

# Kendetegnsretlig analyse af søgeordsbaseret reklame – med primært fokus på Google AdWords.docx

af MILLE RUDBECK-THOMSEN

*Nærværende specialeafhandling omhandler den kendetegnsretlige regulering af søgeordsbaseret reklame på internettet.*

*Specialet tager udgangspunkt i en analyse af EU-Domstolens retspraksis for derved at forklare den udvikling, som dansk retspraksis har gennemgået de seneste år.*

*EU-Domstolen har gennem sin retspraksis udviklet nogle hovedprincipper for retlig regulering af søgeordsbaseret reklame. Disse hovedprincipper supplerer varemærkedirektivets bestemmelser ved bedømmelsen af, om der foreligger en varemærkekrænkelse.*

*For annoncørers vedkommende er det, foruden betingelsen om varemærkebrug, en forudsætning for varemærkekrænkelse at der sker et indgreb i et af varemærkets funktioner, hvor oprindelsesfunktionen er den mest essentielle.*

*For søgetjenesters vedkommende har Domstolen fastslået, at der ikke foreligger varemærkebrug, idet et af Domstolen udviklet krav om at en sådan brug skal ske som led i egen kommerciel kommunikation ikke er opfyldt. Søgetjenester kan herefter kun ifalde et medvirkenansvar på baggrund af ikke-harmoniserede nationale medvirkenregler. Da søgetjenester falder ind under anvendelsesområdet for e-handelsdirektivet, er det op til de nationale domstole at vurdere, om et evt. medvirkenansvar bortfalder som følge af ansvarsfritagelsesbestemmelsen i e-handelsdirektivets art. 14.*

*I dansk retspraksis ses en tendens til en lempet varemærkeretlig bedømmelse overfor annoncører som anvender andres varemærker som søgeord. Derimod vil søgeordsbaseret reklame som oftest være i strid med markedsføringslovens regler om god markedsførings-skik.*

## Indholdsfortegnelse

1. Indledning.....	3
1.1. Introduktion og problemformulering .....	3
1.2. Metode .....	4
1.3. Afgrænsning af emnet.....	4
2. Retsgrundlaget.....	5
2.1. Introduktion .....	5
2.2. Varemærkeret.....	5
2.2.1. Varemærkets funktioner .....	5

2.2.2.	Varemærkeretten i et internationalt perspektiv .....	6
2.2.3.	Stiftelse af varemærkeret .....	7
2.2.4.	Beskyttelsens indhold .....	8
2.2.5.	Erhvervsmæssig brug ”for varer eller tjenesteydelser” .....	9
2.2.6.	Velkendte varemærker .....	9
2.3.	Markedsføringsret .....	10
2.3.1.	Markedsføringsloven .....	11
2.3.2.	Indledning .....	11
2.3.3.	Lovens anvendelsesområde .....	11
2.3.4.	Generalklausulen i MFL § 1 .....	11
2.3.5.	Kendetegnsrettens generalklausul MFL § 18 .....	12
3.	Google AdWords .....	12
3.1.	Indledning .....	12
3.2.	Søgeordsbaserede reklamer generelt .....	12
3.3.	Google AdWords .....	13
3.4.	Meta tags .....	15
4.	Kendetegnsretlig regulering søgeordsbaseret reklame .....	15
4.1.	Indledning .....	15
4.2.	Den varemærkeretlige beskyttelse .....	15
4.2.1.	Velkendte varemærkers beskyttelse i relation til Google AdWords .....	17
4.2.2.	Begrænsninger i varemærkeindehaverens ret til beskyttelse .....	17
4.3.	Den markedsføringsretlige beskyttelse .....	18
4.3.1.	Generalklausulen i MFL § 1 .....	18
4.3.2.	Kendetegnsrettens generalklausul MFL § 18 .....	18
4.4.	E-handelsret .....	19
5.	Google AdWords i lyset af retspraksis .....	20
5.1.	Introduktion .....	20
5.2.	Annoncørers ansvar overfor varemærkeindehaveren .....	20
5.2.1.	Dansk retspraksis .....	20
5.2.2.	Udgangspunktet i dansk retspraksis indtil EU-domstolens stillingtagen ...	22
5.2.3.	Tysk retspraksis .....	22
5.2.4.	Amerikansk retspraksis .....	23
5.2.5.	Komparativ analyse af retspraksis .....	24
5.2.6.	EU-domstolens praksis .....	25
5.2.7.	Diskussion af EU-Domstolens retspraksis og dens indflydelse på medlemslandene .....	37

5.2.8.	Dansk praksis efter EU-domstolens præjudicielle afgørelser.....	41
5.2.9.	Udviklingen i dansk retspraksis.....	43
5.3.	Forholdet mellem varemærkeindehaveren og Google.....	44
5.3.1.	Tysk retspraksis .....	44
5.3.2.	Amerikansk retspraksis .....	44
5.3.3.	Komparativ analyse af retspraksis i EU og USA .....	45
5.3.4.	EU-Domstolens retspraksis .....	46
5.3.5.	Diskussion af søgetjenesters ansvar på baggrund af EU-Domstolens retspraksis .....	48
6.	Konklusion .....	52
7.	Litteraturliste/kildefortegnelse .....	55

## 1. Indledning

### 1.1. Introduktion og problemformulering

Udbredelsen af internettet har bidraget med mange nye former for markedsføring og reklame. Dette er i høj grad blevet udnyttet gennem det seneste årti, idet internettet, med dets tårnhøje antal daglige brugere, besidder et væsentligt kommercielt potentiale. Internettet anvendes nu sideløbende med andre traditionelle medier i markedsføringen af varer og tjenesteydelser og indtager retligt set ikke nogen særstilling i forhold til andre medier.

Dette ændrer dog ikke ved det faktum, at internettet har muliggjort et hav af nye tekniske metoder for bl.a. anvendelse af varemærker, som ikke var forudsat ved den eksisterende lovgivnings tilblivelse og som derfor komplicerer anvendelsen heraf på internetbaserede problemstillinger.

Den kendetegnsretlige regulering af søgeordsbaseret reklame, som er dette speciales fokusområde, bærer præg af domstolens usikkerhed omkring retsreglernes anvendelse på nutidens teknologi, hvilket leder til det overordnede spørgsmål, som danner rammerne for nærværende specialeafhandling:

*Hvordan skal søgeordsbaseret reklame behandles i en kendetegnsretlig kontekst, og hvor langt er det hensigtsmæssig at udstrække retsreglerne i forsøget på at tilpasse lovgivningen til nutidens teknologi?*

Ved søgeordsbaseret reklame forstås den situation, hvor en annoncør køber sig til en annonceplads hos en søgetjeneste ved hjælp af udvalgte søgeord, som muligvis indeholder andres beskyttede varemærker. Jeg vil gennem en belysning af kendetegnsretten i et generelt perspektiv redegøre for det retlige fundament, som efterfølgende konkret kobles på søgeordsbaseret reklame.

For at skabe en generel forståelse for den tekniske fremgangsmåde ved anvendelsen af reklamefunktionen, Google AdWords, gennemgås forretningsmodellens faser trin for trin, idet det i den endelige stillingtagen til et retligt ansvar kan have stor betydning, hvilken rolle henholdsvis annoncøren, og Google har spillet ved udformningen af søgeord og annoncetekst.

Jeg vil undersøge, hvordan EU-Domstolens fortolkning af retsreglerne har påvirket de nationale domstoles afgørelser, herunder om dette har skabt en mere ensartet praksis på området, ikke mindst i et dansk perspektiv hvor retspraksis har udviklet sig drastisk gennem de seneste år.

Med afsæt i Max Planck Instituttets analyse af EU-varemærkesystemet<sup>1</sup> vil jeg undersøge, om det er hensigtsmæssigt at lovgive konkret om varemærkebrug på internettet, eller om det nuværende varemærkesystem generelt virker hensigtsmæssigt og tilfredsstillende for de involverede parter.

## 1.2. Metode

I specialet anvendes den juridiske retsdogmatiske metode, hvorved gældende ret beskrives, analyseres og diskuteres. Dette sker i form af en undersøgelse af lovgivning, praksis og litteratur.

Specialet baserer sig i betydelig grad på fortolkning af retspraksis hvor fokus er rettet mod dansk lovgivning og retspraksis i nært samspil med EU-Domstolens præjudicielle afgørelser. Tysk og amerikansk retspraksis inddrages med det formål at foretage en komparativ analyse og perspektivering af de forskellige retssystemers håndtering af søgeordsbaseret reklame. Australsk retspraksis inddrages til belysning af en konkret problemstilling omkring forbrugervildledning.

## 1.3. Afgrænsning af emnet

Specialets fokusområde er den kendetegnsretlige regulering af søgeordsbaseret reklame på internettet med fokus på reklamefunktionen, Google AdWords. Da søgeordsbaseret reklame hovedsageligt rejser spørgsmål af varemærke- og markedsføringsretlig karakter, vil analysen begrænses til disse normer med fokus på de relevante retsregler for netop denne problemstilling. Hovedvægten vil ligge på den varemærkeretlige analyse. Markedsføringsretlige regler inddrages i det omfang, de er relevante, herunder hovedsageligt ud fra et forretningskendetegnsretligt perspektiv.

Øvrige immaterialretlige problemstillinger, som teknikken omkring Google AdWords medfører, vil af hensyn til specialets omfang ikke blive behandlet nærmere.

I relation til udbyder af søgetjenestens (Googles) potentielle ansvar behandles desuden e-handelsdirektivets ansvarsfritagelsesregel for medvirkensansvar, hvilket dog afgrænses til ikke at omfatte de nationale regler for medvirken.

---

<sup>1</sup> Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System, Max Planck Institute

Tysk, amerikansk og australsk retspraksis inddrages kun i det omfang det er nødvendigt for at sammenligne og perspektivere til dansk ret. Specialet vil derfor ikke indeholde en detaljeret gennemgang heraf, ligesom den bagvedliggende lovgivning ikke belyses i større omfang.

## 2. Retsgrundlaget

### 2.1. Introduktion

I takt med teknologiens udvikling og den verdensomspændende udbredelse af internettet opstår der hele tiden nye former for brug af forretningskendetegn. Dette giver anledning til nye kendetegnsretlige problemstillinger, idet ældre lovgivning skal forsøges tilpasset nutidens teknologi og de mange nye muligheder for markedsføring, som dette har medført. De kendetegnsretlige regler har samme gyldighed på internettet såvel som i den fysiske verden. Annoncørers brug af søgeordsreklamer på internettet er derfor underlagt de kendetegnsretlige regler, herunder primært reglerne i varemærkeloven og markedsføringsloven.

Nedenfor vil jeg redegøre for varemærkeretten og markedsføringsretten i et generelt perspektiv, hvorefter jeg i kapitel 5 vil fokusere konkret på den kendetegnsretlige regulering af Google AdWords.

### 2.2. Varemærkeret

#### 2.2.1. Varemærkets funktioner

Et varemærkes fornemmeste opgave er at forestå kommunikation mellem en virksomhed og omverdenen. Et varemærke fungerer som bindeled mellem virksomheden og dens kundekreds, således at varens oprindelse umiddelbart kan konstateres af kunden. Dette kaldes varemærkets *oprindelsesfunktion*. Herved undgår kunder at forveksle varer, der stammer fra forskellige producenter. Varemærket skal ikke nødvendigvis i sig selv angive producenten eller udbyderens identitet og hjemsted, men derimod gøre opmærksom på, at varen oprinder i samme sted som andre lignende varer, som bærer det samme mærke.<sup>2</sup>

En anden vigtig funktion, som potentielt er tilknyttet et varemærke, er *garantifunktionen*. En sådan funktion opnås bl.a., hvis varer af samme mærke bevarer en ensartet kvalitet samt opnår en vis udbredelse på markedet. Her vil varemærket i sig selv fortælle kunden om varens kvalitet, og mærket vil opfattes som en slags garanti for, at man køber et godt produkt.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Trzaskowski, Jan, m.fl. (2012) p. 349

<sup>3</sup> ibid

Når et varemærke anvendes som led i markedsføring, og den erhvervsdrivende formår at distancere sig fra andre virksomheders varemærker, vil varemærket tillige besidde en *reklamefunktion*, som bl.a. styrkes af den til varemærket opbyggede goodwill.

Selvom varemærker i deres typiske skikkelse blot er symboler som, når de er løsrevet fra deres konkrete erhvervsmæssige miljø, er uden selvstændig betydning eller værdi, er det alligevel muligt for varemærker, udover kendetegnsfunktioner, at opnå besiddelse af en selvstændig værdi (egenværdi). Dette indebærer, at det er varemærket i sig selv og ikke den bagvedliggende vare, som efterspørges af aftagerne, idet varemærket har fået en værdi, som rækker ud over det konkrete erhvervsmæssige miljø, hvori det er oparbejdet. Varemærker med egenværdi giver så meget desto mere behov for en effektiv varemærkeretlig beskyttelse, og dette er da også ankerkendt via den særlige beskyttelse for velkendte varemærker, som findes i VML § 4, stk. 2, hvor beskyttelsen primært tager sigte på varemærkets goodwill, heri implicit dets reklame- og kommunikationsfunktion.<sup>4</sup>

I Danmark nyder varemærker hovedsageligt beskyttelse i Varemærkeloven<sup>5</sup> (VML), som gennemfører EU-Varemærkedirektivet.<sup>6</sup> I det følgende vil jeg foretage en kort gennemgang af den stærke internationale indflydelse, som er kendetegnet for varemærkeretten.

## 2.2.2. Varemærkeretten i et internationalt perspektiv

Varemærkeretten er en af immaterialrettens ældste discipliner, og den første egentlige varemærkelov blev til i 1880, som dog kort tid efter blev revideret på baggrund af et nordisk samarbejde i 1890. Omend den nordiske dimension fortsat er væsentlig, er det i dag EU-retten og samarbejdet forbundet hermed, som er styrende for udviklingen af dansk varemærkeret.

### 2.2.2.1. EU-varemærkeret

VML er baseret på varemærkedirektivet, og det er udover en sådan harmonisering af medlemsstaternes lovgivning, lykkedes at skabe en egentlig fælles EU-varemærkeforordning.<sup>7</sup> Varemærkeforordningen etablerede et fælles EU-retligt varemærkesystem, hvor man ved registrering kan opnå varemærkeret i alle medlemslande under ét. Etableringen af det fælles EU-varemærkesystem var bl.a. motiveret af ønsket om at skabe et velfungerende fælles marked inden for EU.<sup>8</sup> Såvel dansk retspraksis, såvel som EU-domstolens retspraksis har derfor stor betydning for dansk varemærkeret.

---

<sup>4</sup> Schovsbo og Rosenmeier (2013) p. 492.

<sup>5</sup> LBK 109/24.1.2012 med senere ændringer

<sup>6</sup> Direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker. (Kodificeret udgave: Direktiv 2008/95/EF.)

<sup>7</sup> Forordning 40/94 af 20.12.1993 om EU-varemærker – nu kodificeret version nr. 207/2009 af 26.2.2009

<sup>8</sup> Schovsbo og Rosenmeier (2013) p. 470-471

### 2.2.2.2. International varemærkeret

De grundlæggende principper, som gør sig gældende for den internationale varemærkestrategi, stammer fra Pariserkonventionen af 1883, som blev tiltrådt af Danmark i 1894. Konventionen fastlagde nogle basale principper for den industrielle ejendomsret, herunder nationale og udenlandske ansøgers ret til ligebehandling (i artikel 2) og konventionsprincippet (i artikel 4). Endelig omhandlede konventionen nogle særlige og meget bredt formulerede regler om varemærker, hvor det er op til det enkelte konventionsland at udfylde reglerne.

Pariserkonventionen er senere blevet revideret adskillige gange og senest i 1967.<sup>9</sup> Konventionen dækker hele den industrielle ejendomsret og har en tilslutning på ca. 140 originære medlemslande, som dækker over stort set hele den industrialiserede verden. Pariserkonventionen administreres af WIPO i Genève, der er et agentur under FN.

Udover Pariserkonventionen udøves dansk varemærkeret ligeledes under indflydelse af Verdenshandelsorganisationen, WTO, som blev underskrevet i Marrakesh den 15. april 1994. WTO gør sig bemærket ved at være den eneste internationale organisation, der sætter globale regler for den internationale handel nationer imellem.<sup>10</sup> Som annekst til overenskomsten om oprettelse af WTO findes TRIPS aftalen (Trade Related Aspects of Intellectuel Property Right), som fastsætter nogle minimumsregler for beskyttelsen af IP rettigheder, som det er op til det enkelte medlemsland at inkorporere.

Slutteligt skal nævnes at der for så vidt angår international registrering af varemærker siden 1891 har eksisteret et praktisk vigtigt system, nemlig Madrid-Arrangementet, som Danmark, efter mange år udenfor, besluttede at gå ind i via den såkaldte protokol i 1996. Dette skaber mulighed for, at man ved en enkelt international ansøgning kan opnå registrering af et nationalt varemærke i et af de tilsluttede lande, som ansøgeren udpeger jf. art. 2 og 3.<sup>11</sup>

### 2.2.3. Stiftelse af varemærkeret

Et varemærke defineres som *særlige kendetegn for varer eller tjenesteydelser, som benyttes eller agtes benyttet i en erhvervsvirksomhed* jf. VML § 1, 2. pkt. I VML § 2 er begrebet ”særlige kendetegn” nærmere fastlagt.

Som forudsætning for at varemærker kan opnå beskyttelse, er det et krav, at varemærket har fornødent ”særpræg”. Særprægskravet fremgår implicit af VML §§ 1 og ved formuleringen ”særlige kendetegn”, der er ”egnet til at adskille” en virksomheds varer fra andre virksomheder” og eksplicit af VML § 13, jf. § 3, stk. 2 og 3. Kravet er generelt og fundamentalt, og hvorvidt kravet kan anses for opfyldt, skal vurderes under hensyn til alle de relevante faktiske omstændigheder, herunder opfattelsen af mærket

---

<sup>9</sup> Pariserkonventionen blev senest revideret i Stockholm den 14. juli 1967 og Danmark har ratificeret samtlige revisioner.

<sup>10</sup> Kragelund, Christian m.fl. (2005) p. 27.

<sup>11</sup> Schovsbo og Rosenmeier (2013) p. 475

hos en almindelig oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger.<sup>12</sup> Manglende oprindeligt særpræg kan dog efter omstændighederne opnås igennem indarbejdelse jf. VML § 3, stk. 3 og § 13, stk. 3. Kravet om særpræg tjener bl.a. det formål, at forbrugerne kan adskille en virksomheds varer fra andre virksomheds varer. Varemærkeindehaveren skal derfor sikre, at varemærket besidder en eller anden form for særegenhed eller adskillelsesevne (distinktivitet). Særprægslæren tjener desuden det almene formål at sikre, at der ikke kan opnås varemærkeret til almindelige betegnelser og angivelser, hvorfor et varemærke ikke må udgøre en sædvanlig betegnelse for varer eller tjenesteydelser dvs. med andre ord være deskriptivt.<sup>13</sup>

Stiftelse af et varemærke kan i Danmark enten opnås ved ibrugtagning eller registrering jf. VML § 3. Registrering af varemærker kan enten ske nationalt med gyldighed i Danmark eller via et af de internationale registreringssystemer - EF-varemærket og Madrid-Protokollen.

For så vidt angår stiftelse af varemærker ved ibrugtagning, har internettets udbredelse bl.a. medført, at rettigheder til et varemærke også kan stiftes ved, at varemærket tages i brug på internettet, ligesom brugspligten for registrerede varemærker kan opfyldes ved brug på internettet.<sup>14</sup>

I praksis inddeles varemærker i ordmærker, figurmærker og vareudstyrmærker. Ordmærkerne udgør 2/3 af de samlede registrerede varemærker og er derfor i praksis de vigtigste varemærker.<sup>15</sup> Et ordmærke består udelukkende af bogstaver og/eller tal i en almindelig skrifttype og giver eneret til ordet, uanset i hvilken udformning det anvendes. Ordmærker er derfor genstand for den bredeste beskyttelse. Nærværende speciale er koncentreret omkring ordmærker og deres anvendelse i forbindelse med markedsføring på internettet.

## 2.2.4. Beskyttelsens indhold

### 2.2.4.1. Eneretsprincippet

Den beskyttelse, som en varemærkeindehaver opnår ved registrering eller ibrugtagning, er nærmere fastlagt i VML §§ 4-6. Grundprincippet følger af VML § 4, stk. 1, hvorefter en varemærkeindehaver kan forbyde andre, der ikke har hans samtykke at gøre *erhvervsmæssig brug* af tegn, der er identiske med eller ligner varemærket, såfremt denne brug vedrører varer eller tjenesteydelser af samme eller lignende art som dem, der er omfattet af varemærkeretten.

Formålet med eneretsprincippet er således at forbyde andre end indehaveren af varemærket, uden dennes samtykke, at gøre brug af varemærket i forretningsøjemed.

---

<sup>12</sup> Schovsbo og Rosenmeier (2013) p. 502

<sup>13</sup> Schønning, Peter m.fl. (2009) p. 168

<sup>14</sup> Trzaskowski, Jan, m.fl. (2012) p. 360

<sup>15</sup> Wallberg, Knud (2008) p. 19.



Udstrækningen af eneretten er, af hensyn til en sund konkurrence, naturligvis ikke uden begrænsninger. Ifølge VML § 5, nr. 1 kan indehaveren således ikke forbyde andre at gøre erhvervmæssig brug af deres eget navn og egen adresse, såfremt det sker i overensstemmelse med god markedsføringskik. Dette medfører navnlig, at brugen skal ske med respekt for MFL §§ 1 og 18, som jeg vil redegøre nærmere for i det følgende afsnit.

Efter VML § 5, nr. 2 gælder det tilsvarende, at indehaveren ikke kan forbyde andre at gøre loyal brug af *angivelser vedrørende varens art, beskaffenhed, værdi og geografiske oprindelse*, ligesom angivelser vedrørende tidspunktet for varens fremstilling eller præsentation heller ikke kan forbydes.

VML § 5, nr. 3, bestemmer at andre har adgang til at benytte varemærket, ”når dette er nødvendigt for at angive anvendelsen af en vare eller tjenesteydelse, navnlig som tilbehør eller reservedele”. Reglen har stor betydning for selvstændig produktion af reservedele og tilbehør, idet sådanne producenter er afhængige af at kunne henvise til hovedproduktet, som delene passer til.

Af VML § 6 følger det, at varemærkeindehaverens eneret konsumeres for så vidt angår de konkrete varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført inden for De Europæiske Fællesskaber under dette mærke.

Som supplement til VML har en yderligere begrænsning vundet indpas gennem nyere tid. Ifølge national og international lovgivning og praksis har man nu en vis adgang til at benytte andres varemærker i forbindelse med sammenlignende reklame. Dette er hjemlet i MFL § 5, som gennemfører EF-direktivet om vildledende reklame.<sup>16</sup>

### **2.2.5. Erhvervmæssig brug ”for varer eller tjenesteydelser”**

Som det fremgår af VML § 4, stk. 1 er eneretten begrænset til en *erhvervmæssig brug* af mærket som kendetegn. Erhvervmæssig brug indebærer jf. VML § 4, stk. 3, eksempelvis at anbringe varemærket på varer eller deres emballage, at udbyde varerne til salg under det pågældende varemærke, at markedsføre dem eller oplagre dem med dette formål eller at importere eller eksportere varer under det pågældende mærke. Erhvervmæssig brug forekommer ligeledes ved anvendelse af tegnet på forretningspapir eller i reklameøjemed.

### **2.2.6. Velkendte varemærker**

Velkendte varemærker er i varemærkeretten en kategori for sig og udgør en vigtig undtagelse til hovedreglen om, at mærkerne skal vedrøre samme eller lignende vareart. Velkendte varemærker er i varemærkedirektivet genstand for en særlig beskyttelse efter art. 5, stk. 2, og det er op til den enkelte medlemsstat, om man ønsker denne særlige beskyttelse implementeret. Dette har alle medlemsstater ønsket, og EU-domstolen har bestemt, at en sådan beskyttelse skal være direktivkonform.

---

<sup>16</sup> Wallberg, Knud (2008) p. 28

I Danmark er varemærkedirektivets art. 5, stk. 2 implementeret i VML § 4, stk. 2, som bestemmer, at varemærker, der er velkendte her i landet, nyder beskyttelse også overfor en uhjemlet brug, der vedrører varer eller tjenesteydelser, *af anden art* såfremt brugen vil medføre en ”utilbørlig udnyttelse af varemærkets særpræg eller renommé” eller skade særpræget eller renomméet. Beskyttelsen er altså ikke begrænset til tilfælde, hvor der er risiko for forveksling.

Kravet, om at et varemærke skal være *velkendt her i landet*, indebærer ikke, at varemærket nødvendigvis skal være kendt i *hele* landet. Ifølge EU-Domstolens dom i General Motors v. Yplon<sup>17</sup> skal varemærket derimod være ”kendt af en betydelig del af den offentlighed, der er relevant for de varer eller tjenesteydelser, der er dækket af mærket”. Der sigtes altså primært til varens normale omsætningskreds, og det er ikke en betingelse at varemærket er internationalt kendt.

Baggrunden for at fravige hovedreglen er, at visse varemærker har et særligt behov for en beskyttelse, der rækker ud over konkurrencerelationen. Det er tilfældet for de velkendte og stærkt indarbejdede varemærker, som har en bekendthedskvalitet og egenverdi, der frister til illoyal udnyttelse. En sådan udnyttelse kan have store konsekvenser for varemærkeindehaveren, idet en ukontrolleret anvendelse af varemærket også for artsfremmede varer kan medføre, at der sker en udvanding af varemærkes bekendthedskvalitet. Selvom der ikke er fare for, at der sker en aktuel vare- eller virksomhedsforveksling, kan varemærket alligevel miste dets kommercielle særpræg, idet forbrugere kan foranlediges til at tro, der er en sammenhæng mellem mærkerne.<sup>18</sup>

### 2.3. Markedsføringsret

En sund markedøkonomi forudsætter, at udbydere af varer og tjenesteydelser kan formidle oplysninger om deres ydelser til aftagerne (kommerciel kommunikation). Dette må ligeledes kunne ske på hensigtsmæssig vis, så udbyderen kan henvende sig til mange potentielle kunder på én gang (reklamen).<sup>19</sup>

Udgangspunktet i Danmark er, at alle er berettiget til at markedsføre sine varer og tjenesteydelser, og en indskrænkning af denne ret forudsætter lovhjemmel eller overskridelse af generalklausulens krav om god markedsføringsskik<sup>20</sup> jf. nærmere herom i afsnit 2.3.4.

Markedsføringsrettens primære funktion er at sikre, at konkurrence mellem erhvervsdrivende sker på loyal vis med det formål at aftagere af produkter kan træffe rationelle valg på baggrund af pris, service og kvalitet. Dette er en forudsætning for effektiv konkurrence på markedet.

Som juridisk disciplin læner markedsføringsretten sig op af immaterialretten og konkurrenceretten, og der er ofte et samspil mellem disse regelsæt.

---

<sup>17</sup> sag C-375/97

<sup>18</sup> Schovsbo og Rosenmeier (2013) p. 551-560 som reference til den samlede beskrivelse af velkendte varemærker

<sup>19</sup> Mortensen og Steinicke (2011) p. 211.

<sup>20</sup> *ibid.*

### 2.3.1. Markedsføringsloven

### 2.3.2. Indledning

Den nugældende markedsføringslov<sup>21</sup> (MFL) indebar en modernisering af den gamle markedsføringslov og en sammenlægning med prismærkningsloven. Den første markedsføringslov fra 1979 var inspireret af tilsvarende svenske og norske regler, og de grundlæggende hensyn bag MFL var forudsætningen om en fælles interesse mellem forbrugere og erhvervsdrivende i at erhvervsdrivende handler i overensstemmelse med god markedsføringsskik.

MFL går ind og fastsætter de generelle adfærdsnormer på markedet for at sikre, at erhvervsvirksomhed drives tilbørligt og rimeligt. Dette sker både under hensyn til konkurrenter og andre erhvervsdrivende, som til forbrugere og almene samfunds-interesser. Bestemmelserne i MFL suppleres af en lang række bestemmelser i speciallovgivningen, hvorfor MFL, herunder især kravet om god markedsføringsskik og vildledningsforbuddet, fungerer som opsamlings- og residualbestemmelser.

### 2.3.3. Lovens anvendelsesområde

MFL finder anvendelse på privat erhvervsvirksomhed samt på offentlig virksomhed i det omfang, der udbydes varer og tjenesteydelser på markedet jf. MFL § 2. Loven tager sigte på ”enhver handling foretaget i erhvervsøjemed”, hvilket indebærer, at alle handlinger lige fra den indledende reklame over produktion, distribution og salg og til den efterfølgende service og inkasso. Det er ligeledes uden betydning, at den erhvervsdrivende opnår eller søger at opnå personlig økonomisk vinding, så længe det sker i erhvervsøjemed.<sup>22</sup>

### 2.3.4. Generalklausulen i MFL § 1

I MFL § 1 findes den såkaldte generalklausul, som bestemmer, at erhvervsdrivende, der er omfattet af loven, skal udvise *god markedsføringsskik* under hensynstagen til forbrugere, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser. Ud over at fastlægge lovens anvendelsesområde bestemmer generalklausulen, at erhvervsdrivende ikke må foretage handlinger ”som strider mod god markedsføringsskik”, hvilket begreb er udtryk for en retsstandard. Herved forstås, at der er tale om en retsregel, der gør brug af en ufuldstændig normering, hvilket efterlader retsfortolkeren med et vist skøn, som skal harmonere med den til enhver tid gældende retsopfattelse.<sup>23</sup>

Den forholdsvist store fleksibilitet, som MFL § 1 besidder, giver derfor mulighed for hele tiden at anvende bestemmelsen på nye tiltag og teknikker mv., som ikke kunne forudses på tidspunktet for bestemmelsens indførelse. Bestemmelsen ses derfor tit påberåbt subsidiært i retssager, hvor andre mere snævert formulerede regler er kommet

---

<sup>21</sup> jf. lovbekendtgørelse nr. 58 af. 20/01/2012 (hvis seneste udgave stammer fra lov nr. 1389 om markedsføring af 21. december 2005)

<sup>22</sup> Møgelvang Hansen, Peter m.fl.(2011) p. 27

<sup>23</sup> Mortensen og Steinicke (2011) p. 273

til kort overfor teknologiens udvikling. Dette er netop tilfældet i relation til Google AdWords, hvor MFL ofte påberåbes som supplement til VML.

### 2.3.5. Kendetegnensrettens generalklausul MFL § 18

Udover generalklausulen i MFL § 1 indeholder MFL § 18 den såkaldte ”lille generalklausul” også kaldet *kendetegnensrettens generalklausul*. MFL § 18 bestemmer, at erhvervsdrivende ikke må benytte forretningskendetegn og lignende, der ikke tilkommer dem, eller benytte andre kendetegn på en måde, der er egnet til at fremkalde forveksling med andres.

Bestemmelsen omfatter i princippet alle forretningskendetegn, men får dog kun selvstændig betydning overfor en mindre gruppe af forretningskendetegn, idet mange af disse tillige er omfattet af specialreglerne i varemærkeretten og virksomhedsnavneretten. Hvor varemærkeretten og virksomhedsnavneretten principielt indrømmer landsdækkende rettigheder kan beskyttelse efter MFL § 18 være begrænset til et mindre område.<sup>24</sup>

I sager vedrørende krænkelse af forretningskendetegn ser man derfor ofte, at der procederes på såvel MFL § 18 som på de kendetegnsretlige specialregler.

## 3. Google AdWords

### 3.1. Indledning

I nærværende kapitel foretages en teknisk fremstilling af reklamefunktionen ”Google AdWords”, som er den største udbyder af søgeordsbaseret reklame. Tæt forbundet med problemstillingen omkring AdWords er det internetrelaterede fænomen *meta tagging*, som der kort redegøres for sidst i kapitlet.

### 3.2. Søgeordsbaserede reklamer generelt

Omend terminologien ikke er helt klar, dækker betegnelsen ”søgeordsbaseret reklame” generelt over reklamemodeller, hvor udbyderen af en søgetjeneste tilbyder erhvervsdrivende (annoncører) at registrere søgeord, som, når de indtastes i søgefeltet af internetbrugere, udløser en reklame for den erhvervsdrivende (annoncøren).<sup>25</sup> Dette betegnes i international sammenhæng som ”*keyword advertising*”. Det mest kendte eksempel på denne reklamemodel er som sagt Google AdWords, som da også var aktuel i den første og banebrydende præjudicielle afgørelse afsagt af EU-domstolen i de forenede sager C-236/08 – C238/08 ”Google AdWords”. Forelæggelsen for EU-domstolen var resultatet af en række ensartede sager i Frankrig, for hvilke der herskede stor usikkerhed om, hvordan problemstillingen retligt set skulle håndteres. Denne usikkerhed viste sig at være aktuel såvel i Danmark som i en række andre lande.

---

<sup>24</sup>Møgelvang Hansen, Peter m.fl. (2011) p. 299

<sup>25</sup>Trzaskowski, Jan (2012) p. 369

### 3.3. Google AdWords

Google driver og ejer den største og mest brugte søgemaskine på internettet i den vestlige verden.<sup>26</sup> Som udbyder af en søgemaskine er Googles fornemmeste opgave at finde de mest relevante sider på internettet baseret på de søgeord, som internetbrugeren indtaster i søgefeltet. Søgemaskinen fungerer således, at når en internetbruger ved hjælp af et eller flere ord foretager en søgning, fremkommer søgemaskinen med en liste over forslag til websteder, som svarer bedst til disse ord. Disse søgeresultater kaldes de organiske eller naturlige resultater, og fremkommer i venstre side i en lang liste med de mest relevante resultater fra oven.

Udover de naturlige søgeresultater ses Googles AdWords annoncer, som blev introduceret af Google i 2002.<sup>27</sup> Mod betaling fra brugerne af ydelsen giver Google erhvervsdrivende, som hos Google har registret et eller flere søgeord, mulighed for at få vist et salgsfremmende link til deres websider, når en internetbruger søger på netop dette søgeord i søgemaskinen. Det salgsfremmende link bliver vist i højre side af skærmen ved siden af de naturlige søgeresultater samt øverst oppe i venstre side ovenover de naturlige søgeresultater.<sup>28</sup> Google AdWords er altså Googles annoncepladser, ligesom det er Googles indtjeningskilde. I 2010 beløb Googles indtægt på baggrund af AdWords-annoncer, sig til hele 28 milliarder USdollars, hvorfor der er store kommercielle interesser på spil for Google.<sup>29</sup>

Helt lavpraktisk består AdWords af et søgeord, en annoncetekst, en klikpris, en destinationsside og et budget. I det følgende redegøres nærmere for disse begreber.

#### Søgeord

Et søgeord er det ord, man skriver i Googles søgefelt, fx handsker. Man kan også vælge at sætte flere søgeord sammen til en sætning, fx ”billige læder handsker”. For at få størst udbytte af søgeordene, er det helt afgørende, at valget af søgeord præciseres til netop ens eget forretningsområde. Dette er bl.a. begrundet med, at det er en robot, som er bag Google. Robotten er bygget til at finde så mange resultater som overhovedet muligt, herunder selvfølgelig de mest relevante i forhold til annoncørens forretningsområde.

Google spiller ikke nødvendigvis en passiv rolle i forbindelse med udvælgelse af søgeord, idet Google stiller hjælpeværktøjet ”KeywordTool” til rådighed for annoncøren. På Googles hjemmeside er hjælpeværktøjet beskrevet som følgende: ”Type in a word or phrase, or website name. Tool will show you a list of similar keywords with a count of how often each word is searched. The competition column shows words advertisers think have most value.”<sup>30</sup> Ud fra annoncørens kriterier foreslår Google

---

<sup>26</sup> Smith, Jon (2009) p. 6

<sup>27</sup> ibid. p. 15

<sup>28</sup> jf. bilag 1

<sup>29</sup> Lopez-Tarruella, Aurelio (Jeremy Philips) (2012) p. 40

<sup>30</sup> <http://www.googlekeywordtool.com>

altså lignende søgeord, herunder også andres varemærker, som annoncøren kan knytte til netop sin annonce.

Når søgeordene er udvalgt, bliver disse automatisk sat i fleksibel søgning af Google, også kaldet broad match. Det betyder, at Google finder alle kombinationer af disse ord. Hvis annoncøren eksempelvis har valgt søgeordet handsker, vil annoncen også blive vist, når en bruger søger på læderhandsker, arbejdshandsker eller cykelhandsker. Man kan dog vælge, at et søgeord kun skal benyttes i eksakt match, hvilket betyder, at annoncen udelukkende bliver vist, når en bruger søger på ordet handsker og intet andet.

### Annoncen

Næste skridt er udarbejdelse af en annoncetekst. Google har opsat nogle retningslinjer for, hvad en annoncetekst må indeholde og hvor meget den må fylde. Eksempler på Googles retningslinjer er som følgende:

- Priser i annoncen skal også fremgå på det websted, der ledes til.
- Anvend ikke andres varemærker.
- Undgå at reklamere for ulovlige produkter eller ydelser.
- Sørg for at Tilbage-knappen fra din side leder tilbage til Google (det gør den som standard).<sup>31</sup>

Annoncen skal bestå af en overskrift og to beskrivelseslinjer a maks. 35 tegn pr. stk. Herudover er det muligt at indtaste to forskellige web-adresser. Den første web-adresse er synlig for forbrugeren, hvorimod den anden er den web-adresse som forbrugeren faktisk føres til, ved at klikke på annoncen.

### Budgettet

Når søgeordene og annonceteksten er på plads skal annoncøren tage stilling til det økonomiske aspekt. Annoncøren skal udarbejde et budget bestående af den maksimale daglige udgift, han ønsker at forpligte sig til samt den højeste pris, han vil betale per klik – den såkaldte ”klik-pris”. Den faktiske pris per klik er resultatet af budprisen sammenholdt med andre annoncørers bud. Den annoncør, som betaler den højeste pris per klik, vil opnå en gunstigere placering under visning af annoncen på skærmen. Det er imidlertid ikke prisen alene, der er afgørende for annoncens placering. Ifølge Google er placeringen tillige bestemt af en såkaldt ”quality score”, som er defineret og beregnet af Google. Her kalkuleres ligeledes med antal historiske klik på annoncerne samt relevansen mellem søgeordene og annonceteksten.<sup>32</sup>

Den kendetegnsretlige problemstilling bliver aktuel, når en annoncør køber søgeord, der består af andre erhvervsdrivendes varemærker, for derved at lokke forbrugere til at købe deres egne varer. Man kan sammenligne med den situation hvor man på en restaurant beder tjeneren om en Coca Cola, men tjeneren spørger om man ikke hellere vil have en Pepsi. Her tilbyder tjeneren et alternativ til det mærke, man egentlig efterspurgte, og det er så op til forbrugeren om man ønsker det ene eller det andet mærke.

---

<sup>31</sup> Langborg-Hansen, Kristian, (2008) p. 49-50

<sup>32</sup> Riis, Thomas, (2010) p. 247

Her foreligger naturligvis ikke nogen varemærkekrænkelse, og det er i denne sammenhæng interessant at undersøge, hvorfor det modsatte gøres gældende af varemærkeindehaverne ved søgeordsbaseret reklame.

De kendetegnsretlige konflikter ved Google AdWords adskiller sig fra andre kendetegnsretlige problemstillinger ved, at der er en tredjepart (udbyderen af søgetjenesten) involveret. Dette gør ikke den retlige problemstilling mindre kompleks, idet der dels kan være en retlig konflikt mellem varemærkeindehaveren og annoncøren, dels mellem varemærkeindehaveren og udbyderen af søgetjenesten (Google). Da Google AdWords er en milliard-forretning, er den retlige regulering heraf forbundet med store kommercielle interesser, ikke mindst for Google. Den retlige regulering af søgeordsbaseret reklame vil blive behandlet i det følgende kapitel.

### **3.4. Meta tags**

Meta tags består af en usynlig html-kode, hvis formål er at beskrive indholdet af en hjemmeside. En søgemaskine finder frem til et søgeord ved at afsøge domænenavne, synlig tekst og meta tags på de enkelte hjemmesider. Søgmaskinen finder automatisk frem til de hjemmesider, hvor søgeordet oftest forekommer, enten i den synlige tekst eller i form af meta tags. Meta tags behøver teknisk set ikke at være relateret til indholdet af den hjemmeside, hvori de er indkodet. Dette medfører, at man ved hjælp af meta tags kan bevirke at en søgemaskine finder hjemmesider, som ikke er relateret til det søgeord, som en bruger har indtastet. Konflikter opstår, når en erhvervsdrivende anvender en konkurrents varemærke som meta tags på sin egen hjemmeside, således at den pågældendes hjemmeside fremkommer i søgeresultaterne, når en bruger indtaster varemærket som søgeord i en søgemaskine.<sup>33</sup>

## **4. Kendetegnsretlig regulering søgeordsbaseret reklame**

### **4.1. Indledning**

Retlig regulering af søgeordsbaseret reklame vil i dette kapitel forsøges belyst på baggrund af reglerne i henholdsvis varemærkeloven/varemærkedirektivet, markedsføringsloven og e-handelsdirektivet, hvorefter jeg i kapitel 7 vil foretage en gennemgang og analyse af relevant retspraksis.

### **4.2. Den varemærkeretlige beskyttelse**

Hvor der i kapitel 3 blev givet et overordnet indblik i VMLs regler, vil jeg i det følgende foretage en gennemgang og analyse af de varemærkeretlige regler, som er af særlig relevans for problemstillingen omkring søgeordsbaseret reklame.

De relevante bestemmelser findes i VML §§ 4-6. Den danske varemærkelov skal fortolkes i overensstemmelse med varemærkedirektivet, hvor de relevante bestemmelser

---

<sup>33</sup> Schovsbo, Jens m.fl. (2005) p. 208

er art. 5-7. Tilsvarende regulerer varemærkeforordningen brugen af EF-varemærker, hvor de relevante bestemmelser er art. 9, 12 og 13. Bestemmelserne er stort set identiske, hvorfor jeg i det følgende vil tage udgangspunkt i varemærkedirektivets bestemmelser.

Som nævnt er varemærker kendetegnet ved at kunne opnå beskyttelse efter et eneretsprincip, hvor varemærkeindehaveren, under forudsætning af at visse betingelser er opfyldt, kan forbyde andre, som ikke har hans samtykke at gøre erhvervsmæssig brug af:

- 1) et tegn, der er identisk med varemærket, for varer eller tjenesteydelser af samme art som dem, for hvilke varemærket er registreret jf. art. 5, stk. 1, litra a eller
- 2) et tegn, der er identisk med eller ligner varemærket, når de varer eller tjenesteydelser, der er dækket af varemærket, er af samme eller lignende art som dem, der er dækket af det pågældende tegn, og der som følge heraf i offentlighedens bevidsthed er risiko for forveksling, herunder at der er en forbindelse mellem tegnet og varemærket jf. art. 5, stk. 1 litra b.

Art. 5, stk. 1 indeholder hovedreglen for den varemærkeretlige beskyttelse - nemlig forvekslingsprincippet. Om der er risiko for forveksling beror på, om der foreligger såvel mærke-lighed som vare-lighed. Ved mærke-lighed forstås, at varemærkerne er identiske eller ligner hinanden og tilsvarende forstås ved vare-lighed, at der er tale om varer eller tjenesteydelser af samme eller lignende art.

Forvekslingsbedømmelsens to kriterier har en vis indre sammenhæng, idet en høj grad af mærke-lighed mellem to mærker medfører, at der slækkes på kravet til vare-lighed og vice versa. Denne såkaldte produktregel har afsæt såvel i dansk ret som i EU-domstolens praksis.<sup>34</sup> Anvendelsesområdet for art. 5, stk. 1, litra a, er snævrere end for art. 5, stk. 1, litra b, men til gengæld skal varemærkeindehaveren efter ordlyden af litra a, ikke sandsynliggøre en forvekslingsrisiko, idet denne eksisterer per se, når der er identitet mellem såvel varemærker som varer/tjenesteydelser.

Som yderligere betingelse for krænkelse efter varemærkedirektivets art. 5, stk. 1, litra a, er der i Domstolens praksis udviklet nogle fortolkningsmomenter for hvor langt enerettens beskyttelse bør udstrækkes i relation til problemstillingen omkring søgebaseret reklame. Varemærkeindehaverens udøvelse af eneretten bør ifølge Domstolen være begrænset til de tilfælde, hvor tredjemands brug af tegnet gør indgreb eller kan gøre indgreb i varemærkets *funktioner*.<sup>35</sup> Det gælder derfor modsætningsvist, at varemærkeindehaveren ikke kan modsætte sig brug af et tegn, hvis denne brug ikke

---

<sup>34</sup> Schovsbo og Rosenmeier (2013) p. 540

<sup>35</sup> "Google AdWords", præmis 75 jf. sag C-206/01 "Arsenal", præmis 51, C-48/05 "OPEL", præmis 21-22, og sag C487/07 (L'Oréal), præmis 60.



kan gøre indgreb i varemærkets funktioner.<sup>36</sup> Som en gennemgang og analyse af retspraksis vil illustrere senere i specialet,<sup>37</sup> har disse fortolkningsmomenter vist sig at få stor betydning for præcedens.

#### 4.2.1. Velkendte varemærkers beskyttelse i relation til Google AdWords

Velkendte varemærker er i dansk ret genstand for en særlig beskyttelse. Denne beskyttelse udspringer af varemærkedirektivets art. 5, stk. 2, hvoraf det fremgår, at en medlemsstat kan træffe bestemmelse om, at indehaveren kan forhindre tredjemand, der ikke har hans samtykke i at gøre erhvervsmæssig brug af et tegn, der er identisk med eller ligner varemærket, *for varer eller tjenesteydelser af anden art end dem, for hvilke varemærket er registreret*, når varemærket er renommeret i medlemsstaten, og brugen af tegnet uden skellig grund ville medføre en utilbørlig udnyttelse af varemærkets særpræg eller renommé, eller en sådan brug ville skade dette særpræg eller renommé. Da den særlige beskyttelse for velkendte varemærker i dansk ret er direktivkonform, vil EU-Domstolens retspraksis omkring fortolkning af reglernes anvendelse på velkendte varemærker ligeledes være relevant for dansk retspraksis. I EU-retspraksis er det fastslået, at almindelige principper om beskyttelse af velkendte varemærker finder anvendelse i forhold til søgeordsbaserede reklamer.<sup>38</sup> Dette belyses nærmere i kapitel 6.

#### 4.2.2. Begrænsninger i varemærkeindehaverens ret til beskyttelse

Udstrækningen af enerettens beskyttelse begrænses af hensynet til bl.a. en sund konkurrence på markedet, hvilket er hjemlet i varemærkedirektivets art. 6, stk. 1.<sup>39</sup> Varemærkeindehaveren kan herefter ikke forbyde andre at gøre erhvervsmæssig brug af eget navn og adresse, angivelser vedrørende varens eller tjenesteydelsens art, beskaffenhed og mængde mv. samt varemærket når dette er nødvendigt for at angive anvendelsen af en vare eller tjenesteydelse, navnlig som tilbehør eller reservedele. I forhold til problemstillingen omkring søgeord på internettet kom dette bl.a. til udtryk i ”Louise-Lego”.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> ”Google AdWords”, præmis 76

<sup>37</sup> Kapitel 5 vil nærmere belyse den i praksis udviklede funktionsanalyse.

<sup>38</sup> ”L’Oréal” præmis 49.

<sup>39</sup> Som svarer til VML § 5

<sup>40</sup> U.2008.372H – ”Louise Lego” Dommen handler om en kvinde ved navn Louise Lego som i 2003 åbnede sit eget galleri ved navn GALLERI LEGO. Højesteret lagde til grund, at ”LEGO er et kraftigt indarbejdet og særdeles velkendt mærke, som har en høj grad af særpræg. Louise Lego er døbt Louise Lego Andersen og har nu taget sit mellemnavn Lego, som slægten har båret i 100 år, som efternavn. Efter VML § 5, nr. 1, er hun berettiget til at anvende sit navn erhvervsmæssigt, når det gøres i overensstemmelse med god markedsføringsskik. Varemærket LEGO er så velkendt, at en umiddelbar association til varemærket er uundgåelig, men på grund af forskellen mellem produkterne er der ikke nogen reel forvekslingsrisiko. Som følge heraf kan Louise Lego anvende betegnelsen GALLERI LEGO og domænenavnet [www.gallerilego.dk](http://www.gallerilego.dk) og bruge *lego* som meta tag og søgeord på internettet, da det ikke sker på en måde, som kan anses for illoyal, utilbørlig eller skadelig i forhold til Lego Holdings varemærke.”

Slutteligt skal varemærkedirektivets art. 7 nævnes idet den på tilsvarende måde begrænser enerettens udøvelse for så vidt angår den brug af varemærker, der finder anvendelse for varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført inden for Fællesskabet under dette varemærke.

### 4.3. Den markedsføringsretlige beskyttelse

De relevante bestemmer på markedsføringsrettens område findes i MFL §§ 1 og 18. Som det vil vise sig i analysen af dansk retspraksis, spiller MFL's bestemmelser en større og større rolle i sager om brug af varemærker som søgeord.

#### 4.3.1. Generalklausulen i MFL § 1

MFL § 1 er i sin skikkelse af en generalklausul relevant i forbindelse med brug af søgeordsbaserede reklamer på internettet, idet den favner bredere end VML's bestemmelser om krænkelse af forretningskendetegn. Som det fremgår af betænkning 1236/1992 om en ny markedsføringslov<sup>41</sup> kan generalklausulen "...benyttes til indgreb mod alle former for uønskværdige salgs- og reklameforanstaltninger samt mod efterligning, snyltning eller anden udnyttelse af andres indsats, urimelige aftalevilkår o.s.v." Da MFL § 1 danner grundlag for en løbende normdannelse og videreudvikling,<sup>42</sup> er den i besiddelse af en vis fleksibilitet, som gør dens anvendelse mulig på nye former for anvendelse af varemærker, som man ikke nødvendigvis havde taget hensyn til ved bestemmelsens udformning. Varemærkeindehaveren kan derfor med fordel påberåbe MFL § 1 som supplement til VML's bestemmelser i sager om søgeordsbaseret reklame.

#### 4.3.2. Kendetegnsrettens generalklausul MFL § 18

MFL § 18 betegnes som *kendetegnsrettens generalklausul* og bestemmer, at erhvervsdrivende ikke må benytte forretningskendetegn og lignende, der ikke tilkommer dem, eller benytte andre kendetegn på en måde, der er egnet til at fremkalde forveksling med andres.

Bestemmelsens første led (adkomstprincippet) finder primært anvendelse på personnavne, mens bestemmelsens andet led (forvekslingsprincippet) er baseret på samme grundprincip som det forvekslingsprincip, der findes i VML.

Bestemmelsen omfatter i princippet alle forretningskendetegn, men får dog kun selvstændig betydning overfor en mindre gruppe af forretningskendetegn, idet beskyttelsen efter MFL § 18 ikke får nogen selvstændig betydning for et kendetegn som allerede er beskyttet efter VML. Her finder VML anvendelse efter princippet om *lex specialis*. MFL § 18 kommer derfor i spil i de tilfælde, hvor et forretningskendetegn ikke er beskyttet efter VML, fx fordi det endnu ikke er taget i brug. Hvor varemærkeretten

---

<sup>41</sup> Betænkning 1236/1992 om en ny markedsføringslov p. 23

<sup>42</sup> *ibid.* p. 23

og virksomhedsnavneretten principielt indrømmer landsdækkende rettigheder, kan beskyttelse efter MFL § 18 være begrænset til et mindre område.<sup>43</sup>

I sager vedrørende krænkelse af forretningskendetegn ser man ofte, at der procederes på såvel MFL § 18 som på de kendetegnsretlige specialregler. Dette har sit naturlige afsæt i at MFL § 18 udtrykker et almindeligt kendetegnsretligt grundprincip. For at opnå beskyttelse efter MFL § 18 er det, ligesom i varemærkeretten, en betingelse, at kendetegnet har særpræg, om end kravene til særpræg formentlig er lidt lavere, end det er tilfældet i varemærkeretten.<sup>44</sup>

#### 4.4. E-handelsret

Problemstillingen omkring søgeordsbaseret reklame på internettet adskiller sig fra andre varemærkeretlige problemstillinger ved at involvere en tredje part som et muligt ansvarsobjekt. Udbyderen af søge- og annonceringsydelsen, fx Google, spiller en interessant rolle, fordi Google bevidst udbyder andres varemærker til salg som søgeord. Google går endog så vidt, som at foreslå annoncører, at bruge andres varemærker som søgeord, idet populære søgeord, herunder andres varemærker, automatisk bliver anbefalet i Googles KeywordTool afhængig af annoncørens indtastede kriterier.

I det omfang det efter nationale regler vurderes, at Google ifalder et medvirkensansvar for det materiale som en annoncør har oplagret på Googles server, kommer e-handelsdirektivet<sup>45</sup> og e-handelsloven<sup>46</sup> i spil, idet det herefter er relevant at undersøge, om Google er omfattet af e-handelsdirektivets ansvarsfritagelsesregler.

Den relevante bestemmelse er e-handelsdirektivets art. 14 om oplagring (*hosting*), som vedrører den situation, hvor formidleren ”hoster” information på vegne af tredjemand. Ifølge art. 14, stk. 1 pådrager en tjenesteyder sig ikke ansvar overfor information oplagret på anmodning af tjenestemodtager forudsat, 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. Herudover påhviler det tjenesteyderen, fra det øjeblik hvor han får et sådant kendskab, straks at tage skridt til at fjerne information eller hindre adgangen til den.<sup>47</sup>

Tjenesteyderens rolle må, for at falde ind under ansvarsfrihedsbestemmelsen, være neutral og ikke aktivt medvirke til den ulovlige aktivitet eller information.<sup>48</sup> Herudover påhviler det tjenesteyderen at reagere, så snart han får kendskab til en ulovlig aktivitet. Hertil skal dog bemærkes, at tjenesteyderen ikke er underlagt nogen generel overvågningsforpligtelse jf. e-handelsdirektivets § 15.

---

<sup>43</sup> Møgelvang Hansen, Peter m.fl.(2011) p. 299

<sup>44</sup> Schovsbo og Rosenmeier (2013) p. 593

<sup>45</sup> Direktiv 2000/31 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (e-handelsdirektivet)

<sup>46</sup> Lov 2002-04-22 om tjenester i informationssamfundet herunder visse aspekter af elektronisk handel (e-handelsloven) (som gennemfører dele af e-handelsdirektivet)

<sup>47</sup> E-handelsdirektivet art 14, stk. 1.

<sup>48</sup> ”Google AdWords” præmis 114

## 5. Google AdWords i lyset af retspraksis

### 5.1. Introduktion

Søgeordsbaseret reklame har gennem de seneste år været genstand for megen debat i takt med udbredelsen af markedsføring på internettet. I dansk ret har søgsmålene hidtil været koncentreret om forholdet mellem varemærkeindehaveren og annoncøren. Denne retlige konflikt vil i nærværende kapitel blive belyst gennem dansk retspraksis efterfulgt af en perspektiverende angivelse af den tilsvarende retlige håndtering i Tyskland og USA. Jeg vil i forlængelse heraf foretage en komparativ analyse af retspraksis med det formål at skitsere den forskel, der måtte være mellem retstilstanden internt i Europa og mellem Europa og USA.

I afsnit 5.3 vil jeg belyse retspraksis for så vidt angår forholdet mellem varemærkeindehaveren og udbyderen af søgetjenesten (Google). Om end en sådan retlig konflikt endnu ikke har været aktuel hos de danske domstole, er konflikten højaktuel andre steder i Europa samt i USA. På baggrund af en analyse af tysk, amerikansk og EU-Domstolens retspraksis, vil jeg belyse søgetjenesters ansvar i deres egenskab af internet service providers, hvortil jeg i afsnit 5.3.5. vil drøfte muligheden og behovet for en konkret retlig regulering af søgeords-baseret reklame.

### 5.2. Annoncørers ansvar overfor varemærkeindehaveren

#### 5.2.1. Dansk retspraksis

Dansk retspraksis er forholdsvis sparsom, når det kommer til søgeordsbaseret reklame. Et af de tidligste typetilfælde af særlig internetrelateret varemærkebrug er angiveligt brug af varemærker som meta-tags. Om end denne form for varemærkebrug ikke længere er af væsentlig praktisk betydning, har retsstillingen og dennes udvikling alligevel bidraget med nogle grundprincipper, som senere skulle vise sig at få indflydelse på bedømmelsen af nye former for varemærkeretlige problemstillinger på internettet. Jeg vil derfor inddrage ældre praksis i det omfang, det kan være med til at kaste lys over domstolens retlige håndtering af Google AdWords frem til den første præjudicielle forelæggelse for EU-domstolen.

#### *Højesterets dom af 11. februar 2003, omtalt i Ufr 2003.1020H – ”Melitta”*

*En af de første gange domstolene blev præsenteret for problemstillingen omkring forretningskendetegn på internettet angik en tvist mellem kaffemaskineproducenten Melitta (M) - og den til Melitta konkurrerende virksomhed Coffilter (C). Sagen angik flere forskellige krænkelser i henhold til varemærkeloven, men interessant for dette speciale var spørgsmålet om, hvorvidt den konkurrerende virksomhed krænkede M's eneret til varemærket ”Melitta” ved at anvende ordet MELITTA som søgeord og som meta tags og usynlig tekst på C's hjemmeside.*

Sø- og Handelsretten fandt, at brugen af varemærket *Melitta* på de anførte måder indebar en overtrædelse af VML § 4, idet varemærket blev anvendt med det formål at

lede brugere af internettet hen til oplysninger om C's virksomhed og konkurrerende produkter.

Højesteret stadfæstede Sø- og Handelsrettens forbud mod anvendelse af *Melitta* som søgeord mv. på internettet. Dommen er interessant, idet domstolene ved deres første stillingtagen til anvendelsen af varemærker som søgeord, meta tags og skjult tekst lægger ud med et forholdsvist klart budskab om, at denne form for varemærkebrug er i strid med VML § 4 og kan forbydes af indehaveren af varemærket.

### ***Sø- og handelsrettens dom af 21. februar 2002 omtalt i Ufr 2002.1056/2S "Bynet"***

Ca. 3 år efter Sø- og Handelsrettens stillingtagen til "Melitta" meldte problemstillingen omkring brug af forretningskendetegn på internettet sig igen.

*Denne dom angik BYNET.DK (B) og Slagelsetryk A/S (S), som drev hver deres hjemmeside med annoncer, lokalnyheder med videre. B havde registreret domænenavnet BYNET.DK og ord- og figurmærket BYNET.DK. S's mærke bynet-slagelse.dk indeholdt de samme tegn som B's mærke blot med bynavnet Slagelse indsat efter en bindestreg.*

Sø- og Handelsretten fandt, at der forelå både vare-lighed og mærke-lighed, og S var som følge heraf uberettiget til at anvende BYNET i forbindelse med markedsføring via sin hjemmeside samt til at anvende elementet BYNET som søgeord i de til hjemmesiden hørende underliggende meta tags eller i andre dele af kildekoden.

Dommens begrundelse og afgørelse harmonerer med resultatet i "Melitta", idet Sø- og Handelsretten også her er forholdsvist klar i sin udmelding.

### ***Højesterets kendelse af 13. oktober 2009 omtalt i Ufr U.2010.228H "Skoda"***

Interessant er det herefter at se nærmere på denne højesteretsdom, som må siges at give et noget sløret billede af den ellers umiddelbart klare retstilstand omkring brug af varemærker på internettet.

*Nærværende sag drejede sig om at sagsøgte, Skandinavisk Motor Co. A/S (S), registrerede "Skoda" og andre Skoda-varemærker som søgeord på internettet, uagtet at sagsøger, HE-House A/S m.fl.(H), havde varemærkerettigheder i Danmark til ordmærket "Skoda" og andre Skoda-varemærker.*

*Hovedspørgsmålet var, om S's registrering af H's varemærker som reklameudløsende søgeord på internettet indebar en krænkelse af varemærkeretten. Her skulle Højesteret for første gang tage særskilt stilling til denne form for brug af et varemærke.*

*Til sit forsvar gjorde S gældende, at der ikke var tale om "erhvervsmæssig brug" efter VML § 4, ligesom brugen af mærkerne var nødvendig og derfor også tilladt efter VML § 5, nr. 3.*

I overensstemmelse med byrettens afgørelse fandt Højesteret, at betingelserne for at nedlægge fogedforbud mod S's registrering af H's varemærke, som søgeord hos søgetjenester på internettet ikke var opfyldt.

Af Højesterets flertals<sup>49</sup> begrundelse og resultat fremgår det, at der var tale om fortolkningssspørgsmål, som skulle afgøres af EU-domstolen, og retten fandt derefter ikke grundlag for at udsætte fagedforbudssagen med henblik på at afvente EU-domstolens afgørelser i de verserende sager.

Modsat de forudgående domme var Højesteret i ”Skoda” altså ikke tilbøjelig til at nedlægge forbud mod brugen af søgeordsreklamer på internettet, og fandt at der var en sådan tvivl om fortolkningen af varemærkedirektivets art. 5, at der hverken kunne statuere overtrædelse af VML eller MFL.

### **5.2.2. Udgangspunktet i dansk retspraksis indtil EU-domstolens stillingen**

Med ”Melitta” og ”Bynet” som forløbere for dansk regulering af varemærker på internettet, var retstilstanden forholdsvis klar: Brug af varemærker som registreret søgeord, meta tags og anden lignende anvendelse indebar en overtrædelse af VML.

Som Thomas Riis observerer i sin artikel om søgeordsbaseret reklame,<sup>50</sup> sondrede domstolene på daværende tidspunkt tilsyneladende ikke mellem de forskellige former for brug af varemærker, idet brug som meta tags, registreret søgeord o.l. blev behandlet under et, således at man ikke af den enkelte afgørelse kunne udlede, hvorvidt blot en af disse former for brug ville udgøre en krænkelse af VML.

Dette billede ændrede sig imidlertid drastisk med Højesterets afgørelse i ”Skoda”, hvor Højesteret for første gang skulle tage stilling til den retlige regulering af søgeordsbaseret reklame, herunder Google AdWords. På baggrund af en sådan tvivl omkring fortolkningen af VML § 4 og § 5, nr. 3 var problemstillingen i ”Skoda” ikke genstand for en egentlig behandling, idet Højesteret valgte at frifinde sagsøgte med henblik på at afvente EU-Domstolens afklaring af problemstillingen.

Generelt kan man om det tidlige stadie af dansk retspraksis efter ”Skoda” ikke udlede nogen konkrete fortolkningsmomenter til den varemærkeretlige analyse af annoncørers ansvar for søgeordsbaserede reklamer, hvorfor tidlig retspraksis ikke bør tillægges større vægt.

### **5.2.3. Tysk retspraksis**

Retlig regulering af varemærker er i Tyskland baseret på German Trade Marks Act og ligesom i Danmark, blev brug af varemærker som meta tags anset for at være en krænkelse af varemærkeretten med den konsekvens, at en sådan brug kunne forbydes af varemærkeindehaveren jf. sagen ”Impuls”<sup>51</sup>, som gjorde endeligt op med den retlige regulering af meta tags. Introduktionen af søgeordsbaserede reklamer skabte ivrig debat om, hvorvidt principperne i ”Impuls” ligeledes skulle finde anvendelse på søgeordsbaseret reklame med den konsekvens, at dette per se er en krænkelse af varemær-

---

<sup>49</sup> Den ene dissenderende dommer (ud af i alt fem dommere) fandt, at brugen af søgeord udgjorde en krænkelse af varemærkeretten.

<sup>50</sup> Riis, Thomas, (2010) p. 249

<sup>51</sup> Impuls I ZR 183/03, Oberlandesgericht Frankfurt am Main, case 6 W 17/08, 26 February 2008

keretten. Retspraksis har været noget uklar herom, og på baggrund af sagen ”Banana-bay”<sup>52</sup> valgte Bundesgerichtshof at forelægge en række præjudicielle spørgsmål for EU-domstolen. Den 26. marts 2010 besvarede EU-domstolen de præjudicielle spørgsmål<sup>53</sup>, og German Federal High Court har efterfølgende afsagt endelig dom i sagen, som gennemgås i det følgende.

Konflikten i sagen opstod som følge af at BBY Vertriebsgesellschaft brugte et tegn identisk med Eis.de’s varemærke ”Bananabay” som søgeord hos Google AdWords, hvilket Eis.de påstod, var en krænkelse af dennes varemærkeret.

Af rettens vurdering fremgår det, at annoncøren gjorde brug af tegnet for varer og tjenesteydelser identisk med de varer og tjenesteydelser, for hvilke varemærket var registreret.<sup>54</sup> Der foreligger herefter brug for varer og tjenesteydelser (*varemærkebrug*).<sup>55</sup> Selve brugen af tegnet påvirker dog ikke varemærkets funktioner, herunder oprindelsesfunktionen, idet annoncerne er tydeligt mærket og adskilt.<sup>56</sup> På baggrund heraf vurderede retten, at en almindelig oplyst internetbruger ikke ville finde, at der var en økonomisk forbindelse mellem annoncøren og varemærkeindehaveren.<sup>57</sup>

Dommen tog ikke kun stilling til de varemærkeretlige aspekter, men benyttede også lejligheden til én gang for alle at slå fast, at AdWords og ”meta tags” skal behandles forskelligt, og at søgeordsbaseret reklame ikke per se krænker varemærkeretten.

Dommen er banebrydende for både søgetjenester og annoncører i Tyskland, da afgørelsen er overraskende præcis og bringer en længe ventet klarhed over den retlige regulering af søgeordsbaseret reklame.

#### 5.2.4. Amerikansk retspraksis

Ligesom dansk retspraksis har amerikansk retspraksis været splittet med hensyn til den retlige håndtering af Google AdWords. Retsgrundlaget for krænkelse af varemærker er i USA reguleret af The Lanham Act.

De faktorer, som de amerikanske domstole lægger vægt på ved afgørelsen af, om der kan statueres et ansvar for enten Google eller annoncørerne, minder i høj grad om dem, som anvendes inden for EU-varemærkeretten. For at statuere varemærkekrænkelse under The Lanham Act, må varemærkeindehaveren bevise:

- at han ejer et beskyttet varemærke,
- at varemærket har været genstand for erhvervmæssig brug for varer eller tjenesteydelser, uden varemærkeindehaverens samtykke, og at
- dette skaber forvirring blandt forbrugere<sup>58</sup>

---

<sup>52</sup> Eis.de GmbH mod BBY Vertriebsgesellschaft mbH ”Bananabay”

<sup>53</sup> i sag C-91/09 – Eis.de mod BBY Vertriebsgesellschaft ”Eis.de”

<sup>54</sup> ”Bananabay” pkt. 19

<sup>55</sup> Ibid. pkt. 20

<sup>56</sup> Ibid. pkt. 22

<sup>57</sup> Ibid. pkt. 26

<sup>58</sup> Yanni, Rami og Partin, Jerod, WTR, 2010, p. 81

Den amerikanske term ”use in commerce in connection with the sale or advertising of goods or services” (trademark use), svarer til det, vi i EU kalder *varemærkebrug* og er helt essentielt for, at der kan ske varemærkekrænkelser. Der har dog hersket uenighed blandt de amerikanske domstole om, hvorvidt det at annoncører anvender et tegn identisk med eller, som ligner et varemærke som søgeord på internettet, udgør *varemærkebrug*, og om det i det hele taget er hensigtsmæssigt at anvende *trademark use* til afgrænsning af varemærkerettens indhold på internetbaserede varemærketvister.<sup>59</sup> Fortalerne for en ”trademark use doctrine” mener, at kriteriet effektivt kan forhindre, at varemærkeretten lægger urimelige begrænsninger på samfundsnyttige onlinetjenester, idet kriteriet bør udelukke enerettens anvendelse på søgeordsbaseret reklame samt lignende former for ikke-kommunikativ brug af varemærker. Modstandere af doktrinen frygter derimod, at søge- og annonceringstjenester derved immuniseres overfor et potentielt ansvar, og at vi i fremtiden skal acceptere annonceringsmodeller, som er endnu mere tvivlsomme, end dem vi ser i dag.<sup>60</sup>

Spørgsmålet om *trademark use* bl.a. behandlet i *Rescuecom Corp. v. Google*.<sup>61</sup> Her fandt Second Circuit Court, at brug af varemærker i søgeordsbaseret reklame er varemærkebrug for så vidt angår *annoncørers* brug af mærket. Dommen gennemgik slavisk betingelserne for trademark use og skabte hermed en vis klarhed over den retlige regulering af denne type internetbaseret reklame, og anlagde en forholdsvist restriktiv linje over for annoncørerne såvel som over for Google.<sup>62</sup> Selvom der endnu ikke er skabt fuldstændig klarhed i de amerikanske afgørelser, er retstilstanden formentlig den, at betingelsen om relevant varemærkebrug er opfyldt for annoncørers vedkommende. Herefter vil varemærkekrænkelser afhænge af om risiko for forveksling er til stede, eller om der sker en udvanding af det beskyttede varemærke. Dokumentationskravet i forbindelse med de sidstnævnte betingelser er bl.a. årsag til den usikkerhed, som stadig ses i retspraksis.<sup>63</sup>

Den seneste afgørelse af væsentlig interesse for søgeordsbaseret reklame ”*Rosetta Stone*”<sup>64</sup> var koncentreret omkring Googles ansvar overfor varemærkeindehaveren, og annoncørens potentielle ansvar blev derfor ikke behandlet. Dommen vil blive behandlet nedenfor i forbindelse med analysen af søgetjenesters ansvar overfor varemærkeindehaveren.

### 5.2.5. Komparativ analyse af retspraksis

På baggrund af ovenstående retspraksis må det konkluderes, at der både i Europa og USA generelt har hersket tvivl om den retlige regulering af søgeordsbaseret reklame.

Både i Tyskland og Danmark sås en tilbøjelighed til at adoptere de af retspraksis udledte principper for retlig regulering af meta tags, og det var således umiddelbart opfattelsen, at annoncørers brug af andres varemærker som søgeord kunne udgøre en krænkelse af varemærkeretten.

<sup>59</sup> Møgelvang Hansen, Peter m.fl.(2011) p. 671

<sup>60</sup> *ibid.* p. 672

<sup>61</sup> *Rescuecom Corp. v. Google, Inc.* 456 F. Supp.2d 393 (N.D.N.Y., September 28, 2006)

<sup>62</sup> Møgelvang Hansen, Peter m.fl. (2011) p. 672

<sup>63</sup> Møgelvang Hansen, Peter m.fl. (2011), p. 672

<sup>64</sup> *Rosetta Stone Ltd v. Google Inc*, No. 09-736, ”*Rosetta Stone*”



Generelt er det i Europa og USA de samme faktorer, som gør sig gældende ved vurderingen af, om der foreligger varemærkekrænkelse, herunder om der sker *varemærkebrug*, og om forholdet giver anledning til forvirring blandt almindeligt oplyste internetbrugere.

Med den udbredte uenighed blandt de nationale domstole i Tyskland inden EU-Domstolens præjudicielle afgørelse i ”Bananabay”, og på baggrund af ”Skoda” afgørelsen i Danmark sås derfor et klart behov for EU-domstolens stillingtagen til den rette fortolkning af reglernes anvendelse på søgeordsbaseret reklame. En sådan detaljeret gennemgang foretages i det følgende afsnit.

## 5.2.6. EU-domstolens praksis

Usikkerheden omkring annoncørers varemærkeretlige ansvar som følge af søgeordsbaseret reklame har ført til en række forelæggelser af præjudicielle spørgsmål for EU-domstolen gennem de seneste år. Domstolen har ved sin besvarelse af spørgsmålene bidraget med nogle grundlæggende fortolkningsprincipper til brug for medlemslandene. I det følgende foretages en gennemgang og analyse af de relevante afgørelser fra EU-Domstolen., hvor ”Google AdWords” som den første og banebrydende dom vil være genstand for en detaljeret gennemgang. De efterfølgende domme bekræfter i vidt omfang de i ”Google AdWords” udviklede principper, hvorfor disse belyses i det omfang, de bidrager med noget nyt i forhold til ”Google AdWords.”

Jeg vil i analysen henviser til varemærkedirektivet som retsgrundlag, hvorved det er underforstået, at de tilsvarende bestemmelser i varemærkeforordningen og varemærkeloven ligeledes finder anvendelse.

### *Forenede sager C-236/08 – C-238/08 Google mod Louis Vuitton m.fl. ”Google AdWords”*

”Google AdWords” var som den første præjudicielle afgørelse omkring søgeordsbaseret reklame på mange måder skelsættende for den efterfølgende retlige håndtering af sådanne søgsmål. Sagen udsprang af en række retlige konflikter i Frankrig, hvor søgetjenesten Google, samt i C-238/08 også annoncøren, blev dømt for krænkelse af varemærkeretten. Cour de Cassation<sup>65</sup> forelagde alle tre sager til præjudiciel afgørelse hos EU-domstolen.

*Sag C-238/08 omhandlede et søgsmål mellem Louis Vuitton og Google, idet der ved indtastning af ord svarende til Louis Vuittons varemærker på Googles søgetjeneste fremkom erhvervsmæssige links, som førte til websteder, der udbød efterligninger af Louis Vuitton produkter. Google tilbød desuden annoncører mulighed for at forene de udvalgte søgeord med udtryk såsom ”efterligning” og ”kopi”.*

*Sag C-237/08 angik en konflikt mellem rejseselskabet Virticum og Google, hvor konkurrenter til Virticum havde registreret dennes varemærke som søgeord hos Google således, at de konkurrerende selskaber fremkom i erhvervsmæssige links ved en søgning på varemærket. Samme problemstilling gjorde sig gældende i sag C-238/08 hvor Thonet’s og CNRRHs varemærker var registreret som søgeord hos Google.*

---

<sup>65</sup> Tredjeinstansen i Frankrig

Domstolen skulle bl.a. tage stilling hvorvidt registrering af varemærker som søgeord i reklamefunktionen Google AdWords udgør varemærkebrug således, at indehaveren på baggrund af forvekslingslæren kan forbyde denne brug.

### **Er Google AdWords udtryk for varemærkekrænkelse i overensstemmelse med forvekslingslæren:**

Bedømmelsen af annoncørers potentielle ansvar overfor varemærkeindehaveren skal ske efter varemærkedirektivets art. 5, stk. 1, litra a. Artiklens litra b, finder kun subsidiært anvendelse, idet der ved Google AdWords som oftest forekommer dobbelt-identitet mellem varerne/tjenesteydelserne og varemærket.<sup>66</sup> Dette medfører, at varemærkeindehaveren ikke skal sandsynliggøre en forvekslingsrisiko.

#### Erhvervsmæssig brug

Efter artikel 5, stk. 1, litra a, er det en forudsætning for varemærkekrænkelse, at der er tale om *erhvervsmæssig brug* af mærket. For en nærmere fastlæggelse af dette begreb henviste Domstolen til sag C-206/01 "Arsenal" i hvilken det blev fastslået at brugen af et tegn, som er identisk med det omhandlede varemærke, sker i erhvervsmæssigt øjemed, når brugen finder sted i forbindelse med erhvervsmæssig virksomhed, hvorved der søges opnået økonomisk vinding og ikke i private forhold.<sup>67</sup>

Annoncørens valg af en andens varemærke som søgeord har til formål at henlede forbrugerens opmærksomhed på annoncørens egen hjemmeside med henblik på salg af egne varer og tjenesteydelser. På baggrund heraf er det ifølge Domstolen utvivlsomt, at annoncøren gør brug af varemærket i erhvervsmæssig sammenhæng.

#### Brug for varer eller tjenesteydelser (varemærkebrug)

Herefter tog Domstolen stilling til, om der i samme situation var tale om *brug "for varer eller tjenesteydelser"*.

Udtrykket "for varer eller tjenester" i art. 5, stk. 1 litra a, vedrører ifølge Domstolen, principielt varer eller tjenesteydelser fra den tredjemand, som gør brug af et tegn, der er identisk med varemærket, på egne varer eller tjenesteydelser af samme art som dem, varemærket er registreret for. Det kan dog også vedrøre en andens varer eller tjenesteydelser, såfremt tredjemand handler for dennes regning.<sup>68</sup>

De forskellige handlinger, som opregnes i art. 5, stk. 3, udgør varemærkebrug. Dette blev af Domstolen bl.a. slået fast i "Arsenal".<sup>69</sup>

Spørgsmålet er, om registrering af andres varemærker som søgeord falder ind under disse handlinger og i benægtende fald, om der alligevel kan være tale om varemærkebrug i henhold til art. 5, stk. 1, litra a. De faktiske omstændigheder i hovedsagen<sup>70</sup>, nemlig tredjemands udbud af varer under et tegn, der er identisk med varemærket, og

---

<sup>66</sup> "Google AdWords" præmis 47

<sup>67</sup> Ibid. præmis 40.

<sup>68</sup> Ibid. præmis 60.

<sup>69</sup> Sag C-206/01 "Arsenal" præmis 41.

<sup>70</sup> Sag C-236/08

brug af dette tegn i reklamer, grænsede ifølge Domstolen op til visse af de ovennævnte situationer. Ikke mindst fordi der blev gjort brug af tegn, der var identiske med Vuittons varemærker i selve annoncen, som blev vist under rubrikken ”erhvervsmæssige links”.

Omstændighederne i sagerne C-237/08 og C-238/08 var imidlertid karakteriseret ved, at der ikke forekom tegn, som var identisk med varemærket i selve *annoncen*.

Domstolen konkluderede, at selvom det tegn, der anvendes af tredjemand til reklameformål, ikke vises i selve reklamen, ikke per se medfører, at denne brug ikke er *varemærkebrug* i henhold til art. 5<sup>71</sup> Den omstændighed, at annoncøren vælger et søgeord, som er identisk med varemærket (eller ligner dette) med det formål at tilbyde internetbrugere et alternativ til varemærkeindehaverens varer eller tjenesteydelser med egen vinding for øje, er tilstrækkeligt til at statuere varemærkebrug.

Herudover slår domstolen fast, at art. 5 skal ikke fortolkes således at alene de former for brug, som er opregnet i denne artikel er relevante. Dette strider mod den omstændighed, at art. 5 blev formuleret inden den elektroniske handel, og reklameaktivitet på dette område for alvor var blevet almindelig.<sup>72</sup>

#### Brug der kan gøre indgreb i varemærkets funktioner

Eneretten i henhold til art. 5, stk. 1, litra a, har til formål at yde varemærkeindehaveren beskyttelse af de særlige interesser, der er forbundet med et varemærke, herunder at sikre at varemærket kan opfylde sine egentlige funktioner. Eneretten bør derfor begrænses til de tilfælde, hvor der kan ske indgreb i et af varemærkets funktioner.

På denne baggrund er der i retspraksis skabt nogle retningslinjer for, hvornår der foreligger et indgreb i varemærkets funktioner (funktionsanalysen)<sup>73</sup>.

Udgangspunktet i art. 5, stk. 1, litra a, om at der uden videre foreligger en varemærkekrænkelse i tilfælde af dobbeltidentitet, begrænses af funktionsanalysen, idet der kun vil være tale om en varemærkekrænkelse, i det tilfælde hvor der sker indgreb i mindst et af varemærkets funktioner. Dette betyder, at en annoncørs brug af et varemærke som søgeord på internettet ikke i sig selv kan konstituere en varemærkekrænkelse.

Funktionsanalysen udgør et supplement til betingelserne i art. 5, stk. 1, litra a, hvorfor der i det følgende redegøres for varemærkets forskellige funktioner og de potentielle indgreb heri.

Varemærkets funktion som oprindelsesangivelse er varemærkets væsentligste funktion, idet denne funktion sikrer, at varemærket fungerer som et effektivt bindeled mellem virksomheden og dets kundekreds, således at varens oprindelse (via varemærket) umiddelbart kan konstateres af kundekredsen. Herudover besidder varemærket ligele-

---

<sup>71</sup> ”Google AdWords” præmis 65, linie 5-8.

<sup>72</sup> Ibid. præmis 66

<sup>73</sup> Funktionsanalysen udspringer bl.a. af ”Arsenal”, men kan spores helt tilbage til sag 119/75 (Terrapin/Terranova) hvor oprindelsesfunktionen første gang benævnes som ”the basic function”

des den funktion, som består i at garantere varens/tjenesteydelsens kvalitet samt kommunikations-, investerings- og reklamefunktioner, som det fremgår af ”L’Oréal sagen”<sup>74</sup>

I ”Google AdWords” fokuserede domstolen på først- og sidstnævnte funktioner.

### Indgreb i funktionen som oprindelsesangivelse

Om der ved brug af varemærker som søgeord foreligger en krænkelse af varemærkets funktion som oprindelsesangivelse, afhænger ifølge Domstolen navnlig af annoncens fremtoning.

Det afgørende for, om oprindelsesfunktionen er krænket er, om annoncen *ikke eller kun med vanskelighed* giver den almindeligt oplyste internetbruger mulighed for at gøre sig bekendt med, om de i annoncen omhandlede varer eller tjenesteydelser hidrører fra varemærkeindehaveren eller en til varemærkeindehaveren økonomisk forbundet virksomhed, eller tværtimod hidrører fra en tredjemand.<sup>75</sup>

Varemærkeindehaveren beskyttes i den situation, hvor internetbrugeren kan tage fejl af oprindelsen af de pågældende varer/tjenesteydelser, hvorved der gives indtryk af, at der er en erhvervsmæssig forbindelse mellem de pågældende varer/tjenesteydelser og varemærkeindehaveren.<sup>76</sup> Da oprindelsesfunktionen er den væsentligste funktion, har varemærkeindehaveren ret til at forbyde visning af tredjemands annoncer, som internetbrugere fejlagtigt kan opfatte som hidrørende fra ham,<sup>77</sup> ligesom annoncer, der antyder tilstedeværelsen af en økonomisk forbindelse mellem annoncøren og varemærkeindehaveren, kan forbydes.<sup>78</sup>

Spørgsmålet er herefter, hvornår en annonce er så uklar, at en almindelig oplyst internetbruger ikke eller kun med vanskelighed kan gennemskue annoncens oprindelse. Frahm og Jurcenoks giver i deres artikel<sup>79</sup> et bud på, hvordan Domstolens præmisser skal fortolkes. Ifølge dem medfører Domstolens præmisser, at medmindre annoncøren gør udtrykkeligt opmærksom på, at der ikke er nogen forbindelse mellem annoncøren og varemærkeindehaveren, vil en almindelig oplyst internetbruger ikke på den overbevisende måde, som det er krævet, være i stand til at afgøre hvorvidt, der er en forbindelse mellem annoncøren og varemærkeindehaveren eller ej. Det vil, ud fra deres fortolkning, være særdeles vanskeligt for annoncører fremover at markedsføre sig via Google AdWords annoncer uden at krænke varemærkeretten.

Dette, mener jeg, er at fortolke Domstolens præmisser i en meget stringent retning, idet det må være omstændighederne omkring annoncens fremtoning i det konkrete tilfælde, som er afgørende for, om der potentielt er en risiko for, at internetbrugeren vildledes til at tro, at der er en forbindelse mellem annoncen og varemærkeindehaveren.

---

<sup>74</sup> sag C-487/07 – ”L’Oréal”

<sup>75</sup> ”Google AdWords” præmis 84

<sup>76</sup> Ibid. præmis 85

<sup>77</sup> Ibid. præmis 87

<sup>78</sup> Ibid. præmis 89

<sup>79</sup> Jurcenoks, Emil og Frahm, Kasper - U.2010B.279

Ser man nærmere på kriterierne for indgreb i varemærkets opfindelsesfunktion jf. præmis 84-89 er disse bemærkelsesværdige, idet de ud fra en praktisk synsvinkel tilnærmelsesvist er sammenfaldende med krænkelsekriteriet efter varemærkedirektivets art. 5, stk. 1, litra b, som jo ifølge Domstolen netop ikke finder anvendelse på søgeordsbaseret reklame ud fra en dobbeltidentitetsbetragtning.

Thomas Riis anfører i sin artikel om søgeordsbaseret reklame<sup>80</sup>, at mulighed for at internetbrugeren ”tager fejl af oprindelsen af varen” jf. funktionsanalysen materielt set må svare til, at der foreligger en ”risiko for forveksling” jf. varemærkedirektivets art. 5, stk. 1, litra b. Hertil anfører han endvidere, at forvekslingsvurderingen omfatter tilfælde, hvor der er ”en forbindelse med varemærket”, hvilket må være det samme som, at der ud fra funktionsanalysen gives indtryk af, at der er ”en faktisk erhvervsmæssig forbindelse mellem de pågældende varer og varemærkeindehaveren”.

På baggrund af ovenstående, er det svært at se, at varemærkeindehaveren nyder en videre beskyttelse efter art. 5, stk. 1, litra a, som indledningsvist fastslås af Domstolen, idet bedømmelsen af litra a, og b, med indførelsen af funktionsanalysen praktisk talt er den samme.

### Indgreb i reklamefunktionen

Ud over oprindelsesfunktionen behandlede Domstolen ligeledes kriterierne for indgreb i varemærkets reklamefunktion. Brugen af et varemærke som søgeord, kan forbydes, såfremt denne brug gør indgreb i indehaverens brug af varemærket i salgsfremmeøjemed eller som led i en forretningsstrategi<sup>81</sup>.

Herved er der potentielt åbnet op for et stort anvendelsesområde for indgreb i et varemærkes reklamefunktion på internettet generelt, og det er da også Domstolens synspunkt, at anvendelse af en andens varemærke i reklamefunktionen Google AdWords kan påvirke varemærkeindehaverens reklame- og markedsføringsstrategi. Spørgsmålet er dog, hvor meget der skal til for, at der er tale om et egentlig indgreb i reklamefunktionen.

Den omstændighed, at varemærkeindehaveren er nødsaget til at afholde store omkostninger ved at købe søgeord hos Google AdWords, som svarer til sine egne varemærker, for derved at sikre sig at en søgning på de pågældende søgeord ikke blot fører til en placering øverst på listen blandt de naturlige søgeresultater, men ligeledes fører til en placering øverst blandt de erhvervsmæssige links, er ikke i sig selv et indgreb i reklamefunktionen, vurderede Domstolen. Dette på trods af, at varemærkeindehaveren risikerer at afholde uforholdsmæssige store omkostninger i den situation, hvor konkurrenter overbyder hinanden. Dette kan munde ud i en slags priskrig, hvor den der er villig til at betale mest, figurer øverst på listen. En sådan situation forekommer urimelig overfor varemærkeindehaveren ikke mindst ud fra den betragtning, at Googles omsætning stiger i takt med annoncørernes kamp om den bedste placering.<sup>82</sup> Ikke desto mindre er denne omstændighed ifølge Domstolen generelt ikke tilstrækkelig til at gøre

---

<sup>80</sup> Riis, Thomas (2010) p. 252

<sup>81</sup> ”Google AdWords” præmis 92.

<sup>82</sup> Netop dette synspunkt var genstand for Domstolens behandling i sag C-232/09 ”Interflora” som jeg vil redegøre for senere i kapitlet.

indgreb i reklamefunktionen. Domstolen fandt heller ikke, at det var tilfældet i hovedsagen C-236/08<sup>83</sup>.

### Renommerede (velkendte) varemærker

Slutteligt skulle Domstolen tage stilling til, hvorvidt brug af det velkendte varemærke Louis Vuitton som søgeord hos Google AdWords kunne forbydes i medfør af varemærkedirektivets art. 5, stk. 2.

Domstolen henviste til præmisserne i en tidligere afgørelse "L'Oréal" vedrørende udbud til salg af efterligninger af et velkendt varemærke. Her fastslog Domstolen at den fordel, der følger af tredjemands brug af et velkendt varemærke som søgeord, opnås utilbørligt, når han herved forsøger at lægge sig i kølvandet på det velkendte varemærke med henblik på at drage fordel af varemærkets tiltrækningskraft, omdømme og prestige, samt uden nogen form for økonomisk kompensation forsøger at udnytte den kommercielle indsats, som varemærkeindehaveren har ydet for at skabe og vedligeholde varemærkets image.<sup>84</sup> En sådan fordel anses for at være en utilbørlig udnyttelse af det pågældende varemærkes særpræg eller renommé i strid med art. 5, stk. 2.

Domstolen tog i C-236/08 "Louis Vuitton" ikke endelig stilling til annoncørens ansvar, idet spørgsmålet til Domstolen angik rækkevidden af Googles ansvar som udbyder af søgetjenesten.<sup>85</sup> Ovenstående betragtninger må dog være en tilkendegivelse af, at annoncører ikke krænker varemærkeretten ved blot at bruge et velkendt varemærke som søgeord. Derimod afhænger en potentiel krænkelse af de nærmere omstændigheder omkring denne brug, herunder om der sker en utilbørlig udnyttelse af varemærket som f.eks. indgreb i varemærkets funktioner.

På denne baggrund må det antages, at i hvert fald de annoncører, som anvender velkendte varemærker som søgeord med det formål at udbyde *efterligninger* af de til de velkendte varemærker hørende produkter, foretager en varemærkekrænkelse, idet sådanne efterligninger kan være til stor skade for varemærkets renommé.

### ***Sag C-278/08 – Die BergSpechte Outdoor Reisen und Alpenschule Edi Koblmüller GmbH mod Günter Guni, trekking.at Reisen GmbH***

Denne dom, afsagt den 25. marts 2010, fulgte lige i hælene på "Google AdWords" og gav Domstolen lejlighed til at præcisere de nyligt udviklede principper i den forudgående sag.

*Sagen angik 2 konkurrerende rejseselskaber (i det følgende kaldt BergSpechte og trekking.at Reisen). Trekking.at Reisen arrangerede ligesom BergSpechte såkaldte "outdoor"-rejser og benyttede dele af BergSpechtes registrerede figur- og ordmærke i annonceringstjenesten Google AdWords således, at en søgning på BergSpechtes vare-*

---

<sup>83</sup> "Google AdWords" præmis 94-98

<sup>84</sup> "L'Oréal" præmis 49

<sup>85</sup> Allerede fordi Google som serviceudbyder ifølge Domstolen ikke gør brug af varemærket i art. 5, stk. 1 litra a's forstand, afviste domstolen at en sådan brug kunne forbydes. Dette vil der blive redegjort nærmere for i afsnit 5.3.4.

*mærker frembragte reklameannoncer for trekking.at Reisen. Uenighed hos de nationale domstole om nedlæggelse af forbud mod denne brug førte til forelæggelse af præjudicielle spørgsmål hos EU-Domstolen.*

Krænkellesvurderingen bygger, i tråd med ”Google AdWords”, på forvekslingslæren, men hvor retsgrundlaget i ”Google AdWords” både hviler på varemærkedirektivet og varemærke-forordningen, er nærværende afgørelse koncentreret omkring varemærkedirektivet.

Herudover læner sagen sig meget op af ”Google AdWords” idet de i praksis udviklede principper og fortolkningsmomenter bekræftes og videreføres i væsentligt omfang, dog med den modifikation at sondringen mellem art. 5, stk. 1, litra a, og litra b, i denne sag endeligt udviskes.

#### Varemærkedirektivets art. 5, stk. 1, litra a og b

Med en kort henvisning til præmisserne i ”Google AdWords” konstaterer Domstolen at der er tale om erhvervsmæssig varemærkebrug. Herefter skal det med udgangspunkt i forvekslingslæren vurderes, om denne brug kan forbydes. Domstolen udtaler, at i tilfælde af dobbeltidentitet, som omhandlet i art. 5, stk. 1, litra a, kan varemærkeindehaveren forbyde denne brug, såfremt den kan gøre indgreb i en af varemærkets funktioner. Her henviser Domstolen til de betragtninger, som gjorde sig gældende i ”Google AdWords” og gengiver oprindelsesfunktionen og reklamefunktionen med samme bemærkninger og konklusion som i den forudgående sag.

For så vidt angår det andet tilfælde, der er omhandlet i direktivets art. 5, stk. 1, litra b, udtaler Domstolen, at varemærkeindehaveren alene kan modsætte sig brugen af det pågældende tegn, såfremt der foreligger risiko for forveksling. Artiklens litra b blev ikke behandlet nærmere i Google AdWords dommen, men var aktuel i nærværende sag, fordi alene brudstykker af varemærket ”BergSpechte” blev anvendt som søgeord. Heroverfor udtalte Domstolen, at det var op til den nationale domstol at afgøre, om forholdet skulle karakteriseres som et tilfælde af dobbeltidentitet eller ej, og efter hvilke bestemmelser retsforholdene skulle behandles.

Såfremt forholdet vurderes, at falde ind under anvendelsesområdet for art. 5, stk. 1, litra b, udtalte Domstolen at præciseringerne i præmis 89 og 90 i ”Google AdWords” finder analog anvendelse ved bedømmelsen af, om der forligger risiko for forveksling.<sup>86</sup> Med andre ord er der pludselig sammenfald mellem bedømmelsen efter art. 5, stk. 1 litra a, og b, idet det for begge vedkommende nu er afgørende om ”...annoncen, selv om den ikke antyder en økonomisk forbindelse, er så uklar i relation til varernes eller tjenesteydelsesternes oprindelse”<sup>87</sup>, at en almindelig oplyst internetbruger ikke derudfra kan vide, om der er en forbindelse mellem annoncøren og varemærkeindehaveren. Det af Domstolen nyudviklede ”uklarheds-kriterium” kan dårligt forstås anderledes end, at der i relation til søgeordsbaseret reklame er sket en udvidelse af krænkellesbedømmelsen efter art. 5, stk. 1, litra a, og litra b, hvorved sondringen mellem litra

---

<sup>86</sup> ”BergSpechte” præmis 40

<sup>87</sup> Ibid. præmis 36 og ”Google AdWords” præmis 90.

a, og litra b er udvisket, idet krænkelse efter begge bestemmelser afhænger af, om der antydes en økonomisk forbindelse og/eller skabes uklarhed om varemærkets oprindelse. Beskyttelsen efter art. 5, stk. 1, litra a, rækker derfor (som tidligere udtalt af Domstolen) ikke videre end beskyttelsen efter litra b.<sup>88</sup>

### ***Sag C-558/08 Portakabin Ltd, Portakabin BV mod Primakabin BV***

Denne sag bidrager som noget nyt med Domstolens stillingtagen til registrerede varemærker med mindre typografiske fejl samt undtagelsesbestemmelserne i varemærkedirektivets art. 6 og 7.

*Sagen udsprang af en konflikt mellem de konkurrerende virksomheder Portakabin (P) og Primakabin, (M) hvor M, som søgeord hos Google AdWords, anvendte P's varemærke PORTAKABIN samt gengivelser heraf med mindre stavefejl. M solgte både egne samt brugte varer fremstillet af P. Spørgsmålet var, om M på denne baggrund krænkede P's varemærkerettigheder.*

#### Typosquatting

Den forelæggende ret ønskede Domstolens stillingtagen til, om en annoncørs gengivelse af en konkurrents varemærke med små skrivefejl kan udgøre en krænkelse i henhold til varemærkedirektivets art. 5, stk. 1, litra a, eller b, for så vidt angår brug af dette som søgeord hos Google AdWords.

Beskyttelsen efter litra a, forudsætter, at det anvendte tegn er identisk med varemærket. Dette er ifølge Domstolen tilfældet, såfremt tegnet ”uden ændring eller tilføjelse reproducerer alle de bestanddele, der udgør varemærket, eller såfremt tegnet, når det betragtes i sin helhed, udviser forskelle, der er så ubetydelige, at de kan blive overset af en gennemsnitsforbruger.”<sup>89</sup> Det påhviler de nationale domstole at vurdere, om dette er tilfældet. I benægtende fald falder bedømmelsen ind under anvendelsesområdet for art. 5, stk. 1, litra b, hvor der stilles krav om risiko for forveksling.

Såfremt betingelserne i enten litra a, eller litra b, er opfyldt, vil varemærkekrænkelse foreligge i de tilfælde, hvor der i henhold til litra a, tillige gøres indgreb i et af varemærkets funktioner.

Dommen viser at en annoncør, som bevidst vælger at gengive et tegn med mindre grafiske afvigelser fra et varemærke, risikerer at krænke varemærkeretten ved anvendelse af tegnet på Google AdWords.

#### Undtagelsesbestemmelserne i varemærkedirektivets art. 6 og 7

Domstolen bliver herefter anmodet om at tage stilling til undtagelsesreglernes anvendelse på søgeordsbaseret reklame. Domstolen fokuserer konkret på varemærkedirektivets art. 6, stk. 1, litra b, og c.

---

<sup>88</sup> Riis, Thomas (2010) p. 256-257

<sup>89</sup> ”L’Oréal mod eBay” præmis 47



## Varemærkedirektivets art. 6

Art. 6 har til formål at begrænse virkningerne af varemærkeindehaverens rettigheder i henhold til art. 5 således, at den frie bevægelighed inden for Fællesskabet ikke i for høj grad påvirkes af den til art. 5 knyttede eneret.

For så vidt angår art. 6, litra b, udtaler Domstolen, at søgeordsbaseret reklame, hvor der anvendes tegn, der er identisk med eller ligner en tredjemands varemærke, tilsigter som hovedregel ikke at angive en egenskab ved de varer eller tjenesteydelser, der udbydes af den tredjemand, som foretager den pågældende brug, hvorfor den følgelig ikke henhører under artikel 6, stk. 1, litra b.<sup>90</sup> Den nationale domstol kan dog i særlige tilfælde drage den modsatte konklusion.<sup>91</sup>

Domstolen præciserer, at anvendelsen af varer ”som tilhører eller reservedele” af lovgiver kun er angivet som et eksempel, og anvendelsen af art. 6, stk. 1, litra c, er derfor ikke begrænset til denne situation. Formålet med art. 6, stk. 1, litra c, er at gøre det muligt for leverandører af varer eller tjenesteydelser, som supplerer de varer eller tjenesteydelser, som varemærkeindehaveren udbyder, at bruge dette varemærke med henblik på at oplyse offentligheden om en brugsmæssig forbindelse mellem deres varer eller tjenesteydelser og varemærkeindehaverens varer eller tjenesteydelser.

Det tilkommer herefter den forelæggende ret at undersøge, om Primakabins brug af et tegn, der er identisk med varemærket PORTAKABIN, for så vidt angår de varer, der udbydes til internetbrugerne af Primakabin, henhører under det tilfælde, der er omhandlet i den pågældende art. 6, stk. 1, litra c.

I den sammenhæng anfører Domstolen, at såfremt det hos den nationale domstol fastslås, at der foreligger en af de former for brug, der er omhandlet i art. 6, stk. 1, litra b, og c, skal det efterprøves, om betingelsen om at denne brug skal foretages i overensstemmelse med redelig markedsføringskik, er opfyldt.<sup>92</sup>

Formuleringen ”for så vidt dette sker i overensstemmelse med redelig markedsføringskik” jf. art. 6, stk. 1, sidste pkt. viser, at der i varemærkedirektivet gælder et princip om god markedsføringskik i lighed med generalklausulen i MFL § 1. Dette uddybes nærmere i præmis 67 med, at der er tale om en forpligtelse til at handle loyalt i forhold til varemærkeindehaverens interesser. Det afgørende er, om varemærkeindehaverens kundekreds opfatter tredjemands brug af tegnet som en angivelse af en forbindelse mellem varemærkeindehaverens varer/tjenesteydelser og tredjemands varer/tjenesteydelser, og om annoncøren burde have indset dette.<sup>93</sup>

Domstolen udtaler mere konkret om det i hovedsagen omhandlede forhold, at der ved brug af varemærker som søgeord klart kan forekomme tilfælde, hvor annoncøren ikke

---

<sup>90</sup> ”Portakabin” præmis 60

<sup>91</sup> ibid præmis 61

<sup>92</sup> ibid. præmis 66

<sup>93</sup> ibid. præmis 67

opfylder betingelsen om redelig markedsføringsskik. Dette er begrundet med, at det er annoncøren selv, som med kendskab til varemærkeindehaverens placering i branchen har udvalgt et søgeord, som svarer til varemærket, og som selv eller med bistand fra udbyderen af søge- og annonceringsydelsen har affattet annoncen og således har bestemt udformningen af denne.<sup>94</sup>

Domstolen konkluderer herefter, at annoncører hos Google AdWords som hovedregel ikke kan påberåbe sig undtagelsen i art. 6, stk. 1, men at det påhviler nationale domstole på grundlag af sagens konkrete omstændigheder at efterprøve, hvorvidt der faktisk foreligger en brug i henhold til den nævnte art. 6, stk.1, som kan anses for at være foretaget i overensstemmelse med redelig markedsføringsskik.<sup>95</sup>

### Varemærkedirektivets art. 7

I varemærkedirektivets art. 7 findes endnu en indskrænkning af varemærkeindehaverens eneret, idet art. 7 bestemmer, at retten til at forbyde tredjemand at bruge sit varemærke konsumeres for så vidt angår mærkevarer, der allerede er markedsført i EØS af indehaveren eller med hans samtykke, medmindre der foreligger skellige grunde, der berettiger indehaveren til at modsætte sig fortsat markedsføring af de pågældende varer.

Det lægges af Domstolen til grund, at en annoncør, som videresælger brugte varer, der allerede er markedsført i EØS foretager en ”fortsat markedsføring af varerne” i henhold til art. 7. Brugen af varemærket kan herefter alene forbydes, såfremt skellig grund hertil berettiger indehaveren til at modsætte sig denne markedsføring.<sup>96</sup>

Skellig grund foreligger dersom varemærkets omdømme skades som følge af denne brug, eller såfremt forhandleren gennem det til annoncen tilknyttede tegn, der er identisk med eller ligner varemærket, giver indtryk af, at der består en erhvervsmæssig forbindelse mellem forhandleren og varemærkeindehaveren, og navnlig at forhandlerens virksomhed tilhører varemærkeindehaverens forhandler-organisation.<sup>97</sup> Bedømmelse af om skellig grund foreligger, er ifølge Domstolen sammenfaldende med bedømmelsen efter varemærkedirektivets art. 5, stk. 1. Herefter er det afgørende, om den almindeligt oplyste internetbruger ikke, eller kun med vanskelighed, kan gøre sig bekendt med, hvorfra annoncens varer hidrører. Er dette ikke muligt, vil der foreligge en skellig grund for varemærkeindehaveren til at forbyde en sådan brug i overensstemmelse med art. 7, stk. 1, således at der ikke kan ske en indskrænkning i varemærkeindehaverens eneret.<sup>98</sup>

### ***Sag C-324/09 L'Oréal og andre mod eBay***

*Sagen udsprang af en konflikt mellem L'Oréal m.fl. og eBay m.fl. hvor brugere af eBays online-markedsplads, uden samtykke, havde solgt L'Oréals produkter gennem*

---

<sup>94</sup> ibid. præmis 69 og 70

<sup>95</sup> ibid. præmis 72

<sup>96</sup> ibid. præmis 76

<sup>97</sup> ibid. præmis 80

<sup>98</sup> ibid. præmis 82

*eBay, samtidig med at eBay hos Google AdWords anvendte L'Oréals varemærker som søgeord med henblik på at lede kunder hen på eBays hjemmeside. High Court of Justice i England anmodede EU-Domstolen om en præjudiciel afgørelse.*

Sagen er interessant, fordi den illustrerer en problematik nært beslægtet med dette speciales fokusområde, nemlig det retlige ansvar for en operatør af en online-markedsplads overfor varemærkeindehavere. Herudover bringes en ny dimension ind i selve Google AdWords problematikken, idet eBay reklamerer for såvel sin egen forretning som for andres produkter ved brug af L'Oréals varemærker som søgeord hos Google AdWords.

Grundet emnets afgrænsning vil jeg kun behandle de spørgsmål, som har særlig relevans for dette speciales kerneområde.

### Fysiske personers ansvar for brug af varemærker ved internetbaseret reklame

Indledningsvist bebuder Domstolen, at det ansvar, som en annoncør er underlagt i relation til Google AdWords, skal udstrækkes til også at omfatte andre former for brug af varemærker på internettet, herunder det tilfælde hvor fysiske personer anvender en online markedsplads som mellemmand i forbindelse med videresalg af/reklame for varer. En varemærkeindehaver kan derfor forbyde en sådan brug, såfremt der for de fysiske personers vedkommende er tale om erhvervsmæssig aktivitet, og de øvrige betingelser i varemærkedirektivets art. 5, stk. 1 litra a, eller b, er opfyldt.<sup>99</sup>

Fysiske personers salg af varer via en online markedsplads vil kunne forbydes, såfremt varerne ikke forinden er markedsført inden for Fællesskabet eller i øvrigt er sket med varemærkeindehaverens samtykke, idet undtagelsesbestemmelsen i varemærkedirektivets art. 7 i førstnævnte tilfælde dermed ikke finder anvendelse.

### Operatøren af online-markedspladsens ansvar i rollen som annoncør

Den forelæggende ret ønsker herefter oplyst om en online-markedsplads ved at reklamere for markedspladsens salgsudbud hos Google AdWords kan ifalde et ansvar overfor varemærkeindehaveren - i dette tilfælde L'Oréal.

Det er Domstolens opfattelse, at online-markedspladsen ved en sådan reklame ikke kun reklamerer for salgsudbuddene, men tilsvarende gør reklame for selve markedspladsen, hvorved forholdet adskiller sig fra det annoncøransvar, som er behandlet i de forudgående domme omkring Google AdWords.<sup>100</sup> Med henvisning til tidligere praksis slår Domstolen dog fast, at begge forhold må kategoriseres som erhvervsmæssig brug som det er forudsat i varemærkedirektivets art. 5.<sup>101</sup>

- Reklame for online-markedspladsen

---

<sup>99</sup> "L'Oréal mod eBay" præmis 54 og 57

<sup>100</sup> ibid. præmis 85

<sup>101</sup> ibid. præmis 87

For at ifalde ansvar for varemærkekrænkelser efter varemærkedirektivets art. 5, stk. 1 er det en betingelse, at der er tale om ”brug ...for varer eller tjenesteydelser af samme art som den, for hvilket varemærket er registreret”<sup>102</sup> Domstolen udtaler i den sammenhæng, at den reklame som eBay foretager for selve online-markedspladsen, ikke kan karakteriseres som en sådan brug, hvorfor forholdet falder uden for denne bestemmelses anvendelsesområde.<sup>103</sup> Forholdet er derimod omfattet af reglen om velkendte varemærkers beskyttelse i varemærkedirektivets art. 5, stk. 2, idet denne bestemmelse yder et varemærke med renommé en videre beskyttelse, end den som foreskrives i art. 5, stk. 1.<sup>104</sup>

- Reklame for salgsudbuddene

e-Bays reklame for selve salgsudbuddene falder derimod inden for varemærkedirektivets art. 5, stk. 1's anvendelsesområde, idet der foreligger varelighed mellem de varer, som e-Bay reklamerer for, og de varer som varemærket er registreret for. Det er i den sammenhæng uden betydning, at varerne ikke hidrører fra selve annoncøren (eBay) men i stedet fra dennes kunder, såfremt brugen af varemærket sker på en måde, hvorved der skabes en forbindelse mellem tegnet og tjenesteyderen.<sup>105</sup> Med henvisning til Generaladvokatens forslag til afgørelse<sup>106</sup> konkluderede Domstolen, at eBays annoncer skabte en åbenlys forbindelse mellem de mærkevarer, som blev vist i annoncerne og muligheden for at købe den på eBay.<sup>107</sup>

Herefter er det afgørende for krænkelsevurderingen, om eBay ved sin brug af varemærket foretager indgreb i et af varemærkets funktioner. Dommen viser med andre ord, at de i praksis udviklede principper for annoncørers ansvar i henhold til art. 5, stk. 1, litra a, og b, tilsvarende finder anvendelse på operatører af online-markedspladser, når de anvender andres varemærker som søgeord hos eksempelvis Google AdWords.

### ***Sag C-323/09 - Interflora Inc. m.fl. mod Marks & Spencer plc, Flower Direct Online Ltd***

*Denne dom, afsagt den 22. september 2011, omhandlede blomsterkæden Interflora, som bl.a. driver virksomhed ved online-bestilling af blomsterleverancer. Den britiske kæde Marks & Spencer havde brugt varemærket "Interflora" som søgeord hos Google AdWords som led i deres annoncering for salg og levering af blomster. Interflora påstod, at dette var en krænkelser af varemærkeretten bl.a., fordi der var tale om et velkendt varemærke.*

#### Indgreb i investeringsfunktionen

Sagen gav Domstolen anledning til at præcisere, hvilke funktioner der hos et varemærke potentielt kan gøres indgreb i, når varemærket anvendes som søgeord hos Google AdWords.

---

<sup>102</sup> Varemærkedirektivets art. 5, stk. 1

<sup>103</sup> *ibid.* præmis 89

<sup>104</sup> *ibid.* præmis 90

<sup>105</sup> *ibid.* præmis 92

<sup>106</sup> Pkt. 89

<sup>107</sup> "L'Oréal mod eBay" præmis 93

Varemærkets primære funktion er som nævnt oprindelsesfunktionen, som nøje gennemgås i "Google AdWords" sammen med reklamefunktionen. I overensstemmelse med tidligere praksis påpegede Domstolen, at også andre af varemærkets funktioner kan være krænket, og præsenterede som noget nyt, muligheden for at varemærkebrug i relation til Google AdWords kan gøre indgreb i varemærkets investeringsfunktion.

Investeringsfunktionen er med til at opnå eller opretholde et omdømme, der skal tiltrække forbrugere og sikre deres loyalitet, hvorved der ses visse lighedstræk med reklamefunktionen, idet begge funktioner bl.a. styrkes ved hjælp af reklame. Investeringsfunktionen sikres dog også ved hjælp af forretningsmæssige teknikker, og favner således bredere end reklamefunktionen.

Et indgreb i investeringsfunktionen foreligger, såfremt der gøres brug af et med varemærket identisk tegn og denne brug "... mærkbart generer den nævnte indehavers brug af sit varemærke, med henblik på at opnå eller opretholde et omdømme, der kan tiltrække forbrugere og sikre deres loyalitet..."<sup>108</sup>

Såfremt varemærket allerede har et sådant omdømme, vil investeringsfunktionen være krænket i det tilfælde, hvor tredjemand med sin brug af et identisk tegn påvirker dette omdømme og bringer opretholdelsen af det i fare.

Domstolen muliggør herved at anvendelse af et varemærke som søgeord, kan være et indgreb i investeringsfunktionen, med den konsekvens at brugen kan forbydes af varemærkeindehaveren.

### **5.2.7. Diskussion af EU-Domstolens retspraksis og dens indflydelse på medlemslandene**

Indledningsvist kan det på baggrund af EU-Domstolens retspraksis konstateres, at søgeordsbaseret reklame, herunder Google AdWords, kan krænke varemærkeretten under forudsætning af, at visse betingelser er opfyldt.

Bedømmelsen sker primært efter varemærkedirektivets art. 5, stk. 1, litra a. Såfremt der ikke forekommer dobbelt-identitet, vil bedømmelsen skulle foretages efter art. 5, stk. 1, litra b, som er betinget af en risiko for forveksling.

EU-domstolen har i retspraksis udviklet nogle fortolkningsprincipper, som finder anvendelse på søgeordsbaseret reklame. Blandt disse fortolkningsprincipper har funktionsanalysen vundet indpas som en afgørende faktor i bedømmelsen af, om der foreligger en krænkelse af varemærkeretten.

Funktionsanalysen er omtalt i den 11. betragtning til varemærkedirektivet. Her fremgår det, at formålet med varemærkebeskyttelsen navnlig er at sikre varemærkets funktion som angivelse af oprindelse.

---

<sup>108</sup> "Interflora" præmis 62

Definitionen af varemærkets essentielle funktion kan spores tilbage til EU-Domstolens afgørelse i Hoffmann-La Roche sagen<sup>109</sup>, hvor Domstolen udtalte: ”*Et af varemærkets hovedfunktioner er at garantere varens oprindelse, dvs. over for forbrugere at garantere, at den vare, der er kendetegnet ved det pågældende mærke, også faktisk hidrører fra varemærkets indehaver.*”<sup>110</sup> Domstolen henviste til en sag afsagt to år tidligere ”Terrapin/Terranova sagen”<sup>111</sup>, hvor funktionen ligeledes blev bragt på bane, dog under betegnelsen ”basic funktion”.<sup>112</sup>

Sidenhen er funktionsanalysen blevet anvendt i utallige sager, heriblandt ”Arsenal-sagen”, hvor det fremgår at udøvelsen af eneretten ”...*bør derfor 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.*”<sup>113</sup> Funktionsanalysen har gennem Domstolens praksis fået stor betydning i EU-varemærkeretten, hvor Domstolen har anerkendt yderligere beskyttelsesværdige funktioner, såsom garantifunktionen, der tidligt blev introduceret i sag C-39/97 (CANON) og kommunikations-, reklame- og investeringsfunktionerne, som blev introduceret i ”L’Oréal sagen”.

Thomas Riis anfører, at funktionsanalysen er gået fra at være en beskrivelsesrequisit til nu at have retligt normerende effekt med afgørende betydning for varemærkedirektivets art. 5, stk. 1, litra a.<sup>114</sup>

EU-Domstolens praksis omkring søgeordsbaseret reklame viser en tendens til, at Domstolen foretager en mere udvidet fortolkning af varemærkets funktioner, ligesom Domstolen i højere grad inddrager flere funktioner, end blot oprindelsesfunktionen. Jeg mener, at dette har sit naturlige afsæt i det faktum, at affattelsen af retsgrundlaget skete på et tidspunkt, hvor internettet med dets komplicerede tekniske muligheder, endnu ikke havde haft sit gennembrud. En udvidende fortolkning af bl.a. funktionsanalysen skal derfor ses som Domstolens forsøg på at tilpasse retsreglerne bedst muligt til deres anvendelse på internetbaseret varemærkebrug.

Spørgsmålet er, om en sådan udvidende fortolkning er hensigtsmæssig, eller om reglerne i virkeligheden udstrækkes for vidt i et forsøg på at tilpasse en ældre lovgivning til nutidens teknologi. Inden dette spørgsmål forsøges besvaret, er det nødvendigt at se på, hvordan EU-Domstolens praksis har påvirket medlemslandene retlige regulering af søgeordsbaseret reklame, og hvilke udfordringer, der er fulgt i kølvandet på EU-Domstolens fortolkningsprincipper.

#### EU-praksis’ indflydelse på medlemslandene

EU-Domstolens bedømmelse efter art. 5, stk. 1, litra a, afspejler i vid udstrækning den bedømmelse, som har fundet sted i medlemslandene forud for EU-Domstolens præjudicielle afgørelser. Der er dog den væsentlige forskel, at EU-Domstolen har indført

---

<sup>109</sup> Sag 102/77 - Hoffmann-La Roche m.fl. mod Centrafarm

<sup>110</sup> Pkt. II, A.

<sup>111</sup> Sag 119/75 - Terrapin Ltd. mod Terranova Industrie C.A. Kapferer & Co.

<sup>112</sup> Ilanah, Simon (2005) p. 402, note 2

<sup>113</sup> ”Arsenal” præmis 51

<sup>114</sup> Riis, Thomas (2010) p. 255

funktionsanalysen som et afgørende fortolkningselement i bedømmelsen af, om der er sket en varemærkekrænkelse.

Medlemslandene skal i deres bedømmelse af, om søgeordsbaseret reklame udgør en krænkelse af varemærkeretten undersøge, om der sker indgreb i et af varemærkets funktioner, herunder oprindelsesfunktionen, som er den væsentligste funktion. I forhold til medlemslandenes tidligere bedømmelse må der siges at være sket en indskrænkning af muligheden for at pålægge annoncører et ansvar i medfør af art.5, stk. 1 litra a, idet kravet om indgreb i oprindelsesfunktionen svarer til den bedømmelse, som skal foretages efter art. 5, stk. 1 litra b, hvorved der kræves bevis for risiko for forveksling. Hertil skal det dog tilføjes, at der fortsat er basis for varemærkekrænkelse, men bedømmelsen heraf, som skal ske på baggrund af en udfyldning af fortolkningsprincipperne, hviler på medlemslandene. Dette er ikke helt uproblematisk, og jeg vil i det følgende skitsere den kritik, som har været rettet mod EU-Domstolens praksis, og de fortsatte udfordringer som eksisterer som følge heraf.

### Kritik af funktionsanalysen og de nationale domstoles fortsatte udfordringer

EU-Domstolen har med besvarelsen af de præjudicielle afgørelser opstillet nogle grundprincipper for den retlige regulering af søgeordsbaseret reklame.

Disse grundprincipper, som bl.a. opstiller et krav om indgreb i et af varemærkets funktioner, bliver ikke nærmere udfyldt af Domstolen, som dog finder, at både oprindelsesfunktionen og investeringsfunktionen potentielt kan krænkes ved søgeordsbaseret reklame.

Det er op til de nationale domstole nærmere at definere begrebet *en almindelig oplyst internetbruger*, ligesom det er op til de nationale domstole at vurdere hvornår annoncen er tilstrækkelig klar til, at der ikke skabes en forbindelse mellem annoncen og varemærkeindehaveren. Dette efterlader en meget bred fortolkningsmargin til de nationale domstole, og en generel uklarhed om udfaldet af disse konflikter, hvilket skaber grobund for en fortsat uensartet retspraksis i EU's medlemslande.

Dette afspejles da også i dansk retspraksis, som belyses i afsnit 5.2.1. Her viser den seneste retspraksis en tildens til at søgeordsbaseret reklame ikke er i strid med VML, men derimod er en overtrædelse MFL. Da MFL ikke er et udtryk for en harmonisering af medlemslandenes lovgivning, skaber en sådan særregulering udpræget risiko for divergens, idet en lignende sag i et medlemsland uden en sådan særlovgivning risikerer at få et helt andet udfald.

Funktionsanalysen kritiseres desuden for at beskyttelsen efter art. 5, stk. 1, litra a, nu er absolut, i den forstand at den ikke giver mulighed for en afvejning af interesser. Dette kan være hensigtsmæssigt, når oprindelsesfunktionen påvirkes. Her giver det mening at antage en risiko for forveksling i tilfælde af dobbelt identitet. I andre situationer kan der dog være legitime grunde til at bruge varemærket, hvilket søgeordsbaseret reklame er et eksempel på. Der er et klart behov for at afbalancere varemærkeindehaverens interesse i beskyttelse overfor et sundt konkurrencepræget marked. Dermed

er spørgsmålet ikke, om varemærkets funktioner er berørt, men om den negative indflydelse opvejes af konkurrerende interesser.<sup>115</sup>

### Hensigtsmæssigheden af en ny konkret lovgivning

På baggrund af ovenstående analyse samt en undersøgelse af EU-varemærke-systemet, som Max Planck Institutet har foretaget på vegne af Kommissionen, vil jeg vurdere hensigtsmæssigheden af en udvidet fortolkning af varemærkelovgivningen, herunder om reglerne muligvis udstrækkes for vidt i forsøget på at tilpasse lovgivningen til nutidens teknologi.

Undersøgelsen viser en generel opfattelse af, at de grundlæggende principper for EU-varemærkesystemet er solide, og at OHIM's procedurer generelt opfylder erhvervslivets behov og forventninger.<sup>116</sup> Det er dog af afgørende betydning, og nødvendigt for at sikre at varemærkesystemet fungerer effektivt, at EU's og medlemsstaternes nationale varemærkerettigheder fungerer sideløbende med hinanden.

Det som taler for at udarbejde en konkret e-regulering af varemærker, er at man også på det virtuelle område ville opnå en ensartet beskyttelse af varemærkerettigheder i hele Europa. Søgeordsbaseret reklame er blot én ud af mange udfordringer som den elektroniske verden stiller lovgivningsmagten overfor. Selvom resultatet af Max Planck analysen generelt viser et velfungerende varemærkesystem, havde man på tidspunktet for analysens tilblivelse ikke set konkrete eksempler på, hvordan medlemslandene håndterer de af EU-Domstolen udviklede principper, herunder risikoen for divergens ved særregulering.

Analysen diskuterer muligheden for konkret at regulere varemærkerettigheder på internettet, men kommer frem til at dette ville resultere i en grundlæggende ændring af den nuværende struktur af bestemmelserne om enerettigheder, som ville medføre yderligere problemer. Sådanne ændringer anbefales derfor ikke.<sup>117</sup> Henset til at varemærkedirektivet var rigtig mange år undervejs, grundet den store udfordring det var at forene alle medlemslandenes lovgivning i en fælles EU-lovgivning, kan man frygte at en ændring af hele EU-varemærkesystemet vil gøre mere skade end gavn.

En mulig fremtidig løsning vil derfor være at formålet med, og omfanget af, varemærkebeskyttelsen behandles i præamblen. Målet med dette er at give en fuldstændig redegørelse for varemærkets funktioner, uden at sløre konturerne af de juridiske bestemmelser, som danner rammerne for varemærkeretten.<sup>118</sup> Herved overlades en mindre fortolkningsmargin til medlemslandene, hvilket formentlig vil resultere i en mere ensartet retspraksis som et skridt på vejen mod en større gennemsigtighed omkring retlig regulering af søgeordsbaseret reklame.

---

<sup>115</sup> Ohly, Ansgar (2010) p. 880-881

<sup>116</sup> Europa Kommissionens Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker – 27. marts 2013. p. 4

<sup>117</sup> Max Planck (2011) pkt. 2.183

<sup>118</sup> *ibid.* pkt. 2.187



### 5.2.8. Dansk praksis efter EU-domstolens præjudicielle afgørelser

Domstolens præjudicielle afgørelser i sager vedrørende Google AdWords har udstyret de nationale retter med nye principper og redskaber til fortolkning af de relevante reglers anvendelse på Google AdWords. I det følgende vil jeg redegøre for fire domme afsagt af SØ- og Handelsretten siden november 2010 med henblik på at belyse den nyligt udviklede praksis på området, og undersøge hvordan dansk retspraksis er blevet påvirket af det europæiske samarbejde.

#### ***SØ- og Handelsrettens dom af 17. november 2010 - Ufr. 2011.634S (Billedbutikken)***

*Den første dom afsagt den 17. november 2010 handler om Billedbutikken (B). En til B konkurrerende virksomhed, Pixelpartner (P), havde hos Google AdWords købt søgeordet "Billedbutikken" og ved indtastning af søgeordet "Billedbutikken" fremkom P's annonce både under overskriften "Billedbutikken" samt under andre overskrifter. Annoncen indeholdt en kort slogan-omtale af P's virksomhed og en oplysning om, og et link til, P's hjemmeside.*

Af SØ- og Handelsrettens afgørelse fremgår det, at den brug som P under de beskrevne omstændigheder gjorde af tegnet "Billedbutikken" strider mod såvel VML § 4 som MFL §§ 1 og 18.

Det fremgår ikke af afgørelsen, hvorvidt der skelnes mellem de søgninger, hvor "Billedbutikken" fremkommer som overskrift til annoncen, og de søgninger hvor "Billedbutikken" ikke er en del af annoncen, hvilket ifølge EU-Domstolens praksis kan være et springende punkt ved vurderingen af, om der er tale om en krænkelse af varemærkeretten.

SØ- og handelsretten er altså, uden uddybende argumenter, forholdsvis konsekvent, når den statuerer både varemærkekrænkelser efter VML § 4 og overtrædelse af MFL §§ 1 og 18.

#### ***Utrykt dom af 5. marts 2012 fra Retten i Herning – (Højløkke Behandlingscenter)***

Godt to år senere tog SØ- og Handelsretten igen stilling til et søgsmål vedrørende Google AdWords.

*Denne sag angik spørgsmålet om, hvorvidt Behandlingscentret Møllen v/ Erik Zinck, (B) ved anvendelse af "Højløkke Behandlingscenter" som søgeord på Google AdWords krænkede Højløkke Behandlingscenter (H's), varemærkerettigheder og retigheder efter MFL. B's brug af reklamefunktionen Google AdWords betød, at når man i søgefeltet skrev "Højløkke Behandlingscenter", fremkom sagsøgtes hjemmeside under overskriften "Højløkke Behandlingscenter". Dette medførte, at man ved valg af "Højløkke Behandlingscenter" kom ind på sagsøgtes hjemmeside.*

Retten fandt, at en sådan brug af "Højløkke Behandlingscenter" som H under de nærværende omstændigheder havde gjort, var en krænkelse af VML § 4 samt MFL §§ 1 og 18.

Afgørelsen er umiddelbart i overensstemmelse med "Billedbutikken", men igen savnes en mere konkret redegørelse for reglernes anvendelse, og hvad der helt præcis fører til overtrædelse heraf.

#### **Sø- og Handelsrettens dom af 24. oktober 2012 – Ufr. U2013.242S (SKA-DAN)**

*Nærværende sag drejede sig om, hvorvidt Bredenoord (B), som drev virksomhed med udlejning af generatorer, havde handlet i strid med MFL ved at bruge konkurrentens navn og varemærke SKA-DAN (S) som søgeord hos Google AdWords. Retten skulle alene tage stilling til spørgsmålet om krænkelse af MFL, og ikke VML, idet S under hovedforhandlingen frafaldt anbringendet om, at B's handlinger var i strid med VML. Annoncen indeholdt ikke ordet SKA-DAN, og der sås heller ikke umiddelbart nogen direkte sammenhæng mellem B's annonce og SKA-DANs virksomhed. Omvendt var der heller ikke nogen direkte indikation i annoncen af, at der ikke var en økonomisk forbindelse mellem B og S.*

På det tidspunkt, hvor B brugte "SKA-DAN" som søgeord på Google AdWords, havde B faktisk et samhandelsforhold, hvor S lejede større generatorer hos B med henblik på videreudlejning til egne kunder. Da S og B leverede samme tjenesteydelser, havde B forsøgt at udnytte den relevante kundekreds' kendskab til S for derigennem at tilegne sig kunder fra sin samhandelspartner.

På denne baggrund fandt Sø- og Handelsretten, at B havde handlet illoyalt og på utilbørlig vis gjort brug af S's varemærke og forretningskendetegn i strid med MFL §§ 1 og 18.

Denne afgørelse adskiller sig fra de tidligere afgørelser på to afgørende punkter. For det første fordi retten slet ikke får lejlighed til at tage stilling til krænkelse efter VML. For det andet fordi retten i sin begrundelse for at statuere en krænkelse bl.a. henviser til, at S og B var samhandelspartnere i en kortere periode. Retten uddyber ikke, om dette har afgørende indflydelse på krænkelsesvurderingen, og spørgsmålet er derfor, om udfaldet ville have været det samme, hvis ikke S og B havde været samhandelspartnere. For så vidt angår anbringendet om krænkelse efter VML, kan man kun gisne om hvorfor dette blev frafaldet af S.

#### **Sø- og Handelsrettens dom af 7. marts 2013 –i Ufr. 2013.V-0105-11 (Experian)**

*Denne nyligt truffne afgørelse vedrører Debitor Registret (D)s brug af et nyhedsbrev, der indeholdt oplysninger om D's egne ydelser, herunder priser og markedsandele, i forhold til konkurrenten Experian (E). Herudover (og af relevans for nærværende speciales fokusområde) havde et af D anvendt mediebureau brugt E's varemærker "RKI" og "Ribers", som AdWords i en relativ kort periode i forbindelse med en kampagne.*

I relation til brugen af Experians varemærker som AdWords fandt Sø- og Handelsretten, at forholdet var begået af et af D anvendt mediebureau, for hvem D hæftede i den sammenhæng. Dernæst konkluderede Sø- og Handelsretten, at "... brugen af et varemærke som AdWord findes ikke at udgøre en krænkelse af varemærkeloven".

Til gengæld fandtes brugen at medføre en urimelig markedsræssig fordel for D, hvorfor brugen var en krænkelse af reglerne om god markedsføringsskik i medfør af MFL § 1.

Denne dom, som altså er Sø- og Handelsrettens seneste skud på stammen i en række af Google AdWords-sager, er meget vidtgående, idet den uden nærmere konkretisering slår fast, at der, for så vidt angår brug af varemærker, som søgeord hos Google AdWords ikke kan være tale om en krænkelse af VML. Det fremgår ikke klart af dommen, hvorvidt varemærkerne var synlige i selve annoncerne eller blot fungerede som bagvedliggende søgeord, hvorfor det ikke vides, om dette har haft indflydelse på resultatet.

Dommen kan umiddelbart give det indtryk, at en annoncørs brug af varemærker som søgeord hos Google AdWords altid vil indebære en overtrædelse af MFL § 1, hvilket dog må antages ikke at have været rettens hensigt. Det var ønskeligt, om retten havde begrundet hvorfor MFL i den konkrete tilfælde er overtrådt, ud over at det må anses for en ”*urimelig markeds-mæssig fordel*” for annoncøren.

Dommen efterlader et noget ændret billede af retstilstanden, som jeg vil redegøre nærmere for i det følgende afsnit.

### 5.2.9. Udviklingen i dansk retspraksis

Ovenstående gennemgang af retspraksis viser, at de danske domstole ved deres stillingtagen til den kendetegnsretlige regulering af søgeordsbaseret reklame er gået fra uden tøven at statuere varemærkekrænkelse til nu tilsyneladende at afvise VMLs anvendelse på denne type varemærkebrug. Den markante udvikling skal i høj grad ses i lyset af EU-Domstolens præjudicielle afgørelser, som har bidraget med væsentlige fortolkningsprincipper til afgørelse af tvister om søgeordsbaseret reklame med henblik på at skabe en mere ensartet retstilstand i medlemslandene.

Selvom om Sø- og Handelsretten ikke konkret begrunder hvorfor denne i ”Billedbutikken” og ”Højløkke Behandlingscenter” statuerer varemærkekrænkelse, er der noget, som tyder på, at man i dansk ret, efter EU-Domstolens præjudicielle afgørelser, nu skelner mellem de tilfælde hvor et tegn identisk med varemærket figurerer i selve annonceteksten eller fremstår som overskrift hertil, og de tilfælde hvor tegnet udelukkende anvendes som søgeord og således ikke fremgår andre steder end i søgefeltet.

Som det ses i de to seneste afgørelser har MFL nu indtaget en mærkbar position i sager om søgeordsbaseret reklame herhjemme. I ”SKA-DAN” vurderede Sø- og Handelsretten, at der forelå en krænkelse af både MFL §§ og 18. Dette på trods af, at et anbringende om krænkelse af VML blev frafaldet under hovedforhandlingen. Det fremgår ikke af dommen, hvorfor anbringendet om at der forelå krænkelse af varemærket blev frafaldet, men hvis det med de to seneste domme er den generelle opfattelse, at der ikke foreligger krænkelse af VML, er det betænkeligt, at forholdet vurderes til at falde ind under anvendelsesområdet for MFL § 18, da man herved udstrækker den kendetegnsretlige beskyttelse efter MFL til at omfatte forhold, som åbenbart falder uden for VML’s anvendelsesområde. Man lægger herved op til at kortslutte den afbalancering, som er gennemført inden for VML, da de omstændigheder som fører til, at brugen ikke udgør en varemærkekrænkelse, også bør føre til at brugen ikke er i strid med MFL § 18.<sup>119</sup>

---

<sup>119</sup> Schovsbo og Rosenmeier (2013) p. 535

For så vidt angår generalklausulen i MFL § 1 om god markedsføringskik, er der ingen tvivl om, at bestemmelsen kan anvendes på søgeordsbaseret reklame i tilfælde af illoyalitet, uanset at forholdet varemærkeretligt set er lovligt. Sø- og Handelsretten fandt da også MFL § 1 anvendelig i både ”SKA-DAN” og ”Experian”, men er ikke konkret i sin begrundelse herfor.

En generel opfattelse af at søgeordsbaseret reklame falder uden for VML’s anvendelsesområde, men derimod per se strider mod MFL § 1 er hverken hensigtsmæssig eller i overensstemmelse med EU-Domstolens retspraksis, og det har da næppe heller været Sø- og Handelsrettens hensigt at anlægge en så konsekvent afvigende praksis. Henset til at der kun er afsagt 4 danske domme siden den sidste præjudicielle afgørelse om Google AdWords, må det konkluderes, at retstilstanden i dansk ret fortsat er usikker, men nok tenderer til den opfattelse, at MFL snarere end VML finder anvendelse på søgeordsbaseret reklame.

### **5.3. Forholdet mellem varemærkeindehaveren og Google**

Nedenstående analyse af retspraksis belyser Googles mulige ansvar overfor varemærkeindehaveren – både for så vidt angår Googles potentielle egen varemærkekrænkelse, men også Googles ansvar i sin skikkelse af Internet Service Provider (ISP) for medvirken til varemærkekrænkelse ved at generere Googles AdWords.

#### **5.3.1. Tysk retspraksis**

Tysk retspraksis giver et billede af en lempelig tilgang til søge- og annonceringstjenesters ansvar overfor varemærkeindehavere i forbindelse med søgeordsbaseret reklame. Ligesom i Danmark opererer Tyskland tilsvarende med begrebet varemærkebrug som den første betingelse for, at der overhovedet kan blive tale om varemærkekrænkelse. De tyske domstole har fundet, at søge- og annonceringstjenester ikke gør *varemærkebrug* af tegnet, som det er en betingelse efter German Trade Marks Act. Allerede af den grund kan søge- og annonceringstjenester ikke ifalde et direkte varemærkeretligt ansvar overfor varemærkeindehaveren.<sup>120</sup>

#### **5.3.2. Amerikansk retspraksis**

Som nævnt i afsnit 5.2.4. finder den amerikanske ”trademark use doctrine” også anvendelse ved vurderingen af, om søgetjenester i deres rolle som ISP krænker varemærkeretten ved at stille søge- og annonceringstjenester til rådighed for annoncører.

I *Rescuecom Corp. v. Google* blev det slået fast, at også søge- og annonceringstjenester, såsom Google, foretager en sådan *varemærkebrug*, som The Lanham Act foreskriver. Dette blev bl.a. begrundet med, at Google i forbindelse med Google AdWords viser, udbyder og sælger beskyttede varemærker i forbindelse med salget af reklamedelers til annoncører.

Googles ansvar var tilsvarende genstand for stor debat i sagen (*Rosetta Stone, Inc. mod Google, Inc.*) som verserede mellem flere instanser, før sagen den 31. oktober 2012 blev forliget. Sagen drejede sig om, hvorvidt Googles salg af andre selskabers

---

<sup>120</sup> Efroni, (2006) p. 215, note 45

varemærker til brug for sponsorerede links gav anledning til varemærkekrænkelser. Rosetta Stone hævdede, at folk der søgte på deres produkter på Googles søgetjeneste, blev omdirigeret til konkurrenternes hjemmesider, herunder software svindlere, og at dette var en krænkelser af varemærkeretten.

Federal Court i Virginia afviste sagen i 2010, idet retten ikke fandt det sandsynligt, at salget af søgeord skulle forvirre forbrugerne. U.S. Court of Appeals for the 4th Circuit genoptog dog hovedparten af sagen i april 2012, herunder spørgsmålet om udvanding af Rosetta Stones varemærke. I oktober 2012 besluttede parterne at forlige sagen og udtalte i den forbindelse, at de ønskede at samarbejde omkring bekæmpelse af online annoncering for kopivarer og generelt forhindre misbrug af varemærker på internettet.<sup>121</sup> De nærmere omstændigheder omkring forliget blev ikke offentliggjort, hvorfor dommen ikke har bidraget til megen afklaring af retstilstanden.<sup>122</sup>

Om end der i *Rescuecom Corp. v. Google* blev skabt en vis klarhed over søgetjenesters retsstilling, må der med Rosetta Stone sagen endnu siges at være uklarhed omkring søge- og annonceringstjenesters ansvar for brug af varemærker på internettet i USA.

### 5.3.3. Komparativ analyse af retspraksis i EU og USA

Dansk retspraksis har hidtil været koncentreret omkring annoncørers ansvar, hvorfor spørgsmålet om søge- og annonceringstjenesters ansvar overfor varemærkeindehaveren endnu ikke har været aktuelt.

Spørgsmålet har til gengæld været behandlet i tysk ret, hvor det er den klare opfattelse, at søge- og annonceringstjenester ikke kan ifalde et direkte ansvar overfor varemærkeindehaveren som følge af manglende *varemærkebrug*. Det må dog antages, at der, afhængig af fremtidige sagers konkrete omstændigheder, kan blive tale om et medvirkensansvar for søge- og annonceringstjenester i deres rolle som Internet Service Provider.<sup>123</sup>

I USA har Google som søge- og annonceringstjeneste været genstand for en række søgsmål, hvor det er blevet fastslået, at Google, ligesom det er tilfældet for annoncører, gør *varemærkebrug* af de tegn, som annoncørerne køber som søgeord hos Google.<sup>124</sup> Herudover er der dog ikke sket megen afklaring af, om Google ved at udbyde søgeord til salg krænker varemærkeretten, idet den seneste afgørende sag på området (*Rosetta Stone*) endte i et forlig mellem parterne.

Generelt er der ikke en ensartet opfattelse af Googles rolle og ansvar som Internet Service Provider i relation til søgeordsbaseret reklame. Ligesom det var tilfældet med annoncørers ansvar, er det også i denne sammenhæng interessant at belyse EU-Domstolens fortolkning af EU-varemærkerettens anvendelse på denne type internetbaseret varemærkebrug.

---

<sup>121</sup> Levin, Mintz (2012)

<sup>122</sup> Baynes, Terry (2012)

<sup>123</sup> Denne problemstilling behandles indgående i analysen af EU-Domstolens retspraksis nedenfor.

<sup>124</sup> ”Rescuecom Corp. v. Google”

### 5.3.4. EU-Domstolens retspraksis

I det følgende foretages en gennemgang af de i afsnit 5.2.6. belyste afgørelser – nu med fokus rettet mod EU-Domstolens bedømmelse af Googles ansvar. Der henvises til afsnit 5.2.6. for en nærmere præsentation af dommene.

#### *Forenede sager C-236/08 – C-238/08 Google mod Louis Vuitton m.fl. ”Google AdWords”*

Indledningsvist vurderer Domstolen om Google på baggrund af varemærkedirektivets art. 5, stk. 1, litra a, foretager en varemærkekrænkelse ud fra forvekslingslæren. Herefter behandles spørgsmålet om hvorvidt Google i sin egenskab af ISP<sup>125</sup> er omfattet af ansvarsfrihedsbestemmelsen i e-handelsdirektivets art. 14.

#### Varemærkekrænkelse efter forvekslingslæren<sup>126</sup>

For at pålægge Google et eventuelt varemærkeretligt ansvar er det en forudsætning, at der for Googles vedkommende er tale om erhvervsmæssig brug. Hertil udtaler Domstolen, at det er ubestridt, at Google, som udbyderen af søge- og annonceringstjenesten udøver erhvervsmæssig virksomhed med økonomisk vinding for øje.<sup>127</sup>

Kravet om at der foreligger varemærkebrug jf. art. 5, stk. 1, forudsætter ifølge EU-domstolen, at Google gør brug af tegnet i forbindelse med sin *egen kommercielle kommunikation*.<sup>128</sup> Google giver annoncørerne mulighed for at gøre brug af de pågældende varemærker, men gør ifølge Domstolen ikke selv brug af dem.<sup>129</sup> Det forhold, at annoncørerne betaler Google for en ydelse som indebærer brug af disse varemærker, ændrer ikke herved. Domstolen fastlægger ikke nærmere begrebet ”kommerciel kommunikation”. Begrebet er derimod defineret i e-handelsdirektivets art. 2, litra f, som ”*alle former for kommunikation bestemt til direkte eller indirekte at fremme afsættningen af varer eller tjenesteydelser eller til etablering af et image for en virksomhed, en organisation eller en person, som udøver handels-, industri- eller håndværksvirksomhed eller et lovreguleret erhverv.*” Varemærkebrug er herefter begrænset til kommunikative eller snarere ekspressive handlinger,<sup>130</sup> hvilket kan begrunde, hvorfor annoncørers brug af varemærker som søgeord er *varemærkebrug*, og Googles anvendelse af de samme søgeord ikke er det.<sup>131</sup>

#### Ansvarsfrihed for medvirkensansvar – e-handelsdirektivets artikel 14

---

<sup>125</sup> *Internet Service Provider*, som er det internationale udtryk for en ”informationsamfundstjeneste” i henhold til e-handelsloven.

<sup>126</sup> jf. varemærkedirektivets art. 5, stk. 1, litra a,

<sup>127</sup> ”Google AdWords” præmis 52

<sup>128</sup> *ibid.* præmis 56

<sup>129</sup> *ibid.* præmis 59

<sup>130</sup> Riis, Thomas (2010) p. 259

<sup>131</sup> Samme opfattelse deles af Generaladvokaten i betragtning 66 og 67

Selvom Google ikke er direkte ansvarlig for krænkelse af varemærkeretten, kan Google dog stadig anses for medvirkede til de krænkelse, som annoncøren måtte foretage. Et sådant ansvar afgøres efter nationale regler om medvirken, som ikke behandles nærmere i dette speciale.

På denne baggrund tog Domstolen i nærværende sag stilling til, om Google er omfattet af e-handelsdirektivets art. 14.

Indledningsvist fastslog Domstolen, at søge- og annonceringsydelsen, som Google udbyder, er en "informationssamfundstjeneste" (ISP) i e-handelsdirektivets forstand, idet Google generelt må siges at omfatte ydelser, som "*teleformidles ad elektronisk vej, og som vedrører behandling og lagring af oplysninger på individuel anmodning fra en tjenestemodtager og normalt mod vederlag.*"<sup>132</sup>

Herefter tog Domstolen stilling til om den lagring, som Google i sin egenskab af ISP foretager, henhører under art. 14, hvilket forudsætter, at en række betingelser er opfyldt. I betragtning 42 til direktiv 2000/31 fremgår det, at ansvarsfrihed kun er aktuelt i de tilfælde, hvor aktiviteten "*udelukkende er teknisk, automatisk og passiv*" således, at tjenesteyderen "*hverken har kendskab til eller kontrol over de informationer, der transmitteres eller oplagres.*" Det afgørende for ansvarsfrihed er herefter, at tjenesteyderens rolle er neutral, og at tjenesteyderen er i god tro om indholdet af det, som lagres på søgetjenesten.

Generaladvokaten tilkendegav i sit forslag til afgørelse, at Google AdWords ikke burde høre under anvendelsesområdet for art. 14, da Google ikke er et instrument til formidling af neutrale oplysninger, og da Google har en direkte interesse i, at internetbrugere klikker på annoncørernes links.<sup>133</sup> Dette synspunkt delte Domstolen ikke. Domstolen udtalte derimod, at "*den blotte omstændighed, at søge- og annonceringsydelsen leveres mod betaling, at Google fastsætter betalingsvilkårene, og at selskabet giver en række generelle oplysninger til sine klienter, ikke kan have til følge, at Google ikke omfattes af de undtagelser fra ansvar, som er fastsat i direktiv 2000/31.*"<sup>134</sup> Domstolen lod det herefter være op til de nationale domstole at træffe endelig afgørelse om Googles ansvarsfrihed, hvilket der foretages en nærmere diskussion af i afsnit 5.3.5.

### ***Sag C-324/09 L'Oréal og andre mod eBay***

Som skitseret ovenfor adskiller denne dom sig fra analysens øvrige domme ved at omhandle en online markedsplads som mellemmand. Da der både for e-Bays og Googles vedkommende er tale om et mellemmandsansvar, (ISP liability) er det interessant at inddrage Domstolens retlige vurdering af en online markedsplads som ISP.

Bedømmelsen sker efter varemærkedirektivets art. 5, stk. 1, litra a og varemærkeforordningens art.9, stk. 1, litra a.

---

<sup>132</sup> Lovgivers definition af begrebet, som Domstolen gengiver i præmis 14 og 15

<sup>133</sup> Forslag til afgørelse pkt. 145

<sup>134</sup> "Google AdWords" præmis 116

### Krav om brug i forbindelse med egen kommercielle kommunikation

Ligesom for Googles vedkommende er det ifølge Domstolen en betingelse, at der for en online markedsplads er tale om brug af tegnet i forbindelse med ”egen kommerciel kommunikation.” Domstolen har altså valgt at udstrække de i praksis udviklede principper omkring søgetjenesters ansvarsbedømmelse til også at omfatte online-markedspladser.

Generaladvokaten anfører i sit forslag til afgørelse<sup>135</sup> at den brug af et tegn, der er identisk med eller ligner varemærker, i slagsudbud, som vises på en online markedsplads, ”... foretages af kunderne til operatøren af markedspladsen, som sælger varer, og ikke af operatøren selv.”<sup>136</sup>

eBays primære rolle er at formidle tjenesteydelser til sine kunder, og eBay giver i den forbindelse sine kunder mulighed for at gøre brug af tegn, som er identisk med eller ligner andres varemærker. eBay gør derfor ikke selv brug af sådanne tegn som omhandlet i art. 5, stk. 1, litra a.

### E-handelsdirektivets ansvarsfrihedsbestemmelse for medvirkensansvar

Domstolen inddrager herefter e-handelsdirektivets art. 14 om ansvarsfrihed for medvirkensansvar i forbindelse med oplagring (hosting) med det formål at undersøge, om bestemmelsen finder anvendelse på operatøren af en online-markedsplads i tilfælde af, at nationale regler om medvirken statuerer et ansvar for eBay.

Domstolens vurdering og udfald svarer i det store og hele til, hvad der gjorde sig gældende for søgetjenester i ”Google AdWords”, hvorfor der henvises til analysen og de heraf udledte principper i denne dom.

Dommen fastslår generelt, at søgetjenester og operatører af onlinemarkedspladser er underlagt det samme ansvar i deres rolle som ISP. De i praksis udledte principper om søgetjenesters ansvar finder derfor tilsvarende anvendelse på operatører af online-markedspladser.

### **5.3.5. Diskussion af søgetjenesters ansvar på baggrund af EU-Domstolens retspraksis**

På baggrund af ovenstående analyse af EU-Domstolens retspraksis kan det konstateres, at søgetjenesters salg af søgeord til annoncører indeholdende tegn identisk med beskyttede varemærker ikke udgør en selvstændig krænkelse af varemærkeretten. Her til kræves, at selve brugen af tegnet sker som led i ”egen kommerciel kommunikation”, hvilket for søgetjenesters vedkommende ifølge EU-Domstolen ikke er tilfældet.

Kravet om egen kommerciel kommunikation er et forholdsvist nyt begreb introduceret af EU-domstolen og ifølge ”L’Oréal mod eBay” udstrækkes kravet til også at omfatte online-markedspladser i deres egenskab af formidler. Domstolens praksis tyder på, at kravet generelt gør sig gældende for mellemmand i en formidlerrolle, men om der er

---

<sup>135</sup> Pkt. 119 og 120

<sup>136</sup> ”L’Oréal mod eBay” præmis 103



tale om princip, hvorved *varemærkebrug* i almindelighed er betinget af egen kommerciel kommunikation, står fortsat hen i det uvisse.

Rationalet bag princippet om egen kommerciel kommunikation skal nok ses som et ønske fra Domstolens side om at begrænse det ansvar, som søgetjenester ellers ville blive pålagt i sin egenskab af formidler på internettet. Generaladvokaten udtrykker netop et sådant synspunkt i sit forslag til afgørelse af ”Google AdWords” hvor han udtaler: ”*Internettet fungerer uden nogen central kontrol, og dette er måske nøglen til dets vækst og succes: Internettet er afhængigt af det, de forskellige brugere frivilligt tilfører hertil. Søgeord er et af instrumenterne – hvis ikke hovedinstrumentet – hvorved disse oplysninger organiseres og stilles til rådighed for internetbrugerne. Søgeord er derfor i sig selv indholdsneutrale: De giver internetbrugerne mulighed for at nå websteder, der er knyttet til sådanne ord.*”<sup>137</sup> Skulle søgetjenester være ansvarlige for alt materiale som oplagres, herunder søgeord, ville søgetjenester ikke eksistere. Dette harmonerer da også med ansvarsfritagelses-bestemmelserne i e-handelsdirektivet, hvis formål er at beskytte service providers på internettet i det tilfælde, hvor de i god tro oplagrer tredjemands ulovlige information.

Spørgsmålet er dog, hvor langt en sådan ansvarsfrihed bør udstrækkes overfor en søgetjeneste som Google, som nok er en ISP, men samtidig driver en milliardforretning med salg af søgeordsreklamer, hvor Google ikke spiller en helt neutral rolle.

#### Internet Service Providers

Kravet om egen kommerciel kommunikation samt de lempelige regler for service providers efterlader kun en begrænset mulighed for at pålægge søgetjenester et varemærkeretligt ansvar. Dette forudsætter nemlig et ansvar efter nationale regler om medvirken, som efter omstændighederne kan bortfalde som følge af ansvarsfrihedsbestemmelsen i e-handelsdirektivets art. 14.

Som følge heraf har Google hidtil haft succes med at undslå sig ansvar overfor varemærkeindehavere - dette ses både i Tyskland og til dels i USA. I det følgende diskuteres hensigtsmæssigheden af, at søgetjenester omfattes af e-handelsdirektivets art. 14

- Ansvarsfrihed efter e-handelsdirektivets art. 14

Som anført er det - for at der kan opnås ansvarsfrihed efter art. 14 – afgørende, at tjenesteyderens rolle er *neutral*, og at tjenesteyderen *er i god tro* om indholdet af det, som lagres på søgetjenesten. Generaladvokaten har tilkendegivet<sup>138</sup>, at Google AdWords ikke burde høre under anvendelsesområdet for art. 14, da Google ikke er et instrument til formidling af neutrale oplysninger, og da Google har en direkte interesse i, at internetbrugere klikker på annoncørernes links. Der er hermed skabt en vis berettiget tvivl om hensigtsmæssigheden af at anvende art. 14 i forbindelse med vurderingen af Googles ansvar.

Dette synspunkt deler Domstolen, ikke og de nationale domstole må derfor forholde sig til den præcedens, som Domstolens praksis skaber og dermed inddrage art. 14 i

---

<sup>137</sup> Pkt. 110

<sup>138</sup> Forslag til afgørelse i ”Google AdWords” pkt. 145

deres bedømmelse af et evt. medvirkensansvar. I Google AdWords dommen udtalte Domstolen at det, som er relevant for vurderingen af oplagringens karakter, er Googles rolle ved formuleringen af den kommercielle besked, som ledsager det salgsfremmende link eller ved skabelsen eller valget af søgeord.<sup>139</sup> Det er på denne baggrund op til den nationale domstol at vurdere, om Googles rolle lever op til kriterierne i henhold til art. 14.

Med formuleringen ”skabelsen eller valget af søgeord” er det nærliggende for den nationale domstol, i sin vurdering af Googles rolle, at tage højde for Googles hjælpeværktøj (KeywordTool), som stilles til rådighed for annoncører, når de skal udvælge søgeord til brug for det salgsfremmende link. Det interessante i den sammenhæng er, at Googles KeywordTool går ind og foreslår søgeord til annoncøren, herunder andres varemærker, som Google mener, kan medvirke til at fremme synligheden af annoncørens salgsfremmende link.

Googles tilbyder i sin KeywordTool ligeledes den såkaldte ”broad match-funktion”<sup>140</sup>, hvorved Google medtager alle kombinationer af det valgte søgeord. Herved er der potentiale for, at Google automatisk medtager konkurrenters varemærker, som tilfældigvis indeholder det valgte søgeord. Spørgsmålet er, om Googles rolle ud fra en sådan betragtning fortsat kan betegnes som værende neutral, idet Googles hjælperedskaber aktivt går ind og opfordrer annoncører til at vælge andres varemærker som søgeord, samt medtager tilfældige kombinationer af andres varemærker.

Netop spørgsmålet om Googles broad match-funktion var aktuelt i en sag afgjort af German Supreme Court i december 2012 (MOST-Pralinen).<sup>141</sup> Her fandt Tysklands Højesteret ikke, at funktionen - hvorved en konkurrents varemærke automatisk blev udvalgt som søgeord - var en krænkelse af varemærkeretten. Tysklands retspraksis vidner da også generelt om en liberal holdning til udbyderen af søgetjenester, herunder Google. Der er derfor stadig belæg for, at andre nationale domstole, med henvisning til Googles KeywordTool vil kunne afvise, at Google omfattes af den ansvarsfrihed som e-handelsdirektivets art. 14 hjemler.<sup>142</sup>

### Forbrugervildledning

I Australien tog man for nylig stilling til om søgeordsbaseret reklame strider mod australske forbrugerrettigheder. Sagen blev anlagt af Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) mod Google Inc.<sup>143</sup> med påstand om, at Google ved både at generere naturlige søgeresultater og sponsorerede links betalt af annoncører udviste misvidende og vildledende adfærd, idet de ”organiske” søgeresultater ikke var ordentligt adskilt fra de sponsorerede links.

Sagen startede i Federal Court, hvor resultatet var i Googles favør. Her var det opfattelsen, at Google blot havde handlet som en kanal, der formidler reklamer for andre uden at godkende indholdet af disse.

---

<sup>139</sup> ”Google AdWords” præmis 118

<sup>140</sup> Som beskrevet i afsnit 3.3.

<sup>141</sup> BGH, 13.12.2012, I ZR 217/10, ”MOST-Pralinen”

<sup>142</sup> Clark, Birgit (2010) p. 480

<sup>143</sup> Google Inc. vs. ACCC [2013] HCA 1

Under appelsagen fandt Federal Court dog enstemmigt frem til, at Google selv havde udvist misvisende og vildledende adfærd, idet Google spillede en aktiv rolle ved at skabe, godkende, udbrede og offentliggøre reklamerne. Da det også var Google som kontrollerede indholdet af søgeresultaterne, var det rettens opfattelse, at Google selv havde lavet vildledende og svigagtige repræsentationer. Google appellerede afgørelsen til High Court of Australia, som enstemmigt afsagde dom i Googles favør. Dette skete ud fra den betragtning, at almindeligt oplyste brugere af Google-søgetjenesten ville forstå, at de sponsorerede links stammer fra annoncører, som Google ikke har godkendt, hvorfor Google ikke har spillet en aktiv rolle.

Modsat EU-Domstolen går den australske Højesteret ikke ind og vurderer, om der er belæg for at pålægge Google et medvirkensansvar, men konkluderer blot at Google i medfør af sin neutrale rolle ikke gør sig skyldig i forbrugervildledning.

### Fremtiden for Google AdWords i et retligt perspektiv

Den australske højesteretsdom om forbrugervildledning bekræfter, at der fortsat sættes spørgsmålstegn ved, om Google som søgetjeneste er ansvarsfri – ikke kun overfor varemærkeindehavere, men også overfor den enkelte forbruger.

EU-Domstolen har gennem retspraksis udviklet nogle hovedprincipper for vurderingen af søgetjenesters ansvar ved søgeordsbaseret reklame. Det er herefter op til de nationale domstole at udfylde disse principper. Ligesom det var tilfældet med funktionsanalysen, er der en vis usikkerhed forbundet med den brede fortolkningsmargin, som er overladt til de nationale domstole. Det ville derfor være ønskeligt, om der blev opstillet nogle nærmere kriterier for vurderingen af søgetjenesters ansvarsfrihed efter e-handelsdirektivets art. 14, ligesom vurderingen af om der foreligger egen kommerciel kommunikation bør konkretiseres.

Det står efter EU-Domstolens præjudicielle afgørelser klart, at søgetjenester i relation til søgeordsbaseret reklame udelukkende kan ifalde et ansvar på baggrund af ikke-harmoniserede regler om medvirken. Dette er ikke hensigtsmæssigt, idet der herved potentielt skabes en uensartet praksis landene imellem, hvorved den ellers harmoniserede varemærkeret sløres for så vidt angår retlig regulering af søgeordsbaseret reklame. En oplagt løsning ville være en harmonisering af medvirkensreglerne. Her må man dog vurdere om formålet med en sådan harmonisering er proportionalt med den omfattende regulering af alle medlemslandes lovgivning som dette ville medføre.

I Max Planck analysen, foreslås det som en løsning på generelle varemærkeretlige problemstillinger på internettet, at en "fair use"-klausul indføres i EU. Det ville give mulighed for fleksibilitet i situationer, der ikke tidligere har været forudset i lovgivningen, og ville derfor tage højde for nye forretningsmodeller, der jævnlige skabes i forbindelse med internettet. En mulig lovgivningsteknik ville være en kombination af en generel undtagelse med specifikke eksempler, som det kan findes i artikel 5 til 9 i Direktivet om urimelig handelspraksis (2005/29/EF).<sup>144</sup>

---

<sup>144</sup> Max Planck (2011) pkt. 2.266

## 6. Konklusion

Hensigten med nærværende afhandling har været at belyse den kendetegnretlige regulering af søgeordsbaseret reklame med henblik på at undersøge, om ældre lovgivning på en hensigtsmæssig måde kan udstrækkes til at omfatte nyere internetbaseret teknologi.

Baseret på en gennemgang af varemærkedirektivets relevante bestemmelser kan det på det generelle plan konkluderes, at varemærkedirektivets bestemmelser i deres nuværende udformning ikke er særlig velegnede til regulering af søgeordsbaseret reklame. Dette er hovedsageligt begrundet med at varemærker – ved registrering af et søgeord identisk hermed - udnyttes ved skjult brug, hvorfor det ikke er givet, at der sker en egentlig *varemærkebrug* i direktivets forstand. En sådan usynlig brug harmonerer ikke med den traditionelle forvekslingsbedømmelse efter varemærkedirektivets art. 5, stk. 1, hvorfor en tilpasning af forvekslingsbedømmelsen er nødvendig for at matche nye former for udnyttelse af andres varemærker.

- **Annoncører**

Den form for brug, som annoncøren foretager ved at registrere andres varemærker som søgeord hos søgetjenester, kan på baggrund af EU-Domstolens retspraksis konkluderes at være *varemærkebrug* i direktivets forstand. En sådan brug kan derfor udgøre en krænkelse af varemærkeindehaverens eneret. Det gør sig tilsvarende gældende, at en sådan krænkelse er betinget af, at der sker et indgreb i varemærkets funktion, herunder eksempelvis oprindelsesfunktionen, som er varemærkets væsentligste funktion. EU-Domstolen har gennem retspraksis udvidet den allerede eksisterende funktionsanalyse til at omfatte flere funktioner, herunder investeringsfunktionen, hvilket må ses som Domstolens forsøg på at tilpasse krænkelsesvurderingen til nye former for varemærkebrug, herunder når der foretages en sådan usynlig brug.

Afgørende, for om oprindelsesfunktionen er krænket, er ifølge Domstolen, om en almindeligt oplyst internetbruger kan gennemskue, hvorfra de til annoncen tilknyttede varer eller tjenesteydelser hidrører, ligesom det skal vurderes, om der ved annoncen er skabt en økonomisk forbindelse mellem annoncøren og varemærkeindehaveren.

Herved er der skabt et sammenfald mellem bedømmelsen efter varemærkedirektivets art. 5, stk. 1 litra a, og litra b, idet en forvekslingsbedømmelse nu for begge leds vedkommende er aktuel.<sup>145</sup>

Krænkelsesvurderingen for velkendte varemærker sker på traditionel vis efter varemærkedirektivets art. 5, stk. 2. Herefter kan der ske en varemærkekrænkelse i tilfælde af, at annoncørens brug gør skade på eller foretager en utilbørlig udnyttelse af det velkendte varemærkes særpræg eller renommé.

---

<sup>145</sup> jf. afsnit 5.2.6.

Overordnet kan det konkluderes, at annoncørers registrering af varemærker som søgeord ikke per se er en krænkelse af varemærkeretten, idet en sådan krænkelse er betinget af et indgreb i varemærkets funktion.

- **Søgetjenesters ansvar (ISP liability)**

På baggrund af EU-Domstolens retspraksis er det klart, at søgetjenesters ansvar i relation til søgeordsbaseret reklame adskiller sig markant fra det ansvar, som gør sig gældende for annoncører.

EU-Domstolen har udviklet nogle overordnede principper i relation til søgetjenesters ansvar. For at søgetjenesters handlinger kan være udtryk for *varemærkebrug* i direktivets art. 5, stk. 1's forstand forudsætter det, at denne brug sker som led i søgetjenestens egen kommercielle kommunikation. *Varemærkebrug* er herefter begrænset til kommunikative eller snarere ekspressive handlinger,<sup>146</sup> hvilket ifølge Domstolen fører til, at søgetjenesters handlinger ikke er udtryk for en sådan brug som art. 5, stk. 1 foreskriver.

Det kan herefter konkluderes, at søgetjenesters ansvar er begrænset til et eventuelt med-virkensansvar efter ikke-harmoniseret national lovgivning.

Da søgetjenester, i deres egenskab af service providers, er underlagt reglerne i e-handelsdirektivet, skal det i tilfælde af nationalt medvirkensansvar vurderes om ansvaret bortfalder i medfør af e-handelsdirektivets ansvarsfritagelsesbestemmelser - for søgetjenesters vedkommende art. 14 om oplagring/hosting. En sådan ansvarsfrihed ydes i det tilfælde, hvor tjenesteyderens rolle er neutral, og hvor denne er i god tro om indholdet af det, som lagres på søgetjenesten.

Om end Google i lyset af EU-Domstolens retspraksis har vundet en klar sejr over varemærkeindehaverne, kan man forestille sig at Google på et tidspunkt vil være nødsaget til at ændre sit KeywordTool, således at dette ikke foreslår annoncører at bruge andres varemærker som søgeord.<sup>147</sup>

- **Udviklingen i dansk retspraksis**

I lyset af dansk retspraksis kan det konkluderes, at der er sket en markant udvikling på baggrund af EU-Domstolens præjudicielle afgørelser. Tidlig dansk retspraksis viser et stringent varemærkeretligt ansvar overfor annoncører idet man i mangel af bedre havde adopteret de for meta tags udviklede principper om varemærkekrænkelser.

Efter EU-Domstolens stillingtagen kan der i dansk retspraksis spores en tendens til, at varemærkekrænkelser udelukkende foreligger i de tilfælde, hvor der gøres synligt brug af varemærket i forbindelse med selve annoncen. Usynlig brug vil herefter ikke udgøre

---

<sup>146</sup> Riis, Thomas (2010) p. 259

<sup>147</sup> *ibid.* p. 262

en varemærkekrænkelser, men vil derimod være i strid med MFL's regler om god markedsføringsskik. Da dansk retspraksis på området fortsat er sparsom, er det ikke muligt at udlede nogle faste fortolkningsprincipper som fremover er udtryk for gældende ret.

- **Hensigtsmæssigheden af en internetbaseret varemærkelovgivning**

EU-Domstolen har med sin besvarelse af medlemslandenes præjudicielle spørgsmål udviklet nogle principper for regulering af henholdsvis annoncørers ansvar og søgetjenesters ansvar i relation til den retlige regulering af søgeordsbaseret reklame. Den traditionelle varemærkelovgivning er herved forsøgt tilpasset den digitale tidsalder, som udvikles i et hastigt tempo.

Om end der er skabt et fælles EU-retligt fundament for regulering af søgeordsbaseret reklame, er der fortsat belæg for en uensartet retspraksis i medlemslandene, idet en udfyldelse af principperne er op til de nationale domstole. Hertil kommer risikoen for divergens ved særlovgivning, som det ses ved dansk praksis, hvor MFL har fået en fremtrædende karakter ved bedømmelsen af annoncørers ansvar. Denne risiko foreligger ligeledes ved bedømmelse af søgetjenesters ansvar, idet ikke-harmoniserede regler om medvirken er afgørende for, om søgetjenester kan ifalde et ansvar.

På baggrund af den analyse, som Max Planck Instituttet har foretaget, må det konkluderes, at løsningen ikke skal findes i en særregulering af varemærkebrug på internettet, idet dette ville resultere i en grundlæggende ændring af den nuværende struktur af bestemmelserne om enerettigheder, som ikke er hensigtsmæssig. Derimod kan løsningen være at indføre en "fair use"-klausul i EU, som skal bidrage med den nødvendige fleksibilitet i forhold til nye forretningsmodeller overfor hvilke varemærkedirektivets bestemmelser kommer til kort.<sup>148</sup>

---

<sup>148</sup> Max Planck (2011) pkt. 2.266

## 7. Litteraturliste/kildefortegnelse

### Litteratur

#### Bøger:

- **Lopez-Tarruella, Aurelio**, *Google and the Law*, (2012)
- **Kragelund, Christian m.fl. (2005)** - Kragelund, Christian; Ravn, Mikael Francke; Filtenborg, Birgit, *International Varemærkestrategi*, 1. udgave, 1. oplag 2005
- **Langborg-Hansen, Kristian (2008)** - *Google AdSense og AdWords*, 1. udgave, Forlaget Libris, 2008
- **Mortensen og Steinicke (2011)** – Mortensen, Bent Ole Gram og Steinicke, Michael, *Dansk Markedsret*, 3. udgave, 1. oplag 2011
- **Møgelvang Hansen, Peter m.fl. (2011)** - Møgelvang-Hansen, Peter; Riis, Thomas, Trzaskowski, Jan, ”*Markedsføringsretten*” 2. udgave, 1. oplag 2011
- **Schovbo og Rosenmeier (2013)** – Schovsbo, Jens og Rosenmeier, Morten, *Immaterielret*, 3. udgave, 1. oplag 2013
- **Schønning, Peter m.fl. (2009)** – Schønning, Peter; Kyst, Martin; Nielsen, Martin Sick; Rybjerg, Bjørn von, Wallberg, Knud og Gjellerup, *Grundlæggende Immaterielret*, 2. udgave, 1. oplag 2009.
- **Smith, Jon (2009)** - *Google AdWords der virker* 1. udgave, Gyldendal Business, 2009.
- **Trzaskowski, Jan mfl. (2012)**: Trzaskowski, Jan; Deichmann, Hanne Kirk; Jakobsen, Søren Sandfeld; Karstoft, Susanne; Langsted, Lars Bo; Riis, Thomas og Tranberg, Charlotte Bager, *Internetretten* 2. udgave, 1. oplag, 2012.
- **Wallberg, Knud (2008)** - *Varemærkeret – Varemærkeloven & Fællesmærkeloven med kommentarer*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2008
- **Schovsbo, Jens m.fl. (2005)** - Schovsbo, Jens; Wallberg, Knud; Riis, Ulla; Bredam, Ellen og Thielke, Katrine, *125 @ Varemærkeloven 1880-2005 - et overblik*, Patent- og Varemærkestyrelsen, 2005

#### Artikler:

- **Baynes, Terry, (2012)** – *Rosetta Stone and Google settle trademark lawsuit*, Reuters 2012
- **Clark, Birgit (2010)** – *ECJ decides in French Google AdWord referrals: more seek than find?* Journal of Intellectual Property & Practice, 2010, Vol 5, no. 5, p. 477-480
- **Efroni, Zohar (2008)** *Keywording in Search Engines as Trademark Infringement – Issues arising from Matim v. Crazy Line*, ICC no2/2008 p. 204ff.
- **Jurcenoks, Emil og Frahm, Kasper (2010)** - *Den kendetegnretlige regulering af annoncørers brug af søgeordsreklamer*, Ufr. 2010B.279
- **Levin, Mintz (2012)** *Google and Rosetta Stone Settle AdWords Trademark Infringement Suit*, JDSUPPRA@LAWNEWS, 2012.
- **Riis, Thomas, (2010)** – *Søgeordsbaseret reklamering og EU-Domstolens afgørelse i de forenede sager C-236/08-C-238/08 (Google AdWords)*
- **Simon, Ilanah** – *How Does “Essential Function” Doctrine Drive European Trade Mark Law?*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, (ICC) vol. 36 p. 401-420

- **Yanni, Rami og Partin, Jerod (2010) - A Web of confusion: AdWords clarity still needed** - World Trademark Review – August/September 2010.

## Lovgivning

### Dansk lovgivning:

- **E-handelsloven** – Lov 2002-04-22 nr. 227 om tjenester i formidlingssamfundet herunder visse aspekter af elektronisk handel
- **Madridprotokollen** – Bekendtgørelse nr. 89 af 12.09.96 af Protokollen af 27.06.89 til Madrid-Arrangementet om den internationale registrering af varemærker
- **Markedsføringsloven (MFL)** – Lovbekendtgørelse nr. 58 af 20/01/2012
- **Varemærkeloven (VML)** - Lovbekendtgørelse 2012-01-24 nr. 109

### EU-lovgivning:

- **E-handelsdirektivet** - Europaparlamentets og Rådets Direktiv 2000/31/EF om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked.
- **Varemærkedirektivet** - Europaparlamentets og Rådets Direktiv 89/104 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (Kodificeret udgave: Direktiv 2008/95/EF)
- **Varemærkeforordningen** - Rådets forordning 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (Kodificeret udgave 207/2009)

### Konventioner, aftaler mv.:

- **Pariserkonventionen** – Bekendtgørelse nr. 97 af 13.10.70 af Pariserkonventionen af 20. marts 1883 om beskyttelse af industriel ejendomsret (senest revideret i Stockholm den 14.07.67)
- **TRIPS-aftalen** – Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, WTO

### Forslag til ændring af Varemærkedirektivet:

- Europa Kommissionens Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker – 27. marts 2013

## Retspraksis

### Dansk retspraksis: (Dommene er listet i den rækkefølge de er afsagt)

- **”Bynet Danmark”** - Sø- og handelsrettens dom af 21. februar 2002 – Bynet Danmark A/S mod Slagelse Tryk A/S, UfR 2002.1056/2S



- **"Melitta"** - Højesterets dom af 11. februar 2003 – Coffilter International mod Melitta SystemService GmbH m.fl., UfR 2003.1020H
- **"Louise Lego"** – Højesterets dom af 6. november 2007, Louise Lego mod Lego Holding A/S, UfR 2008.372 H
- **"Skoda"** - Højesterets kendelse af 13. oktober 2009 – HE-House A/S mod Skandinavisk Motor Co. A/S, UfR 2010.228H
- **"Billedbutikken"** SØ- og Handelsrettens dom af 17. november 2010, Billedbutikken Odense ApS mod Pixelpartner v/ Annette V. Andersen, UfR. 2011.634S
- **"Højløkke Behandlingscenter"** - Utrykt dom af 5. marts 2012 i sag nr. BS 150-265/2011 fra Retten i Herning – Højløkke Behandlingscenter ApS mod Behandlingscentret Møllen v/ Erik Zinck
- **"SKA-DAN"** - SØ- og Handelsrettens dom af 24. oktober 2012 – SKA-DAN v/Jørn Solgaard Andersen mod Bredenoord A/S, UfR. 2013.242S
- **"Experian"** - SØ- og Handelsrettens dom af 7. marts 2013 – Experian A/S mod Debitor Registret A/S, UfR. **2013.V-0105-11**

#### **EU-Domstolens retspraksis** (Afgørelserne er listet i den rækkefølge de er afsagt)

- **"Terrapin/Terranova"** - EU-Domstolens dom af 22. juli 1976, Sag 119/75 - Terrapin Ltd. mod Terranova Industrie C.A. Kapferer & Co.
- **"Hoffmann-La Roche"** – EU-Domstolens dom af 23. maj 1978, Sag 102/77 - Hoffmann-La Roche & Co. AG mod Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse GmbH
- **"Canon"** – EU-Domstolens dom af 29. september 1998, sag C-39/97, Canon Kabushiki Kaisha mod Pathe Communications Corporation
- **"Arsenal"** - EU-Domstolens dom af 12. november 2002, sag C-206/01, Arsenal Football Club plc mod Matthew Reed
- **"Opel"** - EU-Domstolens dom af 25. januar 2007, sag C-48/07, Adam Opel AG mod Autec AG
- **"L'Oréal"** - EU-Domstolens dom af 18. juni 2009, sag C-487/07, L'Oréal SA m.fl. mod Bellure NV m.fl.
- **"Google AdWords"** – De Forenede sager C-236/08 – C-238/08 EU-Domstolens dom af 23. marts 2010 - Google France SARL og Google Inc. mod Louis Vuitton arletier SA m.fl.
- **"BergSpechte"** - EU-Domstolens dom af 25. marts 2010, sag C-278/08, Die BergSpechte Outdoor Reisen und Alpinschule Edi Koblmüller GmbH mod Günter Guni, trekking.at Reisen GmbH
- **"Eis.de"** - EU-Domstolens dom af 26. marts 2010, sag C-91/09, Eis.de mod BBY Vertriebsgesellschaft
- **"Portakabin"** - EU-Domstolens dom af 8. juli 2010, Sag C-558/08 Portakabin Ltd, Portakabin BV mod Primakabin BV
- **"L'Oréal v. eBay"** - EU-Domstolens dom af 12. juli 2011, Sag C-324/09 - L'Oréal SA m.fl. mod eBay International AG m.fl.
- **"Interflora"** - EU-Domstolens dom af 22. september 2011, Sag C-323/09 – Interflora Inc. m.fl. mod Marks & Spencer plc, Flower Direct Online Ltd

### Generaladvokatens forslag til afgørelser i EU-retspraksis:

- Generaladvokat M. Poiares Maduros forslag til afgørelse i de forenede sager C-236/08 – C-238/08 (Google AdWords) - 22. september 2009.
- Generaladvokat N. Jääskinens forslag til afgørelse i sag C-324/09 (L'Oréal mod eBay) 9. dec. 2009.

### Øvrig praksis:

- **“MOST-Pralinen”** - BGH, 13.12.2012, I ZR 217/10,
- **“Impuls”** I ZR 183/03, Oberlandesgericht Frankfurt am Main, case 6 W 17/08, 26 February 2008
- **”Eis.de GmbH mod BBY Vertriebsgesellschaft mbH”** (ZR 125/07) også kaldt (*Bananabay*)
- **“Google vs. ACCC”** - Google Inc vs. Australian Competition and Consumer Commission [2013] HCA 1
- **“Rosetta Stone”** Rosetta Stone Ltd v. Google Inc, U.S. District Court for the Eastern District of Virginia, No. 09-736.
- **Rescuecom Corp. v. Google, Inc.** 456 F. Supp.2d 393 (N.D.N.Y., September 28, 2006

### Analyser

- **Max Planck (2011)** - *Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Munich 2011

### Hjemmesider

- **Googles “Keyword Tool”** - <http://www.googlekeywordtool.com>

## **Bilag 1**

*Billedet er fjernet af redaktionen af hensyn til andres ophavsrettigheder.*