller til betegnelsen på en af den pågældendes varer.”³⁷

Ovenstående udtalelse skal primært ses i forbindelse med spørgsmålet om hvorvidt meta-tags er omfattet af reklamebegrebet,³⁸ men den kan formentligt også tages til

³⁵ Wallberg, 2015, side 213, hvortil der i øvrigt kan henvises til blandt andet Googles egen relativt detaljeret information om hvordan deres søgemaskine fungerer:

<http://www.google.dk/intl/da/insidesearch/howsearchworks/>

³⁶ De forenede sager C-236/08 - C238/08 Google AdWords, præmis 68.

³⁷ Sag C-657/11 BEST/Visys, præmis 56.

³⁸ Domstolen fandt at brugen som meta-tags utvivlsomt måtte være omfattet af reklamebegrebet i henhold til artikel 2, stk. 1 i direktiv 84/450 og artikel 2, litra a) i direktiv 2006/114.

udtryk for EU-Domstolens generelle opfattelse af den situation hvori internetbrugeren befinder sig, når denne foretager en søgning på et varemærke på internettet.

Det synes således berettiget at antage, at en fremtidig tolkning af indgreb i reklamefunktionen, i relation til afhandlingens fokusområde, grundlæggende skal værne om indehaverens gratis adgang til effektiv synlighed og forbrugernes umiddelbare ønske om at blive ført til indehaverens varer eller tjenesteydelser.

Dette vil særligt finde sin relevans i den senere behandling af shoppingportalernes integrerede søgefunktioner.

3.5 INVESTERINGSFUNKTIONEN OG KOMMUNIKATIONSFUNKTIONEN

Til trods for, at det i L'Oréal/Bellure-sagens præmis 58 også nævnes, at varemærkets såkaldte investeringsfunktion også skal tages i betragtning, må det konstateres at (også) denne funktion til stadighed er vagt defineret.³⁹

EU-Domstolen har udtalt, at varemærkets investeringsfunktion er den funktion, at mærket anvendes af indehaveren til at opnå eller opretholde et omdømme, der kan tiltrække forbrugerne og sikre deres loyalitet.⁴⁰

Domstolen præciserer herefter, at investeringsfunktionen således delvist overlapper med reklamefunktionen, men at den også omfatter andre forretningsmæssige teknikker end reklame.⁴¹

De to ovenstående udtalelser kan umiddelbart virke sammenlignelige med domstolens udtalelser om de velkendte varemærkers (særlige) beskyttelsesværdige funktioner, hvorved den kommercielle indsats, som varemærkeindehaveren har ydet for at skabe og vedligeholde varemærkets image blev fremhævet.⁴²

Wallberg tilføjer, at der efter dennes overbevisning også er usikkerhed om den såkaldte kommunikationsfunktion, der tilsvarende nævnes i L'Oréal/Bellure-sagens præmis 58.

Wallbergs fremstilling indeholder dog ikke desto mindre en henvisning til nogle øvrige betragtninger, der muligvis kan kaste lys på opfattelsen af ikke blot investerings- og kommunikationsfunktionen men også reklamefunktion.⁴³

Således henvises der til Generaladvokatens forslag til afgørelse i Dior/Evora-sagen⁴⁴, hvorved det udtales, at:

³⁹ Wallberg, 2015, side 217.

⁴⁰ Sag C-323/09 Interflora/Marks & Spencer, præmis 60.

⁴¹ Ibid., præmis 61.

⁴² Se ovenstående behandling af kvalitetsfunktionen.

⁴³ Wallberg, 2015, side 205.

⁴⁴ Sag C-337/95 Dior/Evora.

"[Det også er] blevet hævdet, at varemærker har andre funktioner, der kan betegnes "kommunikations-, investerings eller reklamefunktioner." Disse funktioner siges at udspringe af, at investeringen i salgsfremmende foranstaltninger for et produkt er bygget op omkring varemærket. Heraf udleder man, at disse funktioner er værdier, som fortjener beskyttelse som sådan, selv når der ikke foreligger noget misbrug som følge af vildledende oprindelses- eller kvalitetsangivelser".⁴⁵

Generaladvokaten udtaler herefter, at det er dennes opfattelse, at disse funktioner, kun er afledt af oprindelsesfunktionen, hvorfor deres selvstændige beskyttelse ikke er formålstjenstlig. Generaladvokaten finder i stedet, at oprindelsesfunktionen til stadighed (udtalt i 1995) er et passende udgangspunkt for fortolkningen af fællesskabslovgivningen vedrørende varemærker.

Det synes dog uklart, i hvilket omfang ovenstående udtalelse er tiltrådt af EU-Domstolen, men det kan konstateres, at der også i L'Oréal/Bellure-sagen implicit henvises hertil, via de bagudrettede henvisninger til de respektive Generaladvokaters betragtninger om varemærkets funktioner.

⁴⁵ Generaladvokatens forslag til afgørelse i Sag C-337/95 Dior/Evora, præmis 42.

4 BRUG AF ANDRES VAREMÆRKER PÅ ONLINE-SHOPPINGPORTALER

Det følgende afsnit vil dette kort redegøre for et udpluk af krænkende brug. Af hensyn til afhandlingens omfang vil der fokuseres på særlige problemstillinger, og ikke hvad der kan betegnes som åbenbare krænkelse.

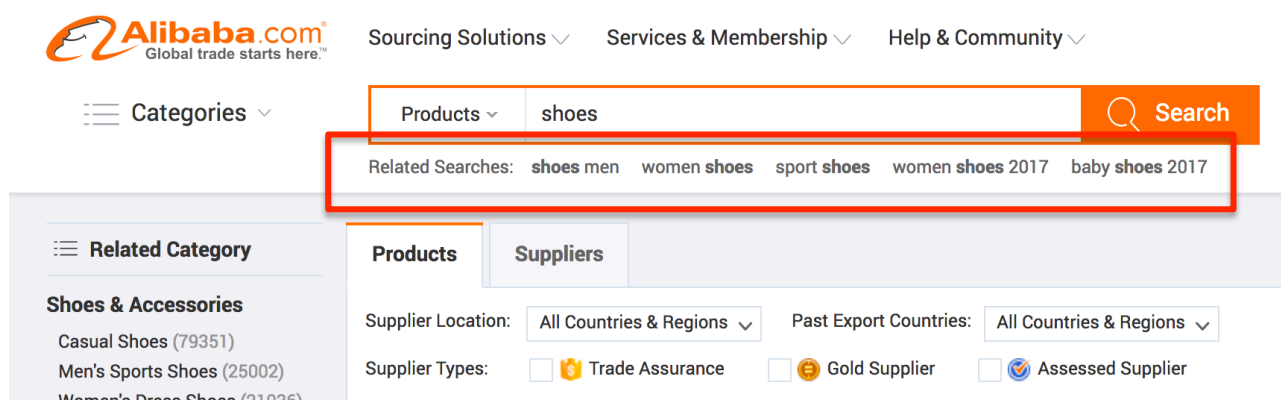
Afsnittet vil sondre mellem portalens brug og annoncørens brug.

Eksemplerne vil i al væsentlighed tage udgangspunkt i Knud Wallbergs forholdsvist udførlige undersøgelse⁴⁶ af lignende eksempler.

4.1 PORTALENS BRUG

4.1.1 BRUG I AUTOMATISEREDE SØGEPROCESSER

Et af de typisk forekommende eksempler på portalens brug kommer til udtryk ved shoppingportalernes integrerede søgefunktioner.



Skærbillede taget den 11. marts 2017 fra <https://www.alibaba.com/products/F0/shoes.html>

I det ovenstående eksempel kan der være tale om en bruger der ønsker at etablere kontakt til en udbyder af sko, hvorfor søgeordet "shoes" anvendes.

Upåagtet den nærmere årsag hertil, kan det konstateres, at man som bruger bliver mødt med forslag til relaterede søgninger. I det ovenstående tilfælde er alle forslag tilsvarende generiske, idet de udelukkende indeholder supplerende beskrivende betegnelser som omfattet af varemærkelovens § 13, stk. 2.

Foretages der i stedet en søgning der udgøres af tredjemands varemærke, eksempelvis "Nike", fremkommer nedenstående resultat:

⁴⁶ Wallberg, 2015.

Alibaba.com Global trade starts here. Sourcing Solutions Services & Membership Help & Community One Request, M

Categories Products nike Search

Related Searches: nike shoes nike shoes men nike air max nike shoes box nike running shoes

Notice: " Nike " is likely a brand name and if it's the case, products of which can only be traded on Alibaba.com with proof of proper authorization. Please confirm with the supplier(s) before trading with them.

Products Suppliers

Supplier Location: All Countries & Regions Past Export Countries: All Countries & Regions

Supplier Types: Trade Assurance Gold Supplier Assessed Supplier

Skærbillede taget den 9. Maj 2017 af:

https://www.alibaba.com/trade/search?fsb=y&IndexArea=product_en&CatId=&SearchText=nike

Denne gang fremkommer der væsentlige forskelle fra den tidligere generiske søgning på sko.

Mest iøjnefaldende fremkommer en tydelig bemærkning:

"Notice: " Nike " is likely a brand name and if it's the case, products of which can only be traded on Alibaba.com with proof of proper authorization. Please confirm with the supplier(s) before trading with them."

Bemærkningen må opfattes som en direkte advarsel til brugeren om, at det valgte søgeord sandsynligvis kan have udløst annoncer med udbud af ulovlige varer, eller at engagement med sådanne udbydere kan være et brud på portalens interne retningslinjer.

Fra rettighedshavers synspunkt må en sådan advarsel til portalens brugere være prisværdig.

Det bemærkelsesværdige ved ovenstående søgeresultat er dog, at brugeren ikke desto mindre samtidigt bliver præsenteret med relaterede søgemuligheder, der indsnævrer søgningen til et udpluk af de selvsamme produkter som indehaveren af varemærket markedsfører.

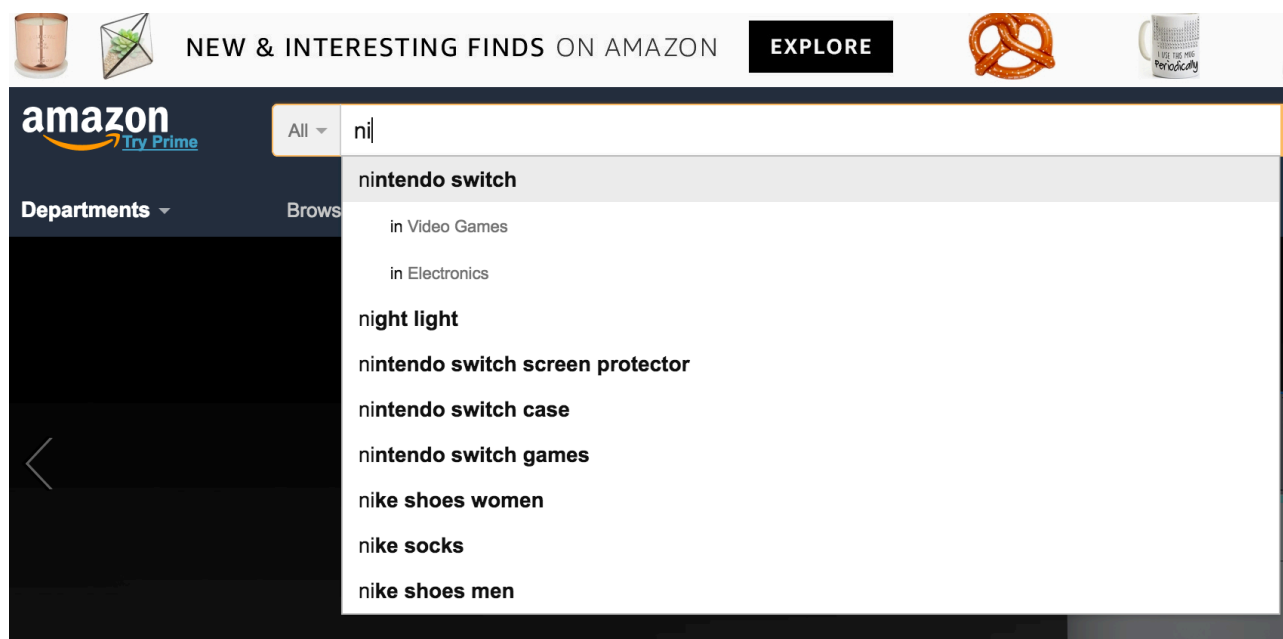
Det er således tydeligt, at portalen tillader brugen af varemærket som søgeord og følgelig kvitterer med hvad der må klassificeres som relevante søgeresultater og – forslag.

Dertil springer særligt ét forslag i øjnene, nemlig forslaget "nike air max". Til trods for ovenstående advarsel gives der således et forslag der netop er betegnelsen for én af Nikes produktserier.

Ovenstående er blot ét eksempel på shoppingportalernes måde at implementere varemærker i brugerens søgeproces.

En tilsvarende situation fremkommer idet flere shoppingportaler, herunder også Alibaba.com, benytter sig af et element i søgefunktionen mest almindeligt betegnet som "autocomplete". Funktionen er karakteriseret ved, at søgemaskineoperatøren foreslår søgeord inden brugeren når at færdiggøre ordet eller sætningen.

Som eksempel ses nedenfor de forslag der fremkommer efter indtastning af "ni" i Amazon.com's integrerede søgefunktion:



Skærbillede taget af <https://www.amazon.com/> 11. marts 2017

Som det ses gives der forslag til brugeren om søgeord der består af varemærket Nike og dertilhørende produkter såvel som søgeord bestående af et andet varemærke, nemlig Nintendo.

Det er klart, at de ovenstående søgefunktioner har en forretningsmæssigt begrundet oprindelse. Derudover er der naturligvis meget muligt, at de foreslåede søgeord reelt henviser brugeren til et udbud af varer der hidrører fra rettighedshaver selv eller som i øvrigt udgør lovligt videresalg.

Som det dog antydes ved advarselen ved Nike-søgningen på alibaba.com, er det dog en almindeligt forekommende realitet, at rettighedshaver sjældent selv udbyder sine varer på disse sider, hvorfor der allerede her kan opstå berettigede bekymringer om indholdet af tredjemands markedsføring heraf.

Der findes flere eksempler på sager hvor domstolene har haft lejlighed til at tage stilling til ovenstående søgefunktioner på shoppingportaler, heriblandt flere europæiske sager.

I 2014 tog den engelske High Court of Justice stilling til en række spørgsmål om lignende funktioner på Amazon.co.uk.⁴⁷ Sagen omhandlede påstået krænkende brug af det beskyttede varemærke LUSH, hvorved brugeren ved brug af søgeordet LUSH blev præsenteret en række *"equivalent products"* og andre typer af produkter.

Det var i sagen ubestridt, at produkter af selskabet LUSH ikke blev solgt på den pågældende handelsplads. Det skulle således vurderes hvorvidt søgefunktionen som forelagt udgjorde varemærkemæssig brug og i så fald hvorvidt der var tale om brug der gjorde indgreb i et af varemærkets funktioner.

Retten lagde til grund, at måden hvorpå LUSH blev anvendt som et accepteret og endda foreslået søgeord, efterlod brugeren af hjemmesiden med det indtryk, at der faktisk blev solgt LUSH-produkter på hjemmesiden. Retten fandt, at sagsøgte herved brugte varemærket som en del af sin egen kommercielle kommunikation,⁴⁸ hvortil den beskrevne brug udgjorde et indgreb i både oprindelsesfunktionen, reklamefunktionen og investeringsfunktionen.⁴⁹ Af hensyn til læserens overblik, vil rettens argumenter her blive citeret i nødvendigt omfang, da det vurderes, at disse bidrager betragteligt med nogle operationelle kriterier, i relation til anvendeligheden af den tidligere beskrevne funktionslære;

Vedrørende oprindelsesfunktionen: *"Indeed, in my judgment it illustrates that Amazon is using the Lush trade mark as a generic indicator of a class of goods, conduct which attacks head on the ability of the mark to act as a guarantee of origin in the Claimants and nobody else."*⁵⁰

Vedrørende reklamefunktionen: *"The evidence establishes that they rely on the reputation of the mark to attract custom. That quality of attracting custom, in my judgment, is bound to be damaged by the use by Amazon of the Lush mark to attract the attention of consumers to and attempt to sell to them the goods of third parties whilst at the same time making no effort at all to inform the consumer that the goods being offered are not in fact the goods of Lush."*⁵¹

Vedrørende investeringsfunktionen: *"In relation to the investment function, Lush is a successful business which has built up an image of ethical trading. This is an image which it says it wishes to preserve and it has taken the decision not to allow its goods to be sold on Amazon because of the damage that it perceives there would be to that reputation. (...) In my judgment there is no material which is sufficient to question the wisdom of Lush's decision not to permit its goods to be sold on the ama-*

⁴⁷ Sag nr. [2014] EWHC 181 (CH)

⁴⁸ Ibid., præmis 60-61.

⁴⁹ Ibid., præmis 69-75.

⁵⁰ Ibid., præmis 68.

⁵¹ Ibid., præmis 69.

*zon.co.uk website (...) Neither do I consider it relevant that Lush itself has done some pretty bizarre things, such as applying to register as a trade mark the name of Amazon's managing director. I accept the argument that this use by Amazon damages the investment function of the Lush trade mark.*⁵²

Foruden den generelle anvendelighed af mærket som søgeord, blev brugeren præsenteret med "Related Searches" der inkluderede LUSH varemærket. Også i dette henseende fandt retten, at der forelå krænkende brug, idet denne udgjorde kommerciel kommunikation fra Amazon til fremme af salg af ikke-LUSH kosmetikprodukter via Amazon.⁵³

For så vidt angår dette sidste kortfattede ræsonnement udtrykker Wallberg, at det, efter hans overbevisning, er tvivlsomt, om den beskrevne brug kan karakteriseres som varemærkemæssig brug.⁵⁴

Wallberg anfører samtidigt at der i disse situationer ikke er tale om, at brugeren anvender en konkurrerende virksomheds varemærke for at forbedre vedkommendes tilstedeværelse på internettet, hvorfor man ikke uden videre kan drage analogier til eksempelvis brugen af andres varemærker som metatags.

Det skal i denne afhandling, under hensyntagen til afgrænsningen til portalens synlige brug, blot bemærkes, at brug af andres varemærker som meta-tags ved flere lejligheder er fundet retsstridig, blandt andet da disse må antages navnlig at have til formål eller som virkning at lade mærket tjene som søgekriterium, således at brugere af automatiske søgetjenester ved at søge på mærket bliver ledt frem til oplysninger om virksomhedens og dennes udbud af konkurrerende produkter.⁵⁵

Det må medgives, at der ved det ovenstående tilfælde ikke er tale om brug der, på samme måde som meta-tags, manipulerer en søgeteknisk betinget proces for at øge fokus på éns konkurrerende udbud. Ikke desto mindre må der her argumenteres for, at varemærket inkorporeres i shoppingportalens søgefunktion på en sådan måde, at det jo netop anvendes til at henlede brugerens opmærksom på dennes formidling af andres konkurrerende varer.

Den engelske High Court henviser da også generelt til principperne i Google France- og eBay-Sagen hvorefter den konkluderer at Amazon ikke kan undslippe den konklusion, at den har anvendt mærket erhvervsmæssigt i relation til relevante varer.⁵⁶

⁵² Ibid., præmis 70-71

⁵³ Ibid., præmis 76.

⁵⁴ Wallberg, 2015, side 201.

⁵⁵ Ibid., side 193-195.

⁵⁶ Sag nr. [2014] EWHC 181 (CH), præmis 61-75.

Hertil må det erindres, at det er Domstolens faste praksis, at brugen af et sådant søgeord er det middel, der anvendes af annoncøren for at udløse visningen af hans reklame, hvorfor brugen således er genstand for erhvervsmæssig (varemærkeretlig) brug.⁵⁷

Der henvises af Domstolen herefter til dobbeltidentitets-kravet, hvorefter det pointeres at hvis portalen (eBay) har brugt et søgeord med henblik på at gøre reklame for sin egen tjenesteydelse, som består i at stille en online-markedsplads til rådighed for sælgere og købere, er brugen hverken foretaget for varer eller tjenesteydelser af samme eller lignende art som dem, for hvilke varemærket er registreret.⁵⁸ Domstolen påpeger herefter det faktum, at velkendte varemærker nyder en bredere beskyttelse.

Det må derfor her anføres, at den engelske High Courts betragtninger om varemærkeretlig brug synes ganske velfunderede og korrekte. Dog synes det tilsvarende klart, at EU-Domstolen med udtalelsen om klassificeringssystemets retsvirkninger, fastlagde at rettighedshaver må være indehaver af en relevant registrering for tjenesteydelser af samme eller lignende art, førend denne særlige form for brug kan forbydes. Det fremgår at LUSH-varemærket blot var registreret i klasse 3, men at der blev indrømmet velkendthed, hvorfor dette ikke giver anledning til yderligere tvivlsspørgsmål vedrørende den engelske afgørelse.

4.1.2 BRUG SOM DEL AF URL

En anden synlig brug af varemærker, der kommer til udtryk på flere online-shoppingportaler, er hvor varemærker bruges som en del af hjemmesidens såkaldte adresse, nærmere bestemt som en del af URL'en (Uniform Resource Locator).

Rubriceringsmæssigt vil dette også inkludere den generelle brug af varemærker som domænenavn. Af afgrænsningsmæssige årsager vil denne afhandling dog ikke behandle denne generelle problemstilling yderligere, men blot den brug der undertiden betegnes som *"back end brug"*.

Fra et teknisk synspunkt har denne brug sin begrundelse i domæneindehaverens mulighed for at tilføje underliggende sider eller stier med bestemte navne.

Denne underliggende side kan derefter administreres og bruges af domæneindehaveren selv, eller stilles til rådighed for andre, eksempelvis som brugernavn. Denne tekniske mulighed tillader således, at en shoppingportal selv etablerer eller muliggør underliggende sider, der anvender andres varemærker på en tydelig og for internettet særligt iøjnefaldende måde, eksempelvis www.shoppingportal.com/varemærke.

⁵⁷ Sag C-324/09 eBay, præmis 87.

⁵⁸ Ibid., præmis 88-89.

Den retlige vurdering af henholdsvis portalens og dets brugeres back end brug vil principielt være sammenfaldende. Ikke desto mindre vil brugen der initieres af tredjemand først blive behandlet i det næstkommende afsnit om annoncørens brug.

Der findes i Danmark i hvert fald to tilfælde hvor domstolene har taget særskilt stilling til lovligheden af en sådan brug af tredjemands varemærke - En sag i relation til domæneindehaverens egen brug og en sag hvor sagsøgte, ved at have registreret et selvvalgt brugernavn på tredjemands side, havde udløst en sådan back end brug.

Den første sag, som omtalt i U 2001.432 SH, vedrørte hvad der af sagsøger, efter udløb af en forhandleraftale mellem parterne, blev anset som uberettiget fortsat brug af dennes registrerede varemærke MAGNA.

Sagen var anlagt i forlængelse af flere allerede retligt afgjorte- og forligte krænkelses- og forbudssager. Særligt den enkeltstående påstand om krænkende brug i sagsøgtes URL-adresse er relevant i denne afhandlings henseende.

Det fremgår af sagens omstændigheder, at sagsøgte anvendte URL-adressen "home6.inet.tele.dk/magna", hvortil sagsøger gjorde gældende, at sagsøgte havde anvendt varemærket erhvervsmæssigt i strid med dennes varemærkeret.

Sagsøger gjorde desuden gældende, at der var tale om en grov krænkelse, idet sagsøgte netop var bekendt med, at retten til varemærket tilhørte sagsøger og at sagsøgte efter ophør af aftalen var uberettiget til at anvende dette varemærke. Som tillæg hertil gjorde man gældende, at sagsøgte havde overskredet grænserne for loyal reklamering, idet selskabet har givet indtryk af, at der består en erhvervsmæssig forbindelse mellem parterne.

For så vidt angår den nærmere vurdering af brugen som del af URL'en er Sø- og Handelsretten ikke ligefrem gavmild. Således konstateres det blot, at ordet MAGNA er indgået i URL-adressen på selskabets hjemmeside, at retten lægger til grund, at brugen i den forbindelse er sket erhvervsmæssigt, og at denne brug indebærer en selvstændig krænkelse af indehaverens ret til varemærket MAGNA, jf. varemærkelovens § 4.

4.2 ANNONCØRENS BRUG

Dette afsnit vil bidrage med nogle generelle betragtninger til vurderingen af annoncørens brug af tredjemands varemærker, der foretages som led i tredjemandens markedsføring af egne salgsudbud på online-shoppingportaler.

I denne relation må det indledningsvist bemærkes, at EU-Domstolen i eBay-sagen⁵⁹ fastlagde, at lovligheden heraf skal efterprøves med henvisning til bestemmelserne

⁵⁹ Sag C-324/09.

om varemærkets indhold som foreskrevet i såvel Varemærkedirektivet og Varemærkeforordningen og praksis der relaterer sig hertil.⁶⁰

Den ovenstående udtalelse får Wallberg til at konkludere, at bedømmelsen skal foretages helt på lige fod med andre former for markedsføring og salg i butikker og i analoge medier.⁶¹

Denne afhandling vil, navnlig af hensyn til dennes indholdsmæssige omfang, ikke bringe nogen nærmere analyse af hvad der kan betegnes som åbenbare tilfælde af krænkende brug, men vil i stedet fokusere på tilfælde, hvor der kan opstå tvivl om lovligheden af den konkrete brug.

4.2.1 FORHANDLERSIDER OG BRUGERNAVNE

Denne særlige form for brug skal betragtes i forlængelse af den ovenstående back end brug af domæneindehavere.

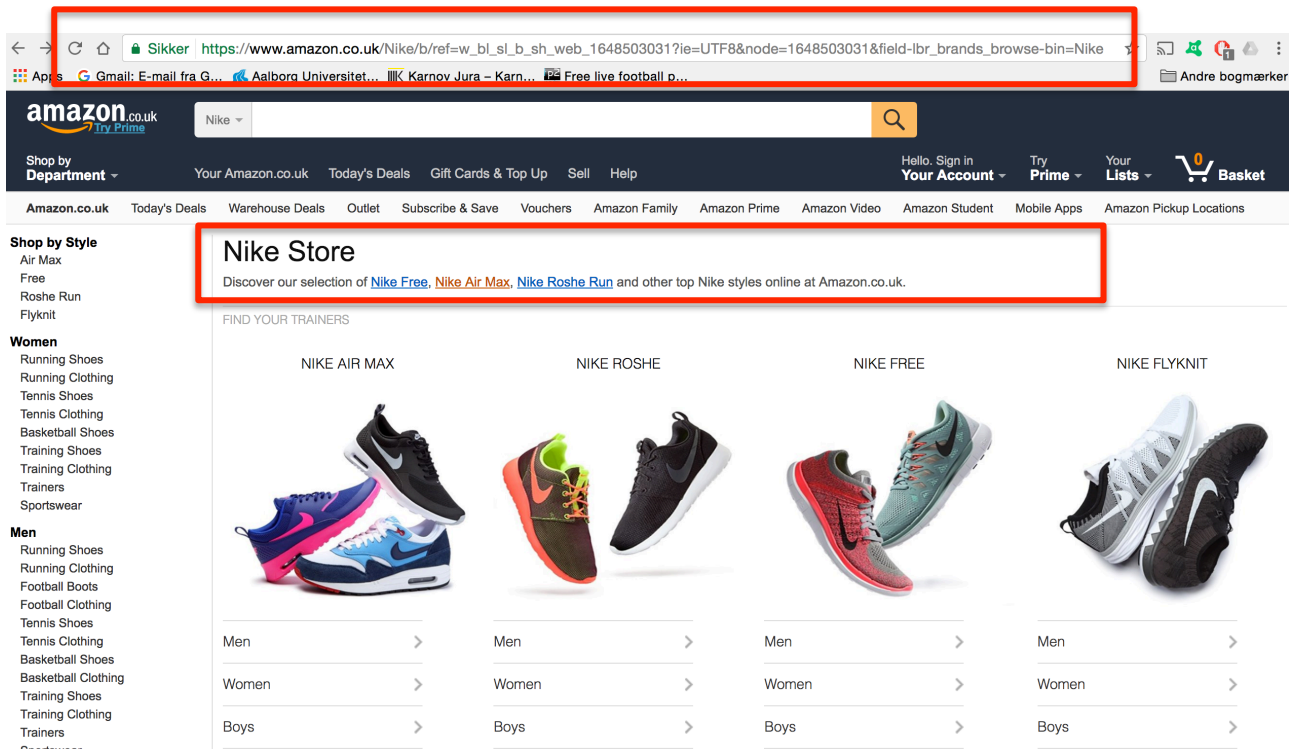
For så vidt angår back end brug på online-shoppingportaler, kommer denne mulighed som regel til udtryk ved hvad der kan betegnes som *"underliggende forhandlersider"*, hvortil der udløses en tilsvarende brug på sociale medier ved annoncørens valg af brugernavn.

Disse forhandlersider har grundlæggende til hensigt at samle alle udbud fra den pågældende forhandler ét sted på shoppingportalen.

Eksempelvis er det på Amazon.co.uk muligt at foretage en søgning på *"Nike"*, hvorefter der kan tilgås en særskilt oprettet underside betegnet *"Nike Store"*:

⁶⁰ Ibid., præmis 57.

⁶¹ Wallberg, 2015, side 190.



Figur 1 Skærbillede fra:

https://www.amazon.co.uk/Nike/b/ref=w_bl_sl_b_sh_web_1648503031?ie=UTF8&node=1648503031&field-lbr_brands_browse-bin=Nike

Som det antydes af ovenstående billede, er det ved denne underside muliggjort, at annoncøren selv kan forestå den nærmere indretning heraf. Undersiden får således reelt virkning som en slags privat webshop på tredjemands hjemmeside.

Denne mulighed findes, om end i andre indholdsmæssige variationer, på øvrige shoppingportaler, såsom i hvert fald alibaba.com og ebay.com, hvortil en teknisk lignende brug tilsvarende anvendes på sociale medier, såsom facebook.com.

Da de tekniske muligheder for back end brug, og den for slutbrugeren synlige adresseangivelse ved brug af et letgenkendeligt almindeligt ord, principielt er ubegrænsede og aldeles i domæneindehaverens vold, åbner dette naturligvis også for at brugerne kan anvende varemærker som dette ord.

Som det kan anes af ovenstående skærbillede, og som det i øvrigt fremgår af den vedlagte billedtekst, fremstår "Nike" som en del af URL'en. Den del af URL'en som henviser til undersiden, i dette tilfælde Nikes egen, vil som oftest bestå af det af annoncøren valgte brugernavn for den pågældende hjemmeside, men kan principielt også bestå af andre for slutbrugeren uigenkendelige sammensætninger af symboler.

I de sidstnævnte tilfælde vil det således blot være relevant, at betragte lovligheden af selve forhandlernavnet, hvorfor tvisten ikke længere kan behandles som en domænavns-konflikt.

Som tidligere nævnt, har de danske domstole haft lejlighed til at behandle lovligheden heraf, i relation til valg af brugernavn på Facebook.

Således var der i U 2015.869 H blandt andet indgivet en forbudspåstand om sagsøgte brug af brugernavnet "GeographicalNorway-Scandinavia", der tilsvarende kom til udtryk i URL'en som "facebook.com/pages/Geographical-Norway-Scandinavia/".

For så vidt angår påstanden om krænkelse ved brug af Facebook-siden stadfæstede Højesteret SØ- og Handelsrettens afgørelse af, at sagsøgte ikke havde ret til at anvende sagsøgers varemærke, og at (også) brugen af Facebook-siden således var retsstridig.

Det fremgår af afgørelsens præmisser i øvrigt, at afgørelsen ikke tog stilling til de særlige forhold der gør sig gældende ved portaler med brugergeneret indhold. Dertil indeholder dommen ej heller en udtrykkelig redegørelse for ræsonnementet bag ulovligheden af back end brug og brugernavn på tredjemands hjemmeside.

En nærmere analyse heraf må således findes andetsteds.

Ifølge Wallberg viser rettens afgørelse dog, at såvel portalens og annoncørens back end brug skal bedømmes ud fra de samme kriterier og begrundelser som den øvrige praksis på domænenavnsområdet, hvortil der i øvrigt kan henvises til Wallbergs yderligere behandling heraf⁶² da denne praksis ikke vil blive inddraget nærmere i denne afhandling.

4.2.2 HENVISNING TIL VAREMÆRKEINDEHAVEREN

Wallberg fremhæver denne særlige form for brug, som det forhold, at en annoncør anvender tredjemands varemærke som link til en anden hjemmeside, navnlig hvor annoncøren anvender linket på en sådan måde at der gives det urigtige indtryk af, at annoncøren er en autoriseret forhandler.

Der anføres, at en sådan brug som udgangspunkt må betragtes i lyset af Google AdWords sagerne,⁶³ dersom brugen af mærket som link kan medføre en situation hvor man som internetbruger ikke, eller kun med vanskelighed, har mulighed for at gøre sig bekendt med, om de på hjemmesiden tilbudte varer hidrører fra varemærkeindehaveren eller fra en virksomhed, der er forbundet med denne, eller tværtimod hidrører fra en tredjemand.⁶⁴

Mindst én tvist om en sådan form for linking er blevet behandlet ved de danske domstole.⁶⁵

⁶² Wallberg, 2015, side 195-197, navnlig henvisningen til supplerende litteratur herom givet ved note 576 på side 196.

⁶³ De forenede sager C-236/08 - C238/08 Google AdWords.

⁶⁴ Wallberg, 2015, side 192-193.

⁶⁵ SHD 3. April 2007 (V-0160-05).

Det fremgår af sagens omstændigheder, at sagsøgte solgte originale overskudsvarer af mærket DIESEL, hvilke var købt som udgåede varer fra flere europæiske firmaer. For så vidt angår brug af mærket som link, havde sagsøgte under et faneblad benævnt som "leverandører" anført "Diesel", ledsaget af et link til Diesels officielle hjemmeside.

Retten fandt, den skete anvendelse af varemærket var vildledende og gik ud over hvad der var nødvendigt for at oplyse at butikken forhandlede DIESEL-varer og således i strid med markedsføringslovens §§ 1 og 2 samt varemærkelovens § 4.

Retten anfører hertil som begrundelse, at anvendelsen af betegnelsen "leverandører" i sammenhæng med varemærket var egnet til at skabe urigtige forestillinger om butikernes relationer til Diesel-koncernen, herunder urigtige forestillinger om at butikkerne var autoriserede Diesel-forhandlere. Den angivne benyttelse var tillige en bevidst udnyttelse af det renommé og image der er knyttet til mærket, idet butikkerne stort set ikke havde fortjeneste på salg af de pågældende produkter, men anvendte varemærket som trækplaster for dets øvrige sortiment.

Til denne konklusion anfører Wallberg, at dommen må anses for at være korrekt, under særlig henvisning til det ovenstående præmis fra Google Adwords-sagerne.

Ikke desto mindre må det her understreges, at principperne om varemærkeretlig konsumtion ikke påvirkes af et kontraktuelt krav herom,⁶⁶ hvorfor dommen formentlig navnlig skal tages til udtryk for, at det var den specifikke betegnelse *leverandør* som både var vildledende og snyltende, idet denne antydede, at der var tale om en direkte kontraktuel relation med indehaveren af mærket.

Det må således antages, at andre betegnelser, såsom *producent* eller *mærker*, ville have medført et andet resultat. Under alle omstændigheder synes det vanskeligt, at argumentere for, at internetbrugeren i sådanne tilfælde skulle have været i tvivl om varens oprindelse, da det udtrykkeligt var anført, at varen (rigtigt nok) hidrørte fra varemærkeindehaveren.

Såfremt der i modsatte fald havde været tale om tilsvarende brug ved salg af ikke-originale varer, vil præmissen fra Google Adwords-sagerne formentlig medføre et anderledes tydeligt resultat. En sådan henvisning ved links ville da klart vanskeliggøre internetbrugeren vurdering af varens oprindelse, og derfor som minimum være et indgreb i varemærkets oprindelsesfunktion.

⁶⁶ Sag C-16/03 Peak, præmis 50-56, som yderligere omtalt i Schovsbo, Rosenmeier, & Salung Petersen, 2015, side 641.

5 PORTALENS ERSTATNINGSRETTLIGE MEDVIRKENSANSVAR

Når rettighedshaver konstaterer krænkende indhold på en online-shoppingportal, vil de første skridt være rettet mod fjernelsen af det krænkende indhold. Af årsager som tidligere diskuteret vil det her være hensigtsmæssigt at rette direkte henvendelse til indehaveren af portalen.

Det følgende afsnit vil redegøre for principperne bag den proces der almindeligvis omtales som Notice and Take Down-procedurer (NTD-procedurer), der her dækker over den proces hvor rettighedshaver gør formidleren/portalen opmærksom på det krænkende indhold, hvorefter denne vurderer klagens meritter og tager passende affære.

Til trods for, at der ved flere shoppingportaler findes veletablerede aftalebaserede NTD-procedurer vil denne afhandling ikke bringe en dybdegående analyse af disse nærmere procedurer herfor, navnlig da dette ikke bidrager til besvarelse af afsnittets egentlige formål – Nemlig en undersøgelse af portalens potentielle erstatningsretlige medvirkensansvar.

Denne vurdering vil i al væsentlighed tage udgangspunkt i Henrik Udsens⁶⁷ behandling af de forskellige typer af mellemænd på internettet og de respektive ansvarssituationer.

I tråd med afhandlingens øvrige afgrænsning vil denne gennemgang dog være begrænset til hvad der almindeligvis betegnes som hosting-tjenester, heriblandt med særligt fokus på sider med brugergeneret indhold.

Som nødvendigt tillæg hertil vil betydningen af shoppingportalens etableringssted ligeledes blive omtalt, hvorved der tilsvarende vil omtales tilfælde med mellemænd der er etableret uden for EU, men som (også) henvender sig til det europæiske marked.

5.1 GENERELLE OVERVEJELSER OM PORTALERNES ANSVAR

Som udgangspunkt er der ikke noget til hinder for at pålægge mellemænd et medvirkensansvar for deres handlinger. Dette princip fremgår da også implicit af Erstatningsansvarslovens § 25, stk. 1, der vedrører situationer med flere skadevoldere, hvilken samtidigt udtrykkeligt indeholder et princip om rimelighed i den indbyrdes ansvarsfordeling.

For så vidt angår portalens medvirkensansvar åbner dette for det åbenlyse spørgsmål om, hvad der kan anses som en rimelig ansvarsfordeling?

⁶⁷ Udsen, 2016, kapitel 8.

Indledningsvist kan inspiration til sådanne rimelighedsbetragtninger betragtes fra et samfundsmæssigt perspektiv, heriblandt grundlæggende tanker om vores retssamfunds værdier.

Et retssamfund defineres i almindelighed som et samfund med et veludviklet og civiliseret retssystem, der bygger på principper som lighed for loven, retssikkerhed, adskillelse af statsmagterne og folkets suverænitet.

I relation til overvejelser om mellemmands- og medvirkensansvar ved erhvervsmæssigt udbud af onlinetjenester, kan særligt retssikkerheden med rimelighed anses som det mest håndgribelige princip. For udbyderen af disse tjenester kan den veldefinerede og forudsigelige retstilstand i al sin enkelthed ansøre eller afskrække udbuddet i sin påtænkte form.

Et banalt element i en given analyse af den relevante retstilstand vil være tjenestens konkrete aktiviteter. Sådanne aktiviteter kan med fordel opdeles i aktiviteter der er underlagt udbyderens egen kontrol og initiativ, kontra aktiviteter eller påvirkninger fra selvstændigt virkende tredjemænd, samarbejdspartnere eller kunder/brugere. Dette må ikke desto mindre være tilfældet ved online tjenester der baserer sig selv på brugergenereret indhold.

Returneres til de ovenstående tanker om rimelighed, må det her anføres, at udbyderen givetvis vil have indflydelse på rammerne for det brugergenererede indhold, hvorimod en minutiøs kontrol af det brugergenererede indhold kan være forbundet med ikke-ubetydelige tidsmæssigt- og økonomisk krævende foranstaltninger. Det vil således næppe være rimeligt eller hensigtsmæssigt at pålægge sådanne udbydere et generelt ansvar for deres brugeres indhold.

Omvendt ville det klart ej heller være rimeligt, at udbyderen skulle bevare sin ansvarsfrihed i tilfælde hvor det kan konstateres, at udbyderen enten konkret var eller burde have været bekendt med ulovligheden af dens brugeres indhold.

Selv hvis begge synspunkter taget i betragtning, efterlades udbyderen stadig i en situation, hvor denne må indtage en standpunktsrisiko, efter at blive bekendt med indhold der muligvis er ulovligt – Skal man fjerne indholdet, med risiko for at blive retsforfulgt for at slette hvad der reelt var lovligt indhold? – Eller skal man lade indholdet eksistere, med risiko for at blive medansvarlig for den videre spredning af det ulovlige indhold?

De ovenstående problemstillinger er blevet anerkendt af i hvert fald de amerikanske såvel som de europæiske lovgivere, der hver især har vedtaget nogle, om end forskelligartede, lovgivningsmæssige instrumenter for at imødekomme problemstillingerne.

For så vidt angår denne afhandlings afgrænsning vil disse instrumenter primært bestå af E-Handelsdirektivets regler om ansvarsfritagelse for visse mellemmand, såvel som

den principielt tilsvarende men indholdsmæssigt væsentligt anderledes udformet amerikanske Digital Millennium Copyright Act (DMCA).⁶⁸

Fælles for disse to lovgivningsmæssige instrumenter er, at de i sig selv ikke fastlægger hvornår mellemmanden ifalder ansvar, men at de i stedet fastlægger hvornår mellemmanden alligevel skal holdes ansvarsfri.

Fra rettighedshavers synspunkt vil det således være hensigtsmæssigt, at gøre sig bekendt med momenterne i vurderingen af shoppingportalernes medvirkensansvar, samt de særlige regler der dels påvirker ansvarsvurderingen og samtidigt belyser shoppingportalens grundlæggende incitament til at fjerne krænkende annoncer – nemlig muligheden for at bevare ansvarsfriheden.

5.2 REGELGRUNDLAGET - ANSVARSVURDERINGEN

Den indledningsvist mest naturlige sondring i de anvendelige ansvarsregler vil være mellem det erstatnings- og strafferetlige ansvar.

Det strafferetlige medvirkensansvar vil ikke blive behandlet i nærværende afhandling, primært da det anses som værende forholdsmæssigt irrelevant for de sædvanligvis økonomisk begrundede motiver for håndhævelse. Grundlæggende må det dog pointeres, at særligt tilregnelseskravet hos den medvirkende gerningsmand typisk udelukker strafansvar, grundet dennes typisk manglende konkrete kendskab til den krænkende aktivitet.⁶⁹

Rettes fokus derimod mod det erstatningsretlige medvirkensansvar, er det klart, at dette må baseres på erstatningsrettens almindelige culperegulering, dog under specifik henvisning til den relevante varemærkelovs særlige bestemmelser herom.⁷⁰ Som det også påpeges af Udsen, er spørgsmålet om hvorvidt der kan pålægges et ansvar ikke harmoniseret hvorfor det givetvis skal afgøres af national ret i de enkelte medlemslande.⁷¹

For så vidt angår ansvarsgrundlaget og den ansvarlige personkreds udfyldes og suppleres reglen i den danske varemærkelov af dansk rets almindelige regler om erstatningsansvar, heriblandt også principperne om flere erstatningsansvarlige.⁷² Således følger det, at mellemmandens medvirken, for at blive pålagt et ansvar, skal være culpøs.

⁶⁸ Allerede her må det bemærkes, at den amerikanske DMCA ikke vil blive inddraget nærmere, navnlig da denne ikke finder anvendelse på varemærkeretlige krænkelser. Det synes dog at være påviseligt, at formidlere i sager med varemærkeretlige krænkelser under amerikansk jurisdiktion, er underlagt en culpavurdering der i det væsentligste minder om den europæiske, jf. artiklen ved denne afhandlings note 95.

⁶⁹ Udsen, 2016, side 253.

⁷⁰ Jf. for danske varemærkers vedkommende Varemærkelovens § 43, der primært har betydning for erstatningsudmålingen.

⁷¹ Udsen, 2016, side 257.

⁷² Schovsbo, Rosenmeier, & Salung Petersen, 2015, side 772-773.

Som det også konstateres af Salung Petersen, har spørgsmålet i relation til såkaldte internet-mellemænd kun givet anledning til beskeden dansk retspraksis.⁷³

Udsen påpeger ikke desto mindre, at der i disse konkrete tilfælde blandt andet må lægges vægt på, om mellemmanden indså eller burde indse, at der foregik ulovlig informationsspredning via mellemmandens tjenester og omfanget af de aktiviteter såvel økonomisk, tidsmæssigt mv., der ville være nødvendige for at hindre ulovlighederne.⁷⁴

Det synes uklart hvorfra Udsen uddrager de ovenstående kriterier, upåagtet at de alle kan synes relevante for den konkrete culpavurdering. Udsen tilføjer ikke desto mindre på samme måde, uden udtrykkelig forklaring, at culpavurderingen formentligt i det væsentlige er sammenfaldende med vurderingen af, om mellemmanden har en sådan viden efter e-handelslovens § 16, at ansvarsfritagelsesreglen ikke finder anvendelse,⁷⁵ dog således at der ikke kan sluttet modsætningsvist, således at der pålægges ansvar, hvis ikke ansvarsfritagelsesreglerne finder anvendelse.⁷⁶

Retfærdigvis bør det nævnes, at de respektive udtalelser, også om momenterne i culpa-vurderingen, udspringer fra forskellige steder af dennes analyse af de respektive typer af mellemænd. De vedrører dog i alle tilfælde den generelle fortolkning af de overordnede rammer for at pålægge mellemmanden et erstatningsansvar.

Den følgende analyse vil forsøge at afdække, hvorvidt Udsens betragtning kan tiltrædes, altså om culpa-vurderingen i det væsentligste er sammenfaldende med vurderingen efter ansvarsfritagelsesreglen. Denne sammenligning vil hovedsageligt blive foretaget mellem den praksis der af Udsen henvises til og to trykte (engelsksprogede) tyske afgørelser.

5.3 BETINGELSERNE FOR ANSVARSFRITAGELSE EFTER E-HANDELSDIREKTIVET

Indledningsvist må E-handelsdirektivets generelle anvendelsesområde og formål præciseres.

Det fremgår således af direktivets artikel 1, at dette har til formål at bidrage til et vel-fungerende indre marked ved at sikre fri bevægelighed for informationssamfundstjenester mellem medlemsstaterne. Det præciseres herefter, at direktivet, for at nå dette mål, foretager en tilnærmelse af visse nationale bestemmelser om informationssamfundstjenester, heriblandt formidleransvaret.

⁷³ Schovsbo, Rosenmeier, & Salung Petersen, 2015, side 773, hvorved der (i petitskriften) henvises til blandt andet Henrik Udsens *"IT-RET"*, 2016, som denne afhandling i øvrigt refererer til.

⁷⁴ Udsen, 2016, side 253.

⁷⁵ Udsen, 2016, side 279.

⁷⁶ Udsen, 2016, side 257.

Det fremgår dernæst af artikel 2, at *"informationssamfundstjenester"* skal forstås som defineret i artikel 1, nr. 2, i direktiv 98/34/EF som ændret ved direktiv 98/48/EF. Denne definition omfatter således enhver tjeneste i informationssamfundet, dvs. enhver tjeneste, der normalt ydes mod betaling, og som teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en tjenestemodtager.⁷⁷

EU-Domstolen har konstateret, at en online-markedsplads helt åbenlyst opfylder alle disse (indledende) kriterier og at direktivets bestemmelser kan finde anvendelse, heriblandt også ansvarsfritagelsesreglerne for formidlere.⁷⁸

Betragtes direktivets geografiske anvendelsesområde, ses det at direktivet bygger på principperne om hjemlandskontrol og gensidig anerkendelse. Således fremgår det af artikel 3, stk. 1, at:

"Hver medlemsstat påser, at de informationssamfundstjenester, som leveres af en tjenesteyder etableret på medlemsstatens territorium, er i overensstemmelse med de nationale bestemmelser, der finder anvendelse i denne medlemsstat inden for det koordinerede område."

Denne bestemmelse skal formentligt (særligt) læses i lyset af betragtning 22 og 57 til direktivet, der henholdsvis fastlægger, at

22: Informationssamfundstjenester bør kontrolleres på det sted, hvor tjenesterne udføres, for at sikre en effektiv beskyttelse af almene hensyn; der skal derfor være sikkerhed for, at den kompetente myndighed yder denne beskyttelse ikke alene for borgerne i det pågældende land, men for alle Fællesskabets borgere; for at fremme den gensidige tillid mellem medlemsstaterne er det absolut nødvendigt, at det klart præciseres, at ansvaret påhviler oprindelseslandet; for effektivt at sikre den frie udveksling af tjenesteydelser og for at skabe retssikkerhed for tjenesteyderne og -modtagerne bør informationssamfundstjenester principielt være underlagt retssystemet i den medlemsstat, hvor tjenesteyderen er etableret.

57: Ifølge Domstolens faste retspraksis bevarer en medlemsstat retten til at træffe foranstaltninger over for en tjenesteyder, der er etableret i en anden medlemsstat, men hvis aktivitet udelukkende eller hovedsagelig er rettet mod førstnævnte medlemsstats territorium, såfremt etableringen har fundet sted med det formål at omgå den lovgivning, som tjenesteyderen ville være underlagt, hvis han var etableret på førstnævnte medlemsstats territorium.

⁷⁷ Bestemmelsen er nu placeret som artikel 1, b) i direktiv 2015/1535, efter flere ændringer af den daværende version af direktivet.

⁷⁸ Sag C-324/09 eBay, præmis 109.

Hertil anfører Jan Trzaskowski, at kravet om hjemlandskontrol skal sikre, at myndighederne i virksomhedens etableringsland skal kunne gribe ind over for alle handlinger, som foretages i det indre marked. Tilsvarende beskrives det, hvorledes princippet om gensidig anerkendelse indebærer, at den erhvervsdrivende i udgangspunktet kan agere inden for hele det indre marked uden at blive mødt med yderligere krav fra andre medlemsstater. Der er som sådan tale om gensidig anerkendelse af etableringslandets (hjemlands)kontrol.⁷⁹

Det kan tilsvarende konstateres, at (også) direktivets ansvarsfritagelsesregler kun finder anvendelse på tjenesteydere etableret i EU. Således fremgår det også af betragtning 58 til direktivet, at

Direktivet bør ikke finde anvendelse på tjenester, der leveres af tjenesteydere etableret i tredjelande; henset til den elektroniske handels globale dimension bør det imidlertid sikres, at Fællesskabets bestemmelser er i overensstemmelse med de internationale regler; dette direktiv berører ikke resultaterne af drøftelser om retlige aspekter i internationale organisationer (bl.a. WTO, OECD og Uncitral).

Særligt i dette henseende må det pointeres, at E-handelsdirektivet er udtryk for en minimumsharmonisering, der vel principielt tillader medlemsstaterne at udstrække ansvarsfritagelsesreglerne til også at omfatte tjenesteydere etableret uden for EU. Det må dog antages, at EU-lovgiver ved ovenstående betragtning har tydeliggjort deres holdning om, at en sådan udstrækning ikke bør foretages.

For så vidt angår den danske E-handelslov kan det således også konstateres, at loven ikke omfatter informationssamfundstjenester, hvor tjenesteyderen er etableret i et land uden for EU eller EØS, eller informationssamfundstjenester, der alene er rettet mod lande, som ikke er medlemmer af EU eller EØS-aftalen, men hvor tjenesteyderen er etableret i EU eller EØS-området.

Til trods for, at direktivets ansvarsfritagelsesregler ikke finder anvendelse på tjenesteydere etableret uden for EU/EØS, vil det, i sager omhandlende en i et tredjeland etableret online-shoppingportal, ikke desto mindre være relevant at betragte momenterne i medlemslandenes culpavurdering, der givetvis stadig vil finde anvendelse.

Som tidligere anført, vil de relevante ansvarsfritagelsesregler i direktivet i dette henseende være artikel 14 der vedrører hosting-tjenester, nærmere bestemt det ansvarsgrundlag der følger af dennes formulering:

”at tjenesteyderen ikke har konkret kendskab til den ulovlige aktivitet eller information og, for så vidt angår erstatningskrav, ikke har kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den ulovlige aktivitet eller information fremgår, eller

⁷⁹ Møgelvang-Hansen, Riis, & Trzaskowski, 2011, kapitel 7.3.2.

at tjenesteyderen fra det øjeblik, hvor han får et sådant kendskab, straks tager skridt til at fjerne informationen eller hindre adgangen til den."

Idet den videre behandling netop er afgrænset til erstatningskrav, kan der foretages den umiddelbare inddeling i to hovedkriterier;

1. Hvornår har tjenesteyderens kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den ulovlige aktivitet eller information fremgår, og
2. Hvor hurtigt og hvor effektivt skal informationen fjernes eller hindres adgang til?

Udsen vælger i sin fremstilling at inddele det første kriterium i nogle underkriterier der er blevet behandlet af domstolene. Denne inddeling synes berettiget, idet den samtidigt angiver nogle relativt operationelle momenter i rettighedshaverens vurdering af mellemmandens ansvar.

Det synes ikke desto mindre relevant at tilføje et afgørende kriterium, der ikke behandles selvstændigt af Udsen, nemlig det forhold, at mellemmanden spiller en så aktiv rolle i tredjemandens udbud, at han allerede her får eller burde få kendskab til det ulovlige indhold. Dette kriterium vil blive behandlet først, hvorefter Udsens fremhævede kriterier vil blive inkluderet.

Mellemandens aktive rolle: Domstolen har i denne forbindelse allerede præciseret, at for at en leverandør af en tjenesteydelse på internettet henhører under artikel 14 i direktiv 2000/31, er det afgørende, at han udgør en "tjenesteyder" i den betydning, hvori udtrykket er anvendt af lovgiver.⁸⁰

Domstolen præciserer herefter, at dette ikke gør sig gældende, når tjenesteyderen, i stedet for at begrænse sig til at levere sine ydelser neutralt gennem en rent teknisk og automatisk behandling af de informationer, som hans kunder forsyner ham med, spiller en aktiv rolle, som giver ham kendskab til eller kontrol med disse oplysninger.⁸¹

For så vidt angår den forelagte sag, anfører Domstolen, at det fremgår af de forelagte omstændigheder, at eBay behandler de informationer, som leveres af virksomhedens kunder, der er sælgere. Det salg, som salgsudbuddene kan munde ud i, foretages i henhold til vilkår, som fastsættes af

⁸⁰ Sag C-324/09 eBay, præmis 112, hvorved der henvises til De forenede sager C-236/08 - C238/08 Google AdWords, præmis 112.

⁸¹ Ibid., præmis 113, hvorved der henvises til Google AdWords-sagen, præmis 114 og 120.

eBay. Såfremt der er behov for det, hjælper eBay med at optimere eller markedsføre visse salgstilbud.⁸²

Domstolen præciserer herefter synspunktet om den kommercielle hensigt,⁸³ som behandlet umiddelbart nedenfor, idet det her samtidigt konkluderes, at såfremt operatøren har ydet bistand bestående i bl.a. at optimere eller fremme de omhandlede slagsudbud, skal det bemærkes, at han ikke har haft en neutral rolle i forholdet mellem sine kunder og potentielle købere, men har udøvet en aktiv rolle, som giver ham kendskab til eller kontrol over de lagrede informationer vedrørende disse salgsudbud. Operatøren kan dermed ikke påberåbe sig ansvarsbegrænsningen i artikel 14 for så vidt angår disse oplysninger.⁸⁴

Domstolen præciserer til sidst, at det tilkommer den forelæggende ret at undersøge, om operatøren har udøvet en aktiv rolle, som beskrevet i de foregående præmisser, for så vidt angår de i hovedsagen omhandlede salgsudbud.⁸⁵

Kommercielt øjemed: Spørgsmålet er her, om det kan tillægges værdi, at mellemmanden profiterer af brugerens oplagring af ulovligt indhold, blandt andet gennem mellemmandens brug af bannerannoncer på sitet.

Både i Google AdWords-sagen⁸⁶ og eBay-sagen⁸⁷ fastslås det dog, at det ikke i sig selv gør artikel 14 uanvendelig, at tjenesterne er kommercielle og modtager betaling fra brugerne. Dette kriterium skal formentligt ses i nær sammenhæng med graden af mellemmandens aktive rolle, som behandlet ovenfor, for hvilken der givetvis modtages betaling.

Generel viden: Udsen argumenterer for, at det forhold at tjenester har en generel viden om, at deres pågældende tjeneste indeholder store mængder ulovligt materiale, næppe kan medføre, at mellemmanden har kendskab i direktivets forstand.

Udsen begrundet, med rette, denne konklusion med, at en sådan situation reelt ville indebære, at mellemmanden ville være tvunget til at foretage en generel overvågning, hvilket netop ville være i strid med det generelle overvågningsforbud i e-handelsdirektivets artikel 15. Udsen henviser i øvrigt til hvad der betegnes som den mest omtalte sag om ansvar for brugergenereret materiale, nemlig en amerikansk sag mellem Viacom og YouTube/Google, hvorved retten fandt, at det, efter reglerne i DMCA, ikke

⁸² Ibid., præmis 114, hvorved der henvises til samme doms præmis 28-31.

⁸³ Ibid., præmis 115, se i øvrigt kriteriet *kommercielt øjemed* på næste side.

⁸⁴ Ibid., præmis 116.

⁸⁵ Ibid., præmis 117.

⁸⁶ De forenede sager C-236/08 - C-238/08 Google AdWords, Præmis 116.

⁸⁷ Sag C-324/09 eBay, præmis 115.

er tilstrækkeligt, at mellemmanden har en generel viden om, at brugerne uploader ulovligt materiale.⁸⁸

Informationen angives som ulovlig af en tredjepart: Spørgsmålet vedrører i særdeleshed den situation, hvor rettighedshaver netop gør mellemmanden opmærksom på, at der efter dennes overbevisning er tale om krænkende indhold.

EU-Domstolen fastlagde i eBay-sagen, at en sådan meddelelse i sidstnævnte tilfælde ikke automatisk indebærer, bortfald af ansvarsfritagelsen, da oplysninger om påståede ulovlige aktiviteter eller informationer kan vise sig at være utilstrækkelige og ubegrundede. Ikke desto mindre vil der være tale om en omstændighed, som den nationale domstol i almindelighed skal tage hensyn til ved efterprøvelsen af, om operatøren på baggrund af disse oplysninger var bevidst om sådanne forhold eller omstændigheder, som normalt ville have fået en påpasselig erhvervsdrivende til at indse, at der var tale om ulovlig virksomhed.⁸⁹

Informationen fremtræder umiddelbart som ulovlig: Spørgsmålet vedrører situationen hvor det enten fremgår udtrykkeligt af indholdet, at der er tale om ulovlige kopivarer eller lignende, såvel som situationen hvor indholdets karakter i øvrigt gør, at mellemmanden enten vidste eller burde vide, at der var tale om ulovligt indhold.

For så vidt angår den første situation anfører Udsen, at der, som ved den generelle viden, næppe kan påstås at mellemmanden automatisk bliver vidende om krænkende indhold, da dette i givet fald ville kræve, at denne mellemmand skulle overvåge alt indhold.

Tilsvarende vil det i den anden situation være betænkeligt, at følge linjen fra den spanske Højesteret, i en sag fra 2009, hvorved en mellemmand burde have vidst at domænenavnet putasgae.org (fuckingsgae.org) blev brugt til at fremsætte krænkelse og ulovlige udtalelser mod rettighedsorganisationen SGAE. Der konkluderes også her, at det derimod må kræves, at mellemmanden rent faktisk har gjort sig bekendt med det konkrete indhold.⁹⁰

Mellemmandens egen opfordring: Spørgsmålet kan med rette deles op i to scenarier; Det hvor mellemmanden udtrykkeligt opfordrer til deling af ulovligt indhold, samt det hvor mellemmanden ikke gør brugerne generelt opmærksomme på, at det ikke er tilladt at uploade krænkende indhold, eksempelvis via portalens brugervilkår.

⁸⁸ Udsen, 2016, side 283.

⁸⁹ Sag C-324/09 eBay, præmis 122.

⁹⁰ Udsen, 2016, side 284-285.

Det første scenarie er blevet behandlet i den danske connery.dk-sag,⁹¹ hvorved brugerne lagde erotiske ophavsretligt beskyttede billeder ud på mellemmandens hjemmeside på dennes opfordring. Retten fandt, at netop denne opfordring medførte, at hjemmesideindehaveren havde kendskab til krænkelse i e-handelslovens forstand, hvorfor denne ikke kunne påberåbe sig ansvarsfritagelsen.

Som det med rette anføres af Udsen kan det næppe konkluderes, at mellemmanden har kendskab til brugernes ulovlige indhold, alene af den grund, at mellemmanden ikke har informeret brugerne om ulovligheden heraf. Ikke desto mindre, blev dette lidt betænkelige synspunkt tillagt værdi i en italiensk underinstansafgørelse fra 24. Februar 2010, hvorved ledende medarbejdere i Google blev dømt for overtrædelse af den italienske persondatalov. Udsen anfører hertil, at et sådant informationskrav som forudsætning for ansvarsfritagelse næppe kan være rigtigt, idet det da også påpeges, at afgørelsen blev ændret i ankesagen.⁹²

Filtrering/tekniske foranstaltninger: Spørgsmålet er her om, og i givet fald i hvilket omfang, det kan kræves, at mellemmanden benytter sig af muligheden for at filtrere indhold gennem tekniske foranstaltninger og således hindre krænkelse via en automatisk proces.

EU-Domstolen har i flere tilfælde præciseret, at en generel filtreringspligt ville være i strid med overvågningsforbuddet i e-handelsdirektivet, eftersom en sådan filtrering ville indebære en overvågning af al datatrafik. I de pågældende sager, fandt EU-Domstolen desuden, at kravet om at standse brugernes ulovlige tilrådighedsstillelse af piratkopieret musik, var uproportionalt, da det ikke var begrænset i tid og/eller omfang; At det var i strid med informations- og ytringsfriheden, da det indebærer risiko for blokering af lovligt indhold; Og at det stred mod friheden til at oprette og drive egen virksomhed, da kravet ville indebære en pligt for mellemmanden til at indføre og opretholde et dyrt og komplekst filtreringssystem.⁹³

For så vidt angår spørgsmålet om hvor hurtigt indholdet skal fjernes eller hindres adgang til, er det svært at komme med nogle konkrete holdepunkter.

Ikke desto mindre anføres det af Udsen, at der må efterlades rum til at mellemmanden foretager en potentielt kompleks vurdering af lovligheden, uden at informationen af denne grund kan siges ikke at være blevet fjernet "straks".

⁹¹ Københavns Byrets dom af 2010-02-08

⁹² Udsen, 2016, side 286.

⁹³ Udsen, 2016, side 287.

I sidste ende skal der dog utvivlsomt være tale om en effektiv afskæring af adgangen til informationen, hvorfor kriteriet ikke blev anset for opfyldt i Connery-sagen, hvor billederne efter fjernelsen stadig kunne tilgås fra den specifikke adresse som billederne var lagt ind under.⁹⁴

5.4 MOMENTER I CULPAVURDERINGEN

Det vil nu undersøges hvilke momenter der konkret er blevet taget i betragtning ved culpavurderingen i relation til shoppingportalers medvirkensansvar. Denne undersøgelse har delvist til formål at be- eller afkræfte Udsens observation om, at momenterne i culpavurderingen skulle være sammenfaldende med betingelserne for at opnå ansvarsfrihed efter e-handelsdirektivet.

En dybdegående undersøgelse af alle medlemsstaters konkrete culpavurderinger vil potentielt være yderst omfattende når afhandlingens øvrige omfang og fokuspunkter tages i betragtning. Der vil således blot blive inkluderet et fåtal af afgørelser som supplement til de ovenfor nævnte.⁹⁵

Spørgsmålet synes særligt at have fundet vej til domstolene i Tyskland. Upåagtet den nærmere årsag hertil, kan det konstateres at i hvert fald to tyske afgørelser er relevante for nærværende afhandling, navnlig da disse vedrører vurderingen af online-shoppingportalers medvirkensansvar, hvortil de vedrører henholdsvis en europæisk etableret sagsøgt og en i et tredjeland etableret sagsøgt.

5.4.1 COTY GERMANY GMBH MOD EBAY INTERNATIONAL AG⁹⁶

Sagen vedrørte hvad der efter rettens konklusioner var klare krænkelser af det pågældende EU-varemærke.

Sagen blev anlagt i forlængelse af rettighedshavers gentagne systematiske succesfulde klager om krænkende annoncer på eBay.de. Efter eBays række af afslag på specifikke klager valgte rettighedshaver at fremsende cease and desist letters, blandt andet indeholdende krav om videregivelse af informationer om de krænkende annoncer.

Det (særligt) interessante i dette henseende, er rettens behandling af eBays ansvarsgrundlag.

⁹⁴ Udsen, 2016, side 288.

⁹⁵ Der kan som supplement til afhandlingens gennemgang henvises til Martinet & J. Oertlis artikel: *"Liability of E-Commerce Platforms for Copyright and Trademark Infringement"*, 2015, der gennemgår hovedtræk fra ikke blot europæisk national praksis men også amerikansk og kinesisk praksis.

⁹⁶ Første instans afgørelse, afsagt den 20-12-2011 af Regional Court Stuttgart 17th Civil Chamber, i Sag 17 O 169/11.

Retten finder indledningsvist, at en eventuelt krænkende brug reelt foretages af eBays kunder (annoncørerne), men at eBay ikke desto mindre er ansvarlig, efter et nationalt medvirkensprincip, for at bringe brugen til ophør, i medfør af Varemærkeforordningens artikel 9, stk. 1, litra a, jf. artikel 102, stk. 1.⁹⁷

Retten påpeger herefter at den tyske Føderale Højesteret i flere tilfælde har præciseret, at mellemmandens ansvar er betinget af brud på dennes "investigatory duties". Efter at have præciseret, at der ikke kan foreligge en generel inspektionspligt, påpeger retten, at denne ikke desto mindre indtræder når mellemmanden opnår kendskab til en rettighedskrænkelse.

Retten konkluderer herefter, at

Sagsøgte fik kendskab til rettighedskrænkelserne ved notifikationen fra sagsøger;

At denne notifikation var tilstrækkelig præcis og detaljeret;

At sagsøgte således havde en pligt til at slette krænkende annoncer;

At sagsøgte tilsvarende havde en pligt til at foretage nødvendige skridt for, at forebygge fremtidige krænkelse af samme natur;

At sagsøgte, selvom denne ikke kan pålægges en overvågningspligt, ikke desto mindre har muligheden for at filtrere annoncer der gør brug af bestemte søgeord i både "the offer caption" og i artiklens beskrivelser, hvorved dette må præsteres i en rimelig grad for at forhindre fremtidige krænkelse (af samme natur, red).

Retten udtaler desuden nogle øvrige generelle principper, under henvisning til tidligere praksis, heriblandt det forhold, at det rimeligvis kan forventes, at sagsøgte manuelt tjekker indholdet af de påståede krænkende annoncer de bliver bekendt med, hvorefter de blot kan holdes ansvarlig for manglende sletning og forebyggelse af annoncer indeholdende åbenbare krænkelse.

Da retten konstaterer, at sagsøgte i de forelagte tilfælde ikke levede op til de ovenstående forpligtelse, pålægges sagsøgte i dette tilfælde ansvar for den manglende overholdelse af cease and desist-ordren.

Afslutningsvist konstaterer retten, at eBay ej heller i dette tilfælde kan påberåbe sig ansvarsfritagelsesreglerne i E-handelsdirektivet, da de spiller en aktiv rolle ved at promovere annoncerne, under henvisning til den tidligere behandlede eBay-sag ved EU-Domstolen.

⁹⁷ Der henvises i afgørelsen til "Federal Supreme Court, judgment dated 19 April 2007, case no: I ZR 35/04 = GRUR 2007, 708, 711, para. 33 ff. - Internet Auction II"

5.4.2 COTY GERMANY GMBH MOD ALIBABA.COM HONG KONG LTD.⁹⁸

Omdrejningspunktet for denne sag var også påståede krænkelse af rettighedshavers EF-varemærke. I dette tilfælde var der dog tale om krænkende udbud på en kinesisk online-shoppingportal, der også blev rettet mod europæiske købere.

Det fremgår af sagens omstændigheder, at der her var iværksat lignende indledende foranstaltninger af rettighedshaver; Rettighedshaver klagede først over krænkende annoncer hidrørende fra én bestemt sælger, i dette tilfælde via portalens eget rapporteringssystem "AliProtect", hvorefter alle annoncerne blev slettet af sagsøgte. Da der efterfølgende blev indrykket lignende krænkende annoncer af samme sælger sendte rettighedshaver flere skriftlige advarsler til den sagsøgte shoppingportal, hvori det blandt andet blev krævet at sagsøgte afholdte rettighedshavers rimelige udgifter hertil.

Retten behandlede i samme ombæring spørgsmål om adgangen til midlertidige forbud, men som ved ovenstående afgørelse, vil der her blot blive fokuseret på rettens culpavurdering.

Retten konkluderer meget prompte, at der også her var tale om åbenbare krænkelse af det pågældende EU-varemærke.

Herefter gentager retten de ovennævnte præmisser. Som tillæg hertil uddybes det dog, at det tyske princip om ansvar for medvirken, på tysk benævnt som princippet om "stoererhaftung", kræver at der er medvirket velvidende og lemfældigt til krænkelsen af den beskyttede rettighed.

Hertil tilføjes, at der skal anlægges betragtninger om, hvorvidt det med rette kan forventes, at mellemmanden forhindrer sådanne krænkende handlinger. Det præciseres herefter, at der i denne vurdering kan medtages synspunkter om mellemmandens kommercielle interesse i at opnå en indtjening via salg af krænkende produkter.

Retten pointerer herefter, at de nærmere momenter i ansvarsvurdering er efterladt til medlemsstaterne,⁹⁹ hvilket berettiger den tyske "stoererhaftungs" anvendelse. Der pointeres tilsvarende, at begrebets anvendelse ikke er ekskluderet,¹⁰⁰ selvom der i den forelagte sag støttes ret på et EU-varemærke og selvom Varemærkeforordningen ikke anerkender begrebet.

Retten konkluderer herefter, at:

⁹⁸ Kammergerichts (appelret) afgørelse, afsagt den 03.11.2015 i Sag 5U29/14 910111/13 Landgericht Berlin.

⁹⁹ Retten henviser i sin afgørelse her til Google og Google France, præmis 107 injuris og L'Oreal/eBay et al, præmis 107 injuris.

¹⁰⁰ Retten henviser i sin afgørelse her til BGH GRUR2007, 708 -Internet-Versteigerung II, para.36 et seq.in juris.

Sagsøgte skulle have overvåget alle fremtidige udbudte annoncer af den pågældende sælger nøje;

Eller, såfremt den ikke havde kapacitet hertil, skulle have ekskluderet sælgeren fuldstændigt fra sin platform uden at vente yderligere.

Retten udtaler til sidst, at portalens etablerede rapporteringssystemer ikke fritager sagsøgte for at foretage øvrige manuelle undersøgelser, særligt når de netop er blevet bekendt med indhold af krænkende karakter.

For så vidt angår effektiviteten af disse rapporteringssystemer anfører retten, at disse i deres helhed er ineffektive og utilstrækkelige i tilfælde som det foreliggende, hvor sælgere aktivt søger at omgå de etablerede filtreringssystemer som led i deres forsætlige krænkelse af tredjemands varemærker.

6 VÆRNETING I VAREMÆRKERETLIGE SAGER

De ovenstående afsnit har til dels søgt at afdække hvad der efter generelle betragtninger må anses som krænkende brug, hvortil der tilsvarende er blevet peget på nogle generelle og konkrete betragtninger om shoppingportalernes medvirkensansvar.

Som det givetvis fulgte af det ovenstående, var formålet netop, at bidrage til en operationel forståelse af udstrækningen af varemærkerettens indhold, ud fra hvilken rettighedshaver kunne basere en effektiv håndhævelsesproces.

Som antydnet ovenfor, vil succesraten for fjernelse af krænkende annoncer på online-shoppingportaler hovedsageligt være drevet af principperne om shoppingportalernes medvirkensansvar for deres brugeres krænkende indhold. Til trods for, at rettighedshaver således er givet et relativt effektivt udenretligt redskab til at håndhæve sine rettigheder over for tredjemand, vil dette redskab primært relatere sig til fjernelsen af indholdet og sekundært gøre rettighedshaver i stand til at bringe et krav mod den medvirkende shoppingportal for den fortsatte krænkelse.

Ikke desto mindre, vil der stadig være tilfælde hvor klagen om det krænkende indhold ikke tages til følge af shoppingportalen, hvorfor indholdet ikke fjernes. I sådanne tilfælde må det overvejes om der i stedet skal iværksættes en forbudssag ved domstolene.

Som tillæg hertil kan man, uanset om annoncerne blev fjernet efter klagen til shoppingportalen eller ej, med rette overveje, om krænkelsesomfanget af de fjernede annoncer gør det ønskværdigt, at forfølge et erstatningskrav ved domstolene.

Begge disse tilfælde afføder det nærliggende spørgsmål; Hvor skal sådanne sager anlægges?

6.1 EUROPÆISKE NATIONALE VAREMÆRKER - DELIKTSVÆRNETINGET I DOMSFORORDNINGEN

6.1.1 REGELGRUNDLAGET

Såfremt rettighedshaver vil anlægge en krænkelsessag om en europæisk national varemærkerettighed, herunder et dansk varemærke, finder værnetingsreglerne i Domsforordningen¹⁰¹ og Luganokonventionen¹⁰² anvendelse. For så vidt angår sager om retskrænkelser underlagt dansk værneting vil Retsplejeloven finde supplerende anvendelse.

¹⁰¹ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1215/2012 af 12. december 2012 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område.

¹⁰² EUT L 339 af 21.12.2007, Konvention om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område.

Indledningsvist vil sagsøgtes bopæl og udstrækningen af forum delicti være afgørende for sagsøgers muligheder for valg af forum. Det følger således af Retsplejeloven og Domsforordningens bestemmelser, at retsplejelovens værnetingsregler for processuelle udlændinge finder anvendelse når der er tale om en sagsøgt med bopæl uden for EU/EFTA.¹⁰³

Disse regler medfører, at sagen kan anlægges ved stedet hvor retskrænkelsen er foregået,¹⁰⁴ hvortil reglerne ikke udelukker, at sagen også kan anlægges ved sagsøgtes hjemting.¹⁰⁵

6.1.2 FORTOLKNING I OVERENSSTEMMELSE MED DOMSFORORDNINGEN?

Til trods for, at det ikke udtrykkeligt fremgår af retsplejelovens § 243s ordlyd, er det afklaret at bestemmelsen udelukkende finder anvendelse ved sager om retskrænkelser uden for kontrakt, hvilket da også vil være tilfældet for krænkelsessøgsmålene omfattet af denne afhandling.

I disse henseender vil det springende punkt i forhold til den praktiske anvendelighed af § 243 ligge i definitionen af *stedet hvor retskrænkelsen er foregået*.

Det er i den juridiske litteratur et omdiskuteret emne hvorvidt ordlyden generelt også omfatter virkningsstedet såvel som handlingsstedet. Det antages her, at der også i internationale sager kan anlægges sag ved virkningsstedet,¹⁰⁶ mens der navnlig udtrykkes tvivl om hvorvidt virkningsstedet skal fortolkes i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis om Domsforordningens art. 7, nr. 2.¹⁰⁷

I sin artikel, *"Deliktsværneting på tværs af grænser"*, giver Peter Nørgaard en fremstilling af de eventuelle forskelle mellem retsplejelovens og domsforordningens inkludering og fortolkning af virkningsstedet i sager om erstatning uden for kontrakt.

Undersøgelsen tager sit udgangspunkt i sager om krænkelse begået på internettet, hvortil der i vidt omfang diskuteres samme toneangivende afgørelser som også omtales i denne afhandling.

Nørgaard redegør indledningsvist for praksis fra EU-Domstolen og den følgende rækkevidde der tillægges deliktsværneting givet ved domsforordningen, hvorefter øvelsen gentages, denne gang med fokus på rækkevidden af § 243 i retsplejeloven.

¹⁰³ Retsplejelovens § 246, jf. Domsforordningens artikel 6.

¹⁰⁴ Retsplejelovens § 243.

¹⁰⁵ Værneting ved sagsøgtes hjemting vil i givet fald være underlagt tredjelandets internationale privatretlige regler.

¹⁰⁶ jf. U 1940 454 H, U 2011 2774 V og U 2014 254 Ø.

¹⁰⁷ Jf. U 2014 B 300-307: Peter Nørgaards *"Deliktsværneting på tværs af grænser"*.

Efter en analyse af EU-Domstolens praksis, konkluderer Nørgaard, at denne har givet forordningens deliktsværnetingsregel et ganske vidt anvendelsesområde i relation til retskrænkelser, der finder sted via internettet.

For så vidt angår den danske bestemmelse, påpeger Nørgaard en historisk skeptisk tilgang til at inkludere virkningsstedet ved bestemmelsens anvendelsesområde. Der anføres dog, at denne ældre historiske skepsis klart er blevet tilbagevist, hvorfor virkningsstedet nu utvivlsomt må antages omfattet, både i rene danske sager såvel som i internationale sager.

Den primære årsag til denne afhandlings diskussion af Nørgaards undersøgelse er dennes følgende diskussion af, hvorvidt fortolkningsmæssige forskelle overhovedet er tilladelige.

Med udgangspunkt i retspraksis¹⁰⁸ konstaterer Nørgaard, at der i forhold til retsplejelovens § 243 ikke gælder en regel, hvorefter EU-Domstolens retspraksis skal tages i betragtning, men at de danske domstole ikke er afskåret herfra.

Herefter redegør Nørgaard for, at i hvert fald ét andet medlemsland med en meget lignende udformet national bestemmelse, nemlig Tyskland, har valgt at anlægge et mindre vidtgående anvendelsesområde end EU-Domstolens praksis.

Nørgaard anfører således, at den tyske Bundesgerichtshof siden 2010 har udlagt dette sådan, at der også i tilfælde af online-krænkelser kræves en tilknytning til Tyskland, før bestemmelsen kan bruges til at etablere værneting. Nørgaard henviser blandt andet til, at denne linje blandt andet blev gentaget i en sag fra 2013 vedrørende Googles autocomplete-funktion.¹⁰⁹

Slutteligt anfører Nørgaard, at det ikke kategorisk kan afvises, at også de danske domstole vil anlægge en mindre vidtgående fortolkning, som gjort i Tyskland, men at meget taler for, at bestemmelserne i forhold til mange af de situationer, der kan opstå, vil blive udlagt ens, ligesom de i mange situationer vil kunne fortolkes overensstemmende.

Spørgsmålet har ligeledes fundet vej til senere diskussioner af deliktsværnetinget i relation til krænkelser på internettet, dog således at spørgsmålet nu virker tydeligere afklaret. Således fremføres det i hvert fald af Torsten Bjørn Larsen, at en overensstemmende fortolkning er sandsynlig, ikke blot i Danmark men også i Sverige.¹¹⁰

¹⁰⁸ Jf. U 2011.2772 VK og U 2014.254 ØK.

¹⁰⁹ Bundegerichtshofs dom af 14. Maj 2013 i sag VI ZR 269/12.

¹¹⁰ Larsen, 2016. Observationen underbygges med omfattende henvisninger til retsplejelovens forarbejder, den juridiske litteratur og retspraksis.

Som følge heraf synes det berettiget at antage, at EU-Domstolens praksis må tillægges afgørende værdi ved fortolkningen af virkningsstedet ved krænkelse på internettet.

Ikke desto mindre bør det anerkendes, at der trods alt stadig vil være sandsynlighed for, at enkelte medlemslande, allerede inden den materielle behandling af sagen, vil prøve sagens tilknytning, heriblandt i hvert fald Tyskland. Det synes dog sandsynligt at denne tilknytning, også i Tyskland, kan tilfredsstilles allerede ved det nedenstående synspunkt om, at formålet om forudsigelighed såvel som formålet om korrekt retspleje taler for, at kompetencen i henhold til skadens indtræden tillægges retterne i den medlemsstat, hvor den omhandlede rettighed er beskyttet.

6.1.3 STEDET HVOR SKADESTILFØJELSEN ER FOREGÅET

I sin artikel, *"The Place Where the Harmful Event Occurred in Exclusive Rights Litigation"*, diskuterer Bjørn Larsen hvad der, efter hans opfattelse, kan anses som en række nylige afgørelser som bidrager til en nærmere klarlæggelse af betydningen af deliktsværnetinget i sager om enerettigheder.

Artiklen indeholder, som titlen antyder, en nærmere undersøgelse af domsforordningens begreb, *"sted, hvor skadestilføjelsen er foregået"*. Der gives indledningsvist en redegørelse for den generelle udstrækning af deliktsværnetinget ved domsforordningen, hvorefter forskellige grupperinger af søgsmål betragtes, heriblandt søgsmål vedrørende registrerede- og uregistrerede nationale IP-rettigheder.

I tråd med afhandlingens formål vil blot artiklens diskussion af deliktsværnetinget ved registrerede nationale varemærkerettigheder blive omtalt.

I artiklen sondres der generelt mellem offline- og onlinekrænkelser. Denne sondring foretages også ved sager om registrerede nationale varemærkerettigheder.

Årsagen til denne sondring fremgår ikke udtrykkeligt. Det synes dog åbenbart, ved nærmere gennemgang af artiklens behandlede domme, at en sådan sondring er nødvendig, som følge af internettets særlige karakteristika som medie- og forum for krænkelse. Således begrundes det eksempelvis i eDate-sagen,¹¹¹ at vanskeligheden ved at anvende skadekriteriet fra en offline-krænkelse af personrettigheder,¹¹² står i kontrast til grovheden af den krænkelse, indehaveren af en personlig rettighed kan lide, når han konstaterer, at et indhold, der krænker den pågældende rettighed, er til rådighed overalt på jorden.

Bjørn Larsen anfører da også i sin konklusion, at online krænkelse, som regel men ikke altid, er grovere end offline krænkelse, hvilket efter hans opfattelse sandsynlig-

¹¹¹ De forenede sager C-509/09 eDate og C-161/10 Olivier Martinez, præmis 45–47.

¹¹² Som omhandlet i Sag C-68/93 Fiona Shevill.

vis kan begrunde hans generelle observation af, at et videre antal af fora er tilgængelige i en online kontekst.

Bringes fokus tilbage til det nærmere indhold af udtrykket ved søgsmål om registrerede nationale varemærkerettigheder, indledes analysen med en henvisning til Wintersteiger-sagen¹¹³ som værende det ledende præjudikat ved online krænkelser.

Wintersteiger-sagen angik en anmodning om en præjudiciel afgørelse, indgivet af den Østrigske Oberster Gerichtshof, vedrørende fortolkningen af domsforordningens udtryk *"det sted, hvor skadetilføjelsen er foregået eller vil kunne foregå."*

Sagens omdrejningspunkt var en tvist mellem Wintersteiger fra Østrig, og Products 4U Sondermaschinenbau GmbH fra Tyskland, vedrørende en begæring om at forbyde brug af det østrigske varemærke som søgeord på Google.

Navnlig de juridiske spørgsmål om den stedlige kompetence er relevant i dette henseende.

Det følger af afgørelsens præmis 17, at EU-Domstolen tolker spørgsmål(ene) således, at den forelæggende ret ønsker oplyst, hvilke kriterier der skal anvendes for at fastlægge retternes kompetence til at påkende en tvist vedrørende den påståede krænkelse af et i en medlemsstat registreret varemærke, som følge af en annoncørs brug af et søgeord, på et websted henhørende under et andet topdomæne end topdomænet for den medlemsstat, hvor varemærket er registreret.

EU-Domstolen bemærker indledningsvist, at deliktsværnetinget ved domsforordningen støttes på den særlige snævre sammenhæng mellem tvisten og retten på det sted, hvor skadetilføjelsen er foregået. Idet der samtidigt henvises til Domstolens tidligere praksis,¹¹⁴ anføres det, at denne sammenhæng begrundes, at denne ret tillægges kompetencen af retsplejehensyn og hensyn til tilrettelæggelsen af retssagen.¹¹⁵

Derefter påpeger EU-Domstolen at udtrykket *"det sted, hvor skadetilføjelsen er foregået eller vil kunne foregå"* både omfatter stedet for skadens indtræden og stedet for den skadevoldende begivenhed, hvorfor sagsøger efter eget valg kan anlægge sagen ved retten på det ene eller det andet af disse to steder.¹¹⁶

Domstolen opdeler herefter sin analyse i de to begreber, henholdsvis *"Stedet for skadens indtræden"*¹¹⁷ og *"Stedet for den skadevoldende begivenhed"*.¹¹⁸

¹¹³ Sag C-523/10.

¹¹⁴ De forenede sager C-509/09 eDate og C-161/10 Olivier Martinez, præmis 40.

¹¹⁵ Sag C-523/10 Wintersteiger, præmis 18.

¹¹⁶ Ibid., præmis 19, hvorved der blandt andet henvises til dommen i eDate-sagen, præmis 41, og den deri nævnte retspraksis.

¹¹⁷ Ibid., præmis 21-29.

¹¹⁸ Ibid., præmis 30-38.

For så vidt angår "*stedet for skadens indtræden*" præciserer domstolen, at den til ét medlemsland geografisk afgrænset varemærket adskiller sig fra øvrige sager om krænkelse på internettet af personrettigheder, der i sidstnævnte tilfælde automatisk er beskyttet i samtlige medlemslande. Som følge heraf kan denne praksis ikke uden videre lægges til grund i nærværende tilfælde.

Domstolen påpeger i stedet, at det forelagte spørgsmål reelt vil kræve en realitetsbehandling af den sag som den kompetente retsinstant vil gennemføre i lyset af gældende materiel ret.

Derefter anfører domstolen, ikke overraskende, at såvel formålet om forudsigelighed som formålet om korrekt retspleje taler for, at kompetencen i henhold til skadens indtræden tillægges retterne i den medlemsstat, hvor den omhandlede rettighed er beskyttet.

Dette synspunkt underbygges blandt andet med henvisning til domstolens tidligere praksis,¹¹⁹ hvortil det i øvrigt konstateres at retterne i medlemsstaten i givet fald vil være beføjet til, at træffe afgørelse om dels den fulde erstatning for den påståede skade, dels en begæring, som har til formål at bringe enhver krænkelse af nævnte rettighed til ophør.

For så vidt angår "*Stedet for den skadevoldende begivenhed*" præciserer domstolen, at den ovenstående geografiske begrænsning af det nationale varemærke ikke udelukker andre retters internationale kompetence.

Domstolen giver herefter dennes analyse af de handlinger der i den forelagte sag er at anse som den udløsende skadevoldende begivenhed. Ultimativt konkluderer domstolen, at iværksættelsen af fremvisningsprocessen bestemmes ved annoncørens etableringssted, annoncøren værende den annoncør, som vælger søgeordet og gør erhvervsmæssigt brug af det, og ikke udbyderen af søge- og annonceringsydelsen.

Som følge heraf, besvarer EU-Domstolen de forelagte spørgsmål således, at en tvist vedrørende krænkelsen af et i en medlemsstat registreret varemærke som følge af en annoncørs brug af et søgeord, der er identisk med nævnte varemærke, på webstedet for en søgemaskine henhørende under en anden medlemsstats nationale topdomæne kan indbringes enten for retterne i den medlemsstat, hvor varemærket er registreret, eller for retterne i den medlemsstat, hvor annoncørens etableringssted befinder sig.

6.2 STEDET FOR MARKEDSFØRINGENS KOMMERCIELLE EFFEKT

Ovenstående konklusion i Wintersteiger-sagen fastlægger således, at en rettigheds-haver med flere (registrerede) europæiske nationale varemærkerettigheder altid kan anlægge en given krænkelsessag i de respektive medlemslande. En sådan frem-

¹¹⁹ EU-Domstolen henviser til fortolkningen af direktiv 2008/95, som bl.a. er anlagt ved Google Adwords-sagen samt i L'Oréal-sagen.

gangsmåde, hvorved blot de tilgængelige fora betragtes, vil naturligvis være hamrende ineffektiv, hvis rettighedshaver forinden sagens anlæg ikke gør sig bekendt med de stedlige faktorer der kan vise sig at være afgørende for den materielle afgørelse af sagen.

Sådanne stedlige faktorer kan naturligvis være mangfoldige, hvortil en systematisk undersøgelse af eventuelle fortolkningsforskelle i hvert enkelte medlemsstats kriterier kan være overvældende.

Det synes dog, blandt andet ved de diskuterede fremstillinger ovenfor, at være konstaterbart, at EU-Domstolens praksis vedrørende Domsforordningen kan tillægges en ganske væsentlig værdi. Som følge heraf, vil også den følgende analyse blive baseret på praksis der udspringer heraf.

Det mest nærliggende spørgsmål vil naturligvis være den generelle krænkelsevurdering af den pågældende annonce. Fra et praktisk synspunkt vil de fleste af disse indledende vurderinger, formentligt kunne foretages med udgangspunkt i det harmoniserede og i øvrigt grundlæggende ens udformet beskyttelsesindhold af et (nationalt europæisk) varemærke.

Det er dog tilsvarende klart, at hele forudsætningen for selvsamme krænkelsevurdering netop vil være, at man som indehaver har sikret sig en gyldig varemærkeret. Således affødes det næste spørgsmål: Såfremt man som rettighedshaver endog har sikret sig en gyldig varemærkeret, er den pågældende rettighed så overhovedet relevant for den konkrete online-annonce?

Dette jurisdiktionelle spørgsmål, affødt af internettets globale udstrækning og umiddelbare tilgængelighed, har i høj grad været genstand for diskussioner i den juridiske teori gennem årene. Spørgsmålet kan betegnes som en del af *det territoriale aspekt af internettet*. Således kan det blandt andet nævnes, at også Wallberg behandlede dette spørgsmål allerede i år 2000¹²⁰ i kølvandet på de på daværende tidspunkt nye regler for registrering af .com og .dk domæner.

Omdrejningspunktet for de varemærkeretlige spørgsmål om det territoriale aspekt af internettet bundede allerede dengang i det faktum, at det for praktisk talt alle virksomheder er relevant at vurdere, om tilgængeligheden af virksomhedens onlineindhold i sig selv kan skabe varemærkeretlige problemer i form af potentielle krænkelser i de lande, hvor lignende mærker anvendes.

Frygten var, dengang som i dag, at man risikerer sagsanlæg, der som udgangspunkt vil blive ført i og afgjort efter det pågældende lands regler.

¹²⁰ Sandel, Løje & Wallberg, 2000, "U.2000B.131: Immaterialretlige problemstillinger på Internettet."

Det fremføres i artiklen, at der ikke desto mindre eksisterede en bred enighed om, at den blotte tilgængelighed ikke i sig selv udgjorde en krænkende handling, men at der som udgangspunkt skulle være tale om, at aktiviteterne på nettet skulle have en konkret, kommerciel effekt i et givent territorium, før en krænkelse kunne komme på tale.¹²¹

Spørgsmålet er også blevet diskuteret indgående i nyere juridisk litteratur, heriblandt både af Wallberg i sin ph.d. afhandling fra 2015¹²² og af Henrik Udsen i 2016.¹²³

Fælles for begge fremstillinger, er deres respektive henvisninger til *stedet for den kommercielle effekt*, samt begges henvisninger til eBay-sagen¹²⁴ behandling af spørgsmålet i en varemærkeretlig kontekst.

Således henvises der til dennes behandling af spørgsmålet om, hvorvidt det er tilstrækkeligt, for at en indehaver af et varemærke kan modsætte sig et givent (krænkende) udbud af varer, at disse udbydes til salg på en online-markedsplads, og at salgsudbuddet henvender sig til forbrugere i det område, som er omfattet af varemærket.¹²⁵

Ved vurderingen af dette spørgsmål, tiltræder EU-Domstolen blandt andet Generaladvokatens argument om, at det ville skade den effektive virkning af indehaverens ret til at modsætte sig identisk eller forvekslelig brug i salgsudbud og reklamer, hvis brugen ikke er omfattet af disse regler, alene af den grund, at tredjemanden, de relevante servere eller de udbudte varer befinder sig i et tredjeland.¹²⁶

EU-Domstolen præciserer ikke desto mindre, at den omstændighed, at en hjemmeside er tilgængelig på det område som er omfattet af varemærket, ikke er tilstrækkeligt til at det kan konkluderes, at det salgsudbud der fremsættes dér, henvender sig til forbrugere på dette område.¹²⁷

Domstolen konkluderer derefter i præmis 65, at det

¹²¹ Som begrundelse herfor henviser artiklen til; WIPO: *Study concerning the use of trademarks on the Internet*, SCT 2/9, 1999, side 9; Bettinger i GRUR Int. 1998, side 665; Wallberg i UfR 1997, side 24; Kelly & Hieber: *Wired for jurisdiction in the United States: Is plugging in enough?*, Trademark World, maj 1997.

¹²² Som ajourført og tilrettet til Wallbergs: *"Brug af andres varemærker i digitale medier – Et bidrag til afklaring af varemærkerettens indhold og grænseflader"*, som der i øvrigt refereres til i denne afhandling.

¹²³ Udsen, 2016.

¹²⁴ Sag C-324/09.

¹²⁵ Ibid., præmis 58.

¹²⁶ Ibid., præmis 63 og dennes henvisning til punkt 127 i Generaladvokatens forslag til afgørelse i samme sag.

¹²⁷ Ibid., præmis 64, hvorved der henvises til en analog tolkning af dommen i de forenede sager C-585/08 og C-144/09 Pammer og Hotel Alpenhof.

"[Følgelig] påhviler [det] de nationale domstole at vurdere fra sag til sag, om der foreligger nogen konkrete tegn på, at et udbud til salg, som vises på en online-markedsplads, der er tilgængelig på det område, der er omfattet af varemærket, henvender sig til forbrugere på dette område. Når salgsudbuddet omfatter oplysninger om, hvilket geografisk område sælgeren kan sende varerne til, er sådanne oplysninger af særlig væsentlig betydning i forbindelse med nævnte bedømmelse."

Domstolen anfører i eBay-sagen således ikke øvrige kriterier der kan tages i betragtning i den fra sag til sag konkrete vurdering. Som det også anføres af Wallberg, antages det dog, at flere særlige kriterier formentlig kan tages i betragtning.¹²⁸

De kriterier der heri henvises til, indeholder i altovervejende grad dem som kan afledes fra Alpenhof-sagen,¹²⁹ hvortil Wallberg i øvrigt henviser til Jan Trzaskowskis indgående behandling heraf,¹³⁰ der foruden Alpenhof-sagen også inkluderer en række udenlandske afgørelser, hovedsagligt fra common law-jurisdiktioner.

Efter Trzaskowskis overbevisning kan der identificeres og grupperes nogle særlige tilknytningsmomenter som kan tillægges betydning, selvom det må fastholdes at der skal foretages en samlet og konkret vurdering. Trzaskowski fremhæver følgende momenter:

Adgang til hjemmesiden: Hjemmesider er som udgangspunkt tilgængelige i alle stater, men det er muligt at begrænse brugeres adgang til en hjemmeside baseret på, hvorfra hjemmesiden tilgås. Trzaskowski anfører, at der i de fleste sager er blevet stillet krav til, at virksomheden har gjort noget aktivt for at rette aktiviteten mod et marked, såsom eksempelvis direkte at oplyse at produkterne tilbydes i angivne stater. I Yahoo!-sagen lagde domstolen vægt på, at Yahoo! viste franske reklamer til franske brugere af hjemmesiden. I flere amerikanske afgørelser er der taget udgangspunkt i, at risikoen for at påvirke fremmede markeder med en hjemmeside principielt bør ligge hos indehaveren af hjemmesiden. I begge sager havde virksomhederne en ikke uvæsentlig kommerciel aktivitet på de relevante markeder.

Omfanget og karakteren af aktiviteten: I en australsk sag blev der blev lagt vægt på, at den amerikanske virksomhed positivt havde valgt at servicere abonnenter i Australien. Tilsvarende lagde man i en anden amerikansk afgørelse vægt på, at virksomheden vidste, at aftaleindgåelse med

¹²⁸ Wallberg, 2015, side 168, navnlig dennes henvisning ved note 523 på samme side.

¹²⁹ De forenede sager C-585/08 og C-144/09 Pammer og Hotel Alpenhof, se eventuelt denne afhandlings note 131, hvorved det desuden fremgik, at EU-Domstolen lagde sagen analogt til grund for så vidt angår kriterier der *ikke* var tilstrækkelige.

¹³⁰ Møgelvang-Hansen, Riis, & Trzaskowski, 2011, kapitel 7.1.1.

brugere i bestemte markeder ville føre til, at elektroniske beskeder blev sendt til den stat. I den sidstnævnte amerikanske sag lagde man ikke vægt på kvantiteten af aftaler, men på om der forelå en væsentlig forbindelse ved at fokusere på karakteren af kontakten til markedet. Hvis en virksomhed vælger at indgå kontrakter med brugere i et bestemt marked, må det tages som et udtryk for en interesse i det pågældende marked. Trzaskowski anfører med rette, at virksomheden som oftest vil være bekendt med en fysisk leveringsadresse.

Udformning og relevans på markedet: Virksomhedens internationale beskaffenhed, såsom turistaktiviteter og fragtskibsrejser, kan ifølge praksis også være en medvirkende faktor til at fastslå om en hjemmeside er rettet mod en bestemt stat. Hjemmesidens udformning samt brug af top level-domain (.dk, .com etc.), sprog, møntfod og internationale telefoniske forvalgskoder kan give en indikation af, hvortil hjemmesiden er rettet. I Alpenhof-sagen bemærkede domstolen, at sproget og den anvendte valuta slet ikke er relevant når det drejer sig om det sprog, der normalt tales i medlemsstaten, hvorfra den erhvervsdrivende udøver sin virksomhed, og når der er tale om valutaen i den pågældende medlemsstat. Hvis hjemmesiden derimod gør det muligt for forbrugerne at anvende et andet sprog eller en anden valuta end de nævnte, kan sproget og/eller valutaen tages i betragtning som og udgøre et holdepunkt for at antage, at den erhvervsdrivendes virksomhed er rettet mod andre medlemsstater.

Hjemmesiden kan også være tilpasset forskellige nationale regler eller mærkningsordninger, der her ganske klart må indikere at aktiviteten rettes mod dette marked.

I en Australsk afgørelse fandt man, måske lidt overraskende, at den engelske virksomheds aktiviteter ikke var rettet mod Australien, selvom hjemmesiden med en drop-down menu tillod, at man kunne vælge Australien som leveringssted. I sagen lagde man vægt på, at helhedsindtrykket ikke efterlod grund til at antage, at aktiviteten var rettet mod Australien. Priserne var angivet i USD og GBP, men ikke i australske dollars, og det ville være dyrere for australske brugere at købe produkterne på den engelske hjemmeside i forhold til køb i australske forretninger.

Markedsføringsforanstaltninger: I Alpenhof-dommen nævnes bl.a. udgifter til søge- og annonceringsydelser på internettet, som faktorer, der kan udtrykke en hensigt om at tilbyde sine produkter på et givent marked. I to engelske varemærkesager fokuserede dommerne på omfanget af markedsføringsaktiviteter på det pågældende marked. Tilsvarende lagde dommeren, i en anden sag, vægt på, at virksomheden havde opsøgt forretning og aktivt deltaget på det relevante marked. Hvis virksomheden aktivt markedsfører sin hjemmeside på et marked, må det nødvendigvis ta-

ges som et udtryk for en interesse for det pågældende marked og dermed en formodning for, at aktiviteten (også) er rettet mod dette marked.

Placering af virksomheden og teknisk infrastruktur:

I Yahoo!-sagen havde den amerikanske virksomhed et datterselskab i Frankrig, men da sagen vedrørte en aktivitet, der var foretaget af det amerikanske moderselskab, kunne datterselskabet ikke gøres ansvarlig herfor. Hertil anfører Trzaskowski at det ikke kan udelukkes, at der efter national ret kan være mulighed for hæftelsesgennembrud. Hertil er det Trzaskowski opfattelse, at valg af etableringssted normalt er udtryk for en interesse i at deltage i det pågældende marked, men at manglende etablering dog ikke er ensbetydende med, at aktiviteten ikke er rettet mod markedet.

Returneres til Wallbergs øvrige omtale af anvendeligheden af de ovenstående kriterier anføres der ikke desto mindre, at:

“De territoriale aspekter af den varemærkemæssige brug i almindelighed og brug af andres varemærker i særdeleshed har været genstand for overraskende få tvister ved domstolene, og de nævnte kriteriers anvendelighed kan således ikke fastslås med sikkerhed på nuværende tidspunkt.”

Det må dog ikke desto mindre anføres, at den ovenstående fremstilling burde være tilstrækkelig til, at tilbyde rettighedshaver nogle tilpas klare holdepunkter i vurderingen af relevansen af dennes givne nationale varemærkerettighed.

Idet det dog må understreges, at der bør tages forbehold for relevansen af den ikke-europæiske retspraksis ovenfor, bør rettighedshaver således være i stand til at fremføre nogle velfunderede argumenter for placeringen af stedet/stederne for markedsføringens kommercielle effekt, heriblandt særligt når der gives oplysninger om, hvilket geografisk område sælgeren kan sende varerne til.

6.3 EUTM - DELIKTSVÆRNETINGEN I VAREMÆRKEFORORDNINGEN

6.3.1 REGELGRUNDLAGET

Værnetingsreglerne vedrørende EU-varemærket er særskilt reguleret i varemærkeforordningen.¹³¹ Disse regler suppleres i nogen grad ved værnetingsreglerne i Domsforordningen, hvorimod hverken værnetingsreglerne i Luganokonventionen eller retsplejelovens bestemmelser om processuelle udlændinge finder anvendelse ved sagsøgte med bopæl uden for EU/EFTA.¹³²

¹³¹ Rådets forordning (EF) Nr. 207/2009 om EU-Varemærker, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2015/2424.

¹³² Ibid., artikel 94, stk. 2, (a).

Varemærkeforordningens regler om international stedlig kompetence¹³³ er udformet med udgangspunkt i det almindelige civilprocessuelle grundprincip om sagsøgtes bopæl som værneting.¹³⁴

Således følger det, at krænkelsessøgsmål som udgangspunkt kan anlægges ved; Retterne i den medlemsstat, hvor sagsøgte har bopæl eller forretningssted;¹³⁵ Eller ved retterne i den medlemsstat, hvor krænkelsen er begået, eller hvor der er risiko for krænkelse, eller hvor en handling som omhandlet i artikel 9, stk. 3, andet punktum, er begået.¹³⁶

Såfremt sagen ikke ønskes anlagt ved forum delicti, men sagsøgte ikke har bopæl i EU (og EØS) følger der nogle trinmæssigt inddelt supplerende bestemmelser hertil, således at sagen også kan anlægges ved, først; Retterne i den medlemsstat, hvor sagsøger har bopæl; Eller, hvis en sådan ikke findes, ved retterne i den medlemsstat hvor kontoret (EUIPO) har sit hjemsted (Spanien).

Det følger således, at rettighedshaver i tvister mod krænkerer uden for EU/EØS her er givet en ganske bred adgang til at anlægge krænkelsessøgsmålet ved egen bopæl, hvilket naturligvis kan være en stor fordel for herboende rettighedshavere.

Ønskværdigheden af denne fordel skal især ses som en klar kontrast til den næstkommende behandling af det alternativt tilgængelige forum delicti, der nemlig er underlagt den afgørende saglige kompetenceregulering i artikel 98, stk. 2, der fastlægger, at en EU-varemærkedomstol, der har kompetence i medfør af artikel 97, stk. 5, (forum delicti) kun er kompetent med hensyn til handlinger, der er begået, eller som der er risiko for i den medlemsstat, hvor denne ret er beliggende.

Det må således allerede her nævnes, at forum delicti næppe vil udgøre det mest effektive værneting for rettighedshaveren der i konkrete tilfælde givetvis ønsker at basere sin sag på den samlede krænkende brug i hele unionen.

6.3.2 MEDLEMSSTAT, HVOR KRÆNKELSEN ER BEGÅET

EU-Domstolen har blandt andet taget stilling til indholdet af deliktsværnetinget ved krænkelse af EU-varemærket i Coty Prestige-sagen.¹³⁷

Sagen vedrørte en anmodning om en præjudiciel afgørelse vedrørende dels fortolkningen af varemærkeforordningens bestemmelse om forum delicti,¹³⁸ samt fortolkning-

¹³³ Som indeholdt i Varemærkeforordningens Afsnit X.

¹³⁴ Jf. eksempelvis 11. betragtning til Forordning nr. 44/2001

¹³⁵ Varemærkeforordningens artikel 97, stk. 1.

¹³⁶ Ibid., artikel 97, stk. 5.

¹³⁷ Sag C-360/12.

¹³⁸ Artikel 93, stk. 5, i den daværende forordning (EF) nr. 40/94.

gen af domsforordningens kompetenceregler ved anlæg af erstatningsøgsmål i tilfælde af illoyal og sammenlignende reklame.¹³⁹

Sagens omdrejningspunkt var en påstand om krænkelse af et EF-varemærke og overtrædelse af tysk konkurrencelovgivning ved salg i Belgien af varemærkeforfalskede varer til en tysk erhvervsdrivende, der efterfølgende videresolgte varerne i Tyskland.

Navnlig det første spørgsmål om forum delicti er relevant for denne afhandling.

Det følger af dommens præmis 24, at Domstolen tolker spørgsmålet således, at den forelæggende ret nærmere bestemt ønsker oplyst, om udtrykket "*medlemsstat, hvor krænkelsen er begået*", skal fortolkes således, at retterne i Tyskland i givet fald vil være kompetente til at træffe afgørelse i et søgsmål mod den oprindelige belgiske sælger, der ikke selv har handlet i Tyskland.

EU-Domstolen anfører dernæst, at tvivlsspørgsmålet ved den forelagte afgørelse er hvorvidt varemærkeforordningens udtryk "*medlemsstat, hvor krænkelsen er begået*" skal fortolkes analogt med udtrykket "*det sted, hvor skadetilføjelsen er foregået*", der fremgår af domsforordningen.¹⁴⁰

Læses Generaladvokatens forslag til afgørelse, fremgår det, at sidstnævnte udtryk klart omfatter både stedet for den skadevoldende begivenhed, der er årsag til skaden, og stedet for skadens indtræden. Ikke desto mindre, anføres det, er det tvivlsomt hvorvidt denne valgmulighed kan udvides, således at den omfatter en tilknytning til handlinger begået af en person, der ikke er sagsøgt, særligt ud fra perspektivet om det sted, hvor skaden er indtrådt.¹⁴¹

Ved besvarelsen af dette forelagte spørgsmål konstaterer EU-Domstolen indledningsvist, at den ellers principielt anvendelige domsforordning netop er fraveget ved de pågældende søgsmål.¹⁴² Det er således i stedet Varemærkeforordningens *lex specialis*-bestemmelser der skal betragtes, nærmere bestemt de flere muligheder der gives ved den daværende artikel 93, heriblandt en kompetence for retterne i den medlemsstat, hvor krænkelsen er begået, eller hvor der er risiko for krænkelse.¹⁴³

For så vidt angår udtrykket, "*medlemsstat hvor krænkelsen er begået, eller hvor der er risiko for krænkelse*", fastlægger domstolen, at fortolkningen heraf skal foretages selvstændigt i forhold til det i domsforordningen lignende udtryk, "*sted, hvor skadetilføjelsen er foregået, eller vil kunne foregå*."¹⁴⁴

¹³⁹ Artikel 5, nr. 3), i Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22. december 2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område

¹⁴⁰ Sag C-360/12, præmis 25.

¹⁴¹ Generaladvokatens forslag til afgørelse i Sag C-360/12, punkt 17.

¹⁴² Jf. artikel 90, stk. 2 i den daværende forordning nr. 40/94.

¹⁴³ Sag C-360, præmis 27-30.

¹⁴⁴ Ibid., præmis 31.

Kravet om denne selvstændige fortolkning ræsonneres blandt andet ved henvisning til dommens ovennævnte præmisser, hvorved der henvises til generaladvokatens forslag til afgørelse, nærmere bestemt præmis 36 heri. Ved dette præmis alene gives dog ingen nærmere forklaring. I stedet udtrykkes der heri en betænkelighed ved sammensmeltning af de to udtryk, idet det påpeges at fællesskabslovgivers udformning af de specielle regler i varemærkeforordningen må respekteres, uanset en frygt for mangel på forudsigelighed og retssikkerhed.

Generaladvokatens betænkelighed ved sammensmeltning af udtrykkene udspringer af en længere forudgående analyse af de to udtryk. Denne analyse indledes med den forelæggende rets opfattelse af, at udtrykket i varemærkeforordningen gør det muligt at tillægge kompetence, når flere personer bevidst har medvirket i en grænseoverskridende krænkelse af et EF-varemærke. Hele grundlaget for denne opfattelse er en påstand om, at udtrykket skal afgøres efter samme målestok som udtrykket i domsforordningen¹⁴⁵ – Et grundlag som efter den forelæggende rets opfattelse, er velfunderet i fortolkningen af den retspraksis, der udspringer af dommen i Mines de Potasse d'Alsace-sagen, hvilken, sammen med en analog fortolkning af den tilsvarende mulighed i domsforordningen, i de fleste tilfælde lægges til grund i retslitteraturen.¹⁴⁶

Generaladvokaten fremfører herefter en række argumenter for det modsatte synspunkt, nemlig at en sådan analogislutning ikke kan lægges til grund, men at der i stedet er tale om to forskellige normer.

I hovedtræk påpeger Generaladvokaten;

At det tydeligt fremgår af forarbejderne til varemærkeforordningen, at der netop var blevet taget hensyn til kompetencereglerne i den daværende Bruxelleskonvention og Domstolens praksis herom;

At kommissionens arbejdsgruppe havde fundet disse regler utilstrækkelige til at regulere de særlige problemer, der kunne opstå ved krænkelse af rettigheder hidrørende fra en sådan eneret, som er gældende i flere medlemsstater og at der derfor var behov for at ændre disse regler;¹⁴⁷

At indholdet af netop disse regler i varemærkeforordningen er bevaret til trods for øvrige gentagne senere ændringer heri;

At lignende fravigelser har fundet vej til flere øvrige tekster vedrørende immaterielretlig regulering.

¹⁴⁵ Generaladvokatens forslag til afgørelse i Sag C-360/12, præmis 20-21.

¹⁴⁶ Ibid., præmis 23.

¹⁴⁷ Generaladvokaten henviser her til Kommissionens arbejdsdokument dateret i oktober 1979 og benævnt "*The need for a European trade mark System. Competence of the European Community to create one (III/D/1294/79-EN)*".

Generaladvokaten udtaler derefter, nærmest irettesættende, at *”Denne kontrast kan ikke reduceres til en skrivefejl, som den forelæggende ret synes at antyde.”*

For så vidt angår det nærmere sproglige indhold af begrebet *”det sted, hvor krænkel- sen er begået”* konstaterer Generaladvokaten, at begrebet faktisk er snævrere end begrebet *”det sted, hvor skadetilføjelsen er foregået”* og at ordvalget i førstnævnte begreb synes at hentyde til en aktiv handling.¹⁴⁸ Følgelig konkluderes det, at en ana- log anvendelse af retspraksis vedrørende fortolkning af domsforordningen må være udelukket.

Slutteligt medgiver Generaladvokaten dog, at de almene betragtninger og universelle principper ved fortolkning af domsforordningen ikke desto mindre kan anvendes i for- bindelse med fortolkningen af varemærkeforordningen, på den betingelse, at indhol- det af eller formålet med den omhandlede kompetenceregulering ikke forbyder det.¹⁴⁹

De ovenstående argumenter tiltrædes i deres væsentlighed af Domstolen i den ende- lige afgørelse, idet det bemærkes, at en stedlig kompetence på grundlag af det sted, hvor den påståede krænkelse har virkninger, i øvrigt ville være i strid med ordlyden af den daværende forordnings artikel 94, stk. 2, som begrænser EF- varemærkedomstolens kompetence til handlinger, der er begået, eller som der er risiko for i den medlemsstat, hvor den påkendende ret er beliggende.¹⁵⁰

6.3.2.1 Mulig udvidelse af den stedlige kompetence ved medvirkenshandling?

Efter sin dybdegående redegørelse for forskellene ved de to udtryk vælger Generalad- vokaten at foretage en særskilt supplerende bedømmelse af den medvirkenshandling der har affødt de præjudicielle spørgsmål.

Strukturen givet ved denne opsplittning af det første præjudicielle spørgsmål har ikke fundet vej til EU-Domstolens afgørelse, hvortil den endelige afgørelse i øvrigt ej heller henviser til Generaladvokatens følgende argumenter.

Ikke desto mindre fremgår det af punkt 38 i Generaladvokatens forslag, at denne ser sig opfordret til, at tage stilling til den eventuelle mulighed for at fastsætte en kompe- tence ved tilknytning, der skulle gøre det muligt at anlægge en sag mod den medvir- kende part på det forelagte grundlag.

Generaladvokaten fremfører herefter en række synspunkter vedrørende udstræknin- gen af det territorialprincip hvorpå kompetencereglen i den daværende varemærke- forordning hviler. Overordnet fremføres der to grupperinger af synspunkter, nemlig de

¹⁴⁸ Generaladvokatens forslag til afgørelse i Sag C-360/12, præmis 31.

¹⁴⁹ Ibid., præmis 35.

¹⁵⁰ Sag C-360/12, præmis 35.

der henholdsvis taler for- og imod en udvidelse af det ellers snævre udformede princip.

Efter Generaladvokatens opfattelse, taler følgende *for* en udvidelse;¹⁵¹

At lovgiver oprindeligt havde forudset en fælles domstol, og at den kompetence, som i sidste ende blev tildelt de nationale retter, forekommer at være et kompromis. Efter dennes opfattelse, taler dette for en fortolkning, der begrænser opsplitningen af tvister vedrørende den ensartede intellektuelle ejendomsrettighed;

Formålet om at undgå, at der afsiges modstridende afgørelser, som udtrykkeligt nævnt i præambelen til varemærkeforordningen, hvorved det nævnes, at *"retsafgørelser vedrørende [...] krænkelse af EF-varemærker [...] [skal] have retskraft inden for hele Fællesskabets område, da dette er den eneste måde, hvorpå man kan undgå indbyrdes modstridende afgørelser fra domstolene og Harmoniseringskontoret og krænkelse af EF-varemærkets enhedskarakter"*.

I modsætning hertil, igen efter Generaladvokatens opfattelse, taler følgende *imod* en udvidelse;

De særegne grunde for bestemmelsen, som vedrører vanskeligheden ved at forene den enhedsretlige karakter af den beskyttelse, der gives ved EF-varemærket, og risikoen for krænkelse på flere steder inden for Unionen, nemlig den omstændighed, at enhver medlemsstat i tilfælde af en krænkelse af et EF-varemærke i praksis kan siges at være det sted, hvor skaden er indtrådt, eftersom den beskyttede rettighed har virkninger på hele Unionens område;¹⁵²

Et af formålene ved varemærkeforordningen, som består i at bekæmpe forum shopping;¹⁵³

At lovgiver i forbindelse med beskyttelsen af den enhedsretlige intellektuelle ejendomsrettighed, som EF-varemærket udgør, har identificeret prioriteter, som først og fremmest er forbundet med koncentrationen af tvisten ved retterne i en enkelt medlemsstat;

At en udvidet fortolkning ej heller kan begrundes i de vejledende principper om fortolkning af domsforordningen, grundet de ovenfor anførte særegenheder ved varemærkeforordningens regel.¹⁵⁴

¹⁵¹ Generaladvokatens forslag til afgørelse i Sag C-360/12, punkt 41.

¹⁵² Ibid., punkt 40.

¹⁵³ Ibid., punkt 42, hvorved der i øvrigt henvises til s. 76 i den endelige version af forslaget til forordning, KOM(80) 635, som blev fremlagt den 25.11.1980.

Generaladvokaten konkluderer herefter, at det, efter dennes opfattelse, ikke er tilstrækkeligt at sagsøgte ved en handling, som er foretaget i en anden medlemsstat, indirekte har medvirket til en krænkelse af rettighederne til et EF-varemærke, som er begået i førstnævnte medlemsstat af en tredjemand, der er ikke er sagsøgt i sagen.

Upåagtet at den ovenstående del af Generaladvokatens analyse ikke udtrykkeligt fremhæves i den endelige afgørelse, kan det konstateres, at EU-Domstolen konkluderer, at det første spørgsmål skal besvares med, at udtrykket "*medlemsstat, hvor krænkelsen er begået*", skal fortolkes således, at når der i tilfælde af et salg og en levering af en varemærkeforfalsket vare, som er foretaget i en medlemsstat, efterfølgende sker et videresalg foretaget af køberen i en anden medlemsstat, ikke kan etableres en stedlig kompetence i søgsmålet som er anlagt mod den oprindelige sælger, der ikke selv har handlet i den medlemsstat, som den påkendende ret henhører under.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Ibid., punkt 43.

¹⁵⁵ Sag C-360/12, præmis 38.

7 SAMMENFATTENDE ANALYSE

Ved det ovenstående blev det pointeret, at rettighedshaver blot kan forbyde brug der gør indgreb i varemærkets særlige funktioner, navnlig oprindelsesfunktionen, kvalitetsfunktionen, reklamefunktionen, investeringsfunktionen og kommunikationsfunktionen.

Hertil blev det præciseret, at det blot er tilstrækkeligt at den respektive brug gør indgreb i én af funktionerne, førend rettighedshaver kan kræve den bragt til ophør. Sondringen mellem de forskellige funktioner synes således mere teoretisk end praktisk relevant, om end det naturligvis må påpeges at sondringen har en argumentationsmæssig relevans.

Selv om der stadig vil herske tvivl om det præcise indhold af disse respektive funktioner, heriblandt hvorvidt alle mærker kan tillægges samtlige af de anførte funktioner, synes det muligt at foretage nogle operationelle rubriceringer af brug der som minimum gør indgreb i én af disse funktioner.

Ved denne vurdering, skal det navnlig tages i betragtning, hvorvidt den pågældende brug vanskeliggør den almindeligt oplyste og rimeligt opmærksomme internetbrugers evne til at fastlægge varens oprindelse. Dertil synes det, at være påviseligt, at i hvert fald kvalitetsfunktionen må anses som en nær og uadskillelig del af oprindelsesfunktionen, hvortil også de øvrige funktioner synes at overlappe hinanden i noget omfang.

Med udgangspunkt i afhandlingens eksempler på særlige former for varemærkeretlig brug på online-shoppingportaler, må det indledningsvist konstateres, at shoppingportalernes integrerede søgefunktioner i betragteligt omfang er egnede til at gøre indgreb i varemærkets funktioner. Det må dog konstateres, at særligt Domstolens hårde linje i relation til dobbeltidentitetskriteriets retsvirkning formentlig vil betyde, at indehaveren af ikke-velkendte varemærker vanskeligt vil kunne modsætte sig portalens brug ved annoncering af konkurrerende varer.

Derimod vil indehaveren, kunne modsætte sig anvendelsen af varemærket som adresseangivelse for portalens underliggende sider, heriblandt også som brugernavn. Som tillæg hertil, vil rettighedshaver kunne modsætte sig annoncørens brug som links der henviser til indehaverens officielle hjemmeside. I forlængelse heraf kan indehaveren af velkendte varemærker sandsynligvis modsætte sig sådan brug selv i tilfælde hvor der er tale om lovligt videresalg, såfremt der ikke eksisterer en direkte kontraktuel relation mellem parterne, særligt når dette link ledsages af en vildledende betegnelse som *leverandør*.

For så vidt angår shoppingportalens medvirkensansvar, må det konstateres, at de særskilte problemstillinger herved er blevet anerkendt af de amerikanske såvel som de europæiske lovgivere, der hver især har vedtaget nogle, om end forskelligartede, lovgivningsmæssige instrumenter for at imødekomme problemstillingerne.

Der blev herefter præsenteret nogle generelle og specifikke momenter i culpavurderingen, hvorved det synes muligt at påpege en nær sammenhæng mellem disse og betingelserne for at opnå ansvarsfrihed i E-handelsdirektivets forstand. Overordnet synes de for rettighedshaver mest relevante momenter at være shoppingportalens aktive rolle og konkrete viden om det tvivlsomme indhold. Således kunne det med en høj grad af sikkerhed påvises, at shoppingportalen vil ifalde ansvar såfremt denne modtager en tilstrækkelig præcis og detaljeret henvendelse om krænkende indhold, men alligevel ikke tager skridt til at slette åbenbare krænkelser og forebygge fremtidige krænkelser af samme sælger.

Således kunne det også påvises, at der til trods for det generelle overvågningsforbud kan opstå en konkret og ganske nøje overvågningspligt af konkrete sælgere, der tillige skal ekskluderes fuldstændigt fra platformen, såfremt kapaciteten til overvågning heraf ikke kan findes. Denne konkrete overvågningspligt vil tilsvarende medføre, at shoppingportalen formentligt kan forventes at foretage supplerende manuelle undersøgelser af en anmeldt sælgers øvrige ikke-anmeldte indhold.

Herefter blev værnetingsreglerne for krænkelssøgsmål undersøgt, med udgangspunkt i sager hvor sagsøgte har bopæl uden for EU/EØS.

For så vidt angår registrerede europæiske nationale varemærker blev det indledningsvist påvist, at i hvert fald den danske og svenske bestemmelse om forum delicti i sager om retskrænkelser uden for kontrakt, sandsynligvis skal fortolkes i overensstemmelse med domsforordningens tilsvarende bestemmelse herom. Det blev her pointeret, at særligt EU-Domstolens praksis har medført en vidtgående anvendelse heraf, i modsætning til i hvert fald Tyskland der har anlagt en mere indskrænket fortolkning, der foruden den blotte registrering, kræver en materiel tilknytning for at etablere værneting.

Under særlig henvisning til Wintersteiger-sagen, måtte det ikke desto mindre konstateres, at en tvist vedrørende krænkelsen af et i en medlemsstat registreret varemærke kan indbringes enten for retterne i den medlemsstat, hvor varemærket er registreret, eller for retterne i den medlemsstat, hvor sagsøgtes etableringssted befinder sig.

Herefter blev der med udgangspunkt i Alpenhof-sagen peget på nogle konkrete momenter i vurderingen af stedet for internet-markedsføringens kommercielle effekt, hvorudfra rettighedshaver kan vurdere relevansen af såvel dennes EU- og nationale varemærkerettigheder.

For så vidt angår krænkelssøgsmål om registrerede EU-varemærker kunne det med udgangspunkt i Coty Prestige-sagen konstateres, at udtrykket *medlemsstat, hvor krænkelsen er begået*, som indeholdt i varemærkeforordningens forum delicti-regel, ikke skal fortolkes analogt men selvstændigt i forhold til det lignende udtryk, *det sted, hvor skadetilføjelsen er foregået*, i domsforordningen.

Det kunne herefter konstateres, at udtrykket blot tillader kompetence ved handlingsstedet og ikke virkningsstedet, hvorfor der ej heller kan etableres en stedlig kompetence i et søgsmål mod en sagsøgt der ikke selv har handlet i den medlemsstat, som den påkendende ret henhører under. Der vil ej heller kunne fastsættes en kompetence ved den blotte indirekte tilknytning, i sager om medvirkenshandlinger foretaget i en anden medlemsstat.

7.1 KONKLUSION

På baggrund heraf må det konkluderes, at rettighedshavers lejlighedsvis interesse i at indlede retlige skridt mod den krænkende annoncør og shoppingportalen, vil støde sammen med nogle ganske væsentlige værnetingsretlige problemstillinger.

Heriblandt skal særligt begrænsningen af den stedlige og saglige kompetence ved forum delicti tages i betragtning.

Det kan således konstateres, at en indbringelse for retterne på stedet hvor skadestilføjelsen er foregået vil medføre, at rettighedshaver må anlægge individuelle krænkelsessøgsmål i de medlemslande hvori denne har sikret sin varemærket. Denne realitet synes slemt forenelig med rettighedshavers egentlige interesse i én samlet effektiv retsforfølgelse af den pågældende annonces markedsføring i relevante EU-medlemsstater, særligt hvis denne er indehaver af flere nationale rettigheder som er fordelt på relativt små nationale markeder.

I disse tilfælde må det således umiddelbart anses som mere hensigtsmæssigt, at forfølge annoncøren ved stedet for dennes etablering, hvorved der trods alt kan tages stilling til krænkelsen i sin helhed, dog med de lovvalgmæssige problemstillinger dette må afføde. Hensigtsmæssigheden af dette værneting vil dog i høj grad påvirkes af øvrige problemstillinger ved at føre proces i et tredjeland, heriblandt særligt tilfælde med svært identificerbare asiatiske krænkere.

For så vidt angår tilsvarende håndhævelse af et EU-varemærke, fremstår valget af forum delicti ineffektivt i endnu større grad. Da både den stedlige- og saglige kompetence her er begrænset til handlingsstedet, bør sagsøgers bopæl eller forretningssted således være det foretrukne valg. Rettighedshaver opnår dermed også den fordel, at der ikke i samme omfang skal tages højde for tredjelandets nærmere processuelle regler.

8 CITEREDE VÆRKER

Larsen, T. B. (2016). The Place Where the Harmful Event Occurred in Exclusive Rights Litigation. *NIR*, 2/2016, s. 105-117.

Martinet, B., & J. Oertli, R. (2015). Liability of E-Commerce Platforms for Copyright and Trademark Infringement.

Møgelvang-Hansen, P., Riis, T., & Trzaskowski, J. (2011). *Markedsføringsretten* (2 udg.). Ex Tuto Publishing.

Ryberg, B. V., Kragelund, C., Lavesen, M., & m.fl. (2015). *Dansk Immaterialret II - Sanktioner og Håndhævelse* (1. udg.). Gjellerup/Gads Forlag.

Schovsbo, J., Rosenmeier, M., & Salung Petersen, C. (2015). *Immaterialret* (4. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Udsen, H. (2016). *IT-RET* (3. udg.). Ex Tuto Publishing A/S.

Wallberg, K. (2015). *Brug af andres varemærker i digitale medier - Et bidrag til afklaring af varemærkerettens indhold og grænseflader* (1. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.