

UDSKRIFT
AF
SØ- & HANDELSRETTENS DOMBOG

DOM

Afsagt den 12. oktober 2010

V-87-08

Dansk Supermarked A/S
(advokat Claus Barrett Christiansen)

mod

Net2 Maleren v/Frederik Tuemand
(advokat Claus Bonnez)

Indledning

Sagens spørgsmål er, om sagsøgte, Net2 Maleren v/Frederik Tuemands forretningslogo krænker sagsøgeren, Dansk Supermarked A/S' varemærkerettigheder.

Påstande

Dansk Supermarked A/S har nedlagt følgende påstande:

1. Sagsøgte tilpligtes at anerkende, at det af fogedretten i Esbjerg i sag FS 12-4316/2008 den 8. september 2008 nedlagte forbud er lovligt gjort og forfulgt, og sagsøgte tilpligtes at betale til Dansk Supermarked sagens omkostninger.
2. Sagsøgtes forbydes at bruge det i bilag 1 viste logo som forretningskendetegn.

3. Sagsøgte tilpligtes at destruere et evt. lager med markedsføringsmateriale indeholdende det i bilag 1 viste logo.
4. Sagsøgte tilpligtes til sagsøgeren at betale 50.000 kr.

Sagsøgte har i det hele nedlagt påstand om frifindelse.

Parterne er enige om, at der ikke er vare- eller branchesammenfald mellem parternes virksomheder. De er endvidere enige om, at det ved sagens afgørelse kan lægges til grund, at Dansk Supermarkeds varemærker, såvel ordmærke som figurmærker, visende blandt andet "Netto-hunden", må anses for velkendte i varemærkeretlig henseende.

Sagens parter. Sagsfremstilling.

Dansk Supermarked driver 450 Netto-forretninger i Danmark og tillige Netto-forretninger i Tyskland, England, Polen og Sverige. Dansk Supermarked har en registreret varemærkeret til ordmærket NETTO samt følgende registrerede figurmærker:



Bilag 5.



Bilag 6.



Bilag 7.

Sagsøgte er en mindre, enkeltmandsdrevet malervirksomhed, der gør brug af følgende logo (bilag 1):



En udskrift af sagsøgtes hjemmeside ser sådan ud (bilag 8):



Der er endvidere fremlagt to fotos af venstre side på sagsøgtes varebil:



Dansk Supermarked har fremlagt et bilag med henblik på at illustrere parternes mærker, når de er afbilledet sammen (bilag 16):



Sagsøgte har fremlagt et bilag med henblik på at illustrere, at Dansk Supermarked også anvender sine forretningskendetegn på anden måde end registreret. Bilaget ser sådan ud:



Bilag A.

Af en erklæring af 13. juni 2008, udarbejdet af Dansk Supermarked, fremgår blandt andet, at Dansk Supermarkets samlede markedsføringsomkostninger for Netto A/S, eksklusive tilbudsaviser, i 2007 androg 141.768.000 mio. kr.

Af en kundeanalyse fra december 2007 fra analysefirmaet Nielsen fremgår, at 92 % af den danske befolkning over 20 år handler i Netto-forretninger.

Dansk Supermarked har fremlagt et udklip af 23. maj 2008 fra Jydske Vestkysten, hvor sagsøgte er citeret for følgende udtalelse:

”Nettos reaktion er præcis, som jeg havde forudset. Nu foregår det på mine præmisser.”

Der er endvidere fremlagt en udskrift fra Patent- og Varemærkestyrelsens weblog, hvor sagsøgte den 24. maj 2008, kl. 00.18, blandt andet har skrevet:

”Jeg vil uanset udfaldet blive rig på dette omstridte logo. Men har jeg ikke fået den dialog med kaas inden kl. 12 i morgen lørdag på stilladset på hjørnet af Strandbygade/Skolegade, 6700 Esbjerg hvis han skulle være i tvivl om hvilket stillads. Kommer han ikke bliver jeg bare rig på en sjov måde og vellidt blandt folket.”

Den 8. september 2008 nedlagde fogedretten i Esbjerg forbud mod, at sagsøgte anvender det i bilag 1 viste logo som forretningskendetegn for malervirksomhed. Forbuddet blev nedlagt mod en sikkerhedsstillelse på 200.000 kr.

Forklaringer

Frederik Tuemand har vedrørende sit logo forklaret, at trekanten med den lille cirkel fornedden viser en gammel strømkasse på hjul. Den har tre stik i bunden og fungerer som en slags kabeltromle, således at han kan have tre forskellige ting i gang på samme tid. På strømkassen havde han sit malergrej placeret ca. som vist på figuren. Strømkassen var praktisk, idet han, der er noget dovent anlagt, på denne måde kunne slippe for en masse slæbearbejde.

Som nyetableret maler var det hans ønske at være kreativ og på den måde skille sig ud som virksomhed. Ordet NET skulle associere til internettet. Domænenavnet har han købt, og det er registreret. Hans logomærker er foreløbigt registreret som varemærke hos Patent- og Varemærkestyrelsen, som har sat sagen i bero på afgørelsen af nærværende sag.

Når man ser på bilag 16, hvor parternes mærker står over for hinanden, forekommer farverne identiske. Den gule farve på bilaget var imidlertid ikke den gule farve, som han brugte i sin virksomhed. Den var gul i orange nuancer, så der må altså være manipuleret med farverne i bilaget, eller også er der tale om en dårlig printkopi. Dertil kommer, at man på bilaget har fjernet hans telefonnummer og mailadresse, som altid er med i hans logo. Heller ikke teksten, "Maleren er vaks!", er med. Den farve, som han brugte, ses på de fremlagte fotos af varebilen fornedden. Denne gul-orange farve er pantone 109C. Det er således heller ikke den rigtige gule farve, som ses på udskriften fra hans hjemmeside (bilag 8). Han har efter fogedforretningen fjernet logoet fra bilen; logoet fandtes kun på den ene side af bilen.

Den eneste brug, han har gjort af logoet, er reklamemæssig, idet han har annonceret 45-50 gange i den lokale ugeavis, der omdeles til 85.000 husstande.

2-tallet skulle anvendes for at skabe adskillelse fra den øvrige tekst. Han er siden sin skoletid blevet kaldt Tuemand og aldrig ved fornavn. Det er meget almindeligt at lave forkortel-

ser i navne, for eksempel "4 you", ligesom han havde en klassekammerat, der hed Petrea, men som blev skrevet som "P3a". Tilsvarende modsvarer "2man" hans efternavn Tuemand, og han har da også en tatovering på armen med denne betegnelse. Denne fik han lavet i 2007. Da han arbejdede på en boreplatform og var blandt englændere og skotter, blev han kaldt "Twoman".

Han kan afvise, at han tænkte på Netto-hunden, da han skabte sit logo. Med teksten "Maleren - er vaks!" henviser han til, at han er skarp person.

Hans firma er pt. lukket ned, men hans hjemmeside kører endnu. Banken har smækket kassen i, og folk er holdt op med at ringe. Det eneste, han ønsker, er at sælge maling og at male.

Den fremlagte artikel i Jydske Vestkysten er ikke den eneste, der blev bragt. Der findes to yderligere artikler. Han blev kontaktet af en journalist, Ken Mathiesen, der oplyste, at han lige havde talt med Dansk Supermarked, og han følte, at han blev nødt til at forsvare sig på en eller anden måde. Det var jo ikke ham, der havde kontaktet journalisten. Han havde, da han skabte logoet, ikke forestillet, at der ville opstå en konflikt.

Med hensyn til den fremlagte udskrift fra Patent- og Varemærkestyrelsens weblog kan han oplyse, at han var beruset, da han skrev kommentaren. Det er med andre ord noget fulde-mandssnak. Det eneste, som han er blevet rig på, er erfaringer.

Parternes argumenter

Dansk Supermarked har anført, at det er ubestridt under sagen, at Dansk Supermarkeds varemærker er velkendte, jf. varemærkelovens § 4, stk. 2. Der skal derfor i forhold til sagsøgtes mærke ikke foretages en forvekslelighedsvurdering, idet der blot stilles krav om, at sagsøgtes mærke kan associeres med sagsøgerens mærker. Det skal blot minde om dem.

At Dansk Supermarkeds Netto-mærker er særdeles velkendte, illustreres ved, at der på et år er anvendt mere end 150 mio. kr. på markedsføring, og at det kun er ca. 8 % af den danske befolkning over 20 år, der ikke handler i Netto. Der er grundlag for et udsagn om, at alle

kender NETTO. Ifølge EU-domstolpraksis er det tilstrækkeligt, at man ved at se sagsøgtes mærker kommer i tanker om NETTO – at der skabes en sammenhæng mellem mærkerne.

Det gøres gældende, at parternes mærker ligner hinanden tilstrækkeligt til, at der skabes associationer til Netto. Ved at benytte et kendetegn, der ligger så tæt op ad Dansk Supermarkeds mærker, opnår sagsøgte gratis opmærksomhed på bekostning af de ældre Netto-mærker. Mærkerne må betegnes som stort set identiske. Betragteren ser ikke enkeltelementerne, men ser det hele samtidig. Der er mange små forskelle, men de ses ikke. Mærkerne ligner i væsentlig grad hinanden, og det giver ikke mening at pensle detailforskellene ud. Sagsøgtes brug af 2-tallet ændrer ikke vurderingen. Det er nok muligt, at "2" for sagsøgte svarer til det engelske "two", men sådan vil det ikke være for den relevante offentlighed. Dansk Supermarked hævder ikke at have monopol på ordet "Netto" og har ikke indvendinger imod, at sagsøgte kalder sig "Netto-maleren", men sagsøgte må ikke gøre brug af det foreliggende logomærke, hvori "Netto-hunden" indgår.

Det er åbenbart, at sagsøgtes brug af sit mærke skader Dansk Supermarkeds mærkers renommé, og at sagsøgte på utilbørlig måde udnytter mærkernes renommé. Dansk Supermarked har et naturlig forretningsmæssigt ønske om at bevare sine mærker for sig selv. Når andre pludselig gør brug af mærkerne, kan man ikke længere selv styre mærkernes renommé. Det er utvivlsomt, at sagsøgte har ønsket at lægge sig tæt op ad Dansk Supermarkeds mærker, som Dansk Supermarked har brugt store summer på at udvikle og gøre kendte. Det er nødvendigt for Dansk Supermarked at stoppe sagsøgte, som ikke ønsker at ophøre med brugen af sit logomærke, som skader Dansk Supermarkeds mærker. Sagsøgtes logomærke er flot lavet, ja nærmest genialt, men det er kun sjovt, fordi det associerer til Dansk Supermarkeds mærker med "Netto-hunden".

Af de ovenfor anførte grunde er også fogedrettens forbud nedlagt med rette.

Dansk Supermarked kan ikke bevise at have lidt et omsætningstab, men må have krav på erstatning for markedsforstyrrelse og et beløb som rimeligt vederlag. Beløbet må fastsættes

skønsmæssigt under indtryk af, at sagsøgte har indrykket annoncer 45-50 gange i lokalavisen, svarende til 4 mio. tryk.

Sagsøgte har anførte, at det første, man bemærker, når man ser sagsøgtes mærker, er det fremhævede 2-tal, og man bemærker ordet "Net". Hvis også 2-tallet havde været sort som bogstaverne, ville vurderingen måske have været anderledes. Det samlede antal bogstavenheder er fire mod fem i "Netto". Hertil kommer, at 2-tallet efter sagsøgtes forklaring skal udtales som det engelske tal "two", og at det refererer til sagsøgtes efternavn Tuemand. Betegnelsen "2- man" har sagsøgte også ladet tatovere på sin arm. Selv hvis 2-tallet ikke udtalemæssigt står for "two", vil det indebære en anden udtale end "Netto", nemlig "net to" – med pause mellem "net" og "to". Domænenavnet anvendes til at profilere sagsøgtes virksomhed på nettet, hvilket sagsøgte har vurderet som markedsføringsfremmende.

Det må medgives, at der, når mærkernes ses på afstand, kan skabes associationer til Dansk Supermarkeds varemærker. Men når man går tættere på, kan sagsøgtes figur kun associeres til en malervirksomhed. Sagsøgte har forklaringen på logoet, der består af maleremedier og en vogn – en strømkasse - med hjul. Det er ikke en hund, der er afbilledet.

Dansk Supermarked er selv med til at udvande sine varemærker ved at benytte disse i andre kombinationer, som det f.eks. ses på bilag A.

Det er sagsøgtes opfattelse, at mærkerne ikke er forvekslelige, og at der fra sagsøgtes mærke ikke associeres til Dansk Supermarkeds mærker på grund af ledsageteksten "Maleren – er vaks" samt 2-tallet og det forskellige antal bogstavenheder. Hvis sagsøgte forbydes at anvende sit logomærke, vil konsekvensen være, at virksomheder indskrænkes i mulighederne for at drive virksomhed. Det vil altid være en smagssag, om mærker ligner hinanden for meget. Det må tages i betragtning, at der er stor forskel i parternes produkter. En servicevirksomhed står over for et supermarked. Det må videre tages i betragtning, at Dansk Supermarked har valgt et ganske almindeligt sprogligt udtryk som navn på sin supermarkeds-kæde. Den fremlagte avisartikel og udskrift af webloggen er uden betydning for sagen. Sagsøgte har ikke ønsket omtalen.

Sø- og Handelsrettens afgørelse

Dansk Supermarkeds registrerede varemærker, herunder figurmærkerne med den såkaldte "Netto-hund", er ubestridt velkendte, jf. varemærkelovens § 4, stk. 2. Som et dominerende element i sagsøgtets mærke, jf. bilag 1, ses en figur, der er opbygget af en trekant med en lille cirkel, som ifølge sagsøgtets forklaring er en lille vogn, en strømkasse, med hjul, samt diverse malerremedier – pensel, rulle og en stige. Den samlede figur, som efter forklaringen således er en vogn med malerudstyr, ligner efter rettens opfattelse Dansk Supermarkeds "Netto-hund", som denne ses i Dansk Supermarkeds registrerede figurmærker. Visuelt skaber sagsøgtets logomærke derved en association til eller en antagelse om en sammenhæng med Dansk Supermarkeds varemærker. Denne association eller sammenhæng understreges ved betegnelsen "Net2", det afskårne "N" og den gule farve. Sagsøgtets brug af sit logomærke, som Dansk Supermarked har modsat sig, må på denne baggrund anses som en utilbørlig udnyttelse og at være til skade for Dansk Supermarkeds varemærkerettighedens renommé. Dansk Supermarkeds påstand 2 og tillige påstandene 1 og 3, som sagsøgte ikke i øvrigt har rejst indsigelser imod, tages derfor til følge.

Sagsøgte har under de anførte omstændigheder handlet ansvarspådragende og skal derfor betale Dansk Supermarked erstatning for markedsforstyrrelse og et beløb i rimeligt vederlag, jf. varemærkelovens § 43. Beløbet fastsættes efter de foreliggende oplysninger skønsmæssigt til 10.000 kr.

Efter sagens udfald skal sagsøgte betale sagsomkostninger til Dansk Supermarked med 24.240 kr., der tillige dækker sagsomkostningerne vedrørende fogedforbudssagen, samt 1.740 kr. af Dansk Supermarkeds udlæg til retsafgift for Sø- og Handelsretten.

Thi kendes for ret:

Det af fogedretten i Esbjerg i sag FS 12-4316/2008 den 8. september 2008 nedlagte forbud stadfæstes.

Sagsøgte forbydes at bruge det i bilag 1 viste logo som forretningskendetegn.

Sagsøgte tilpligtes at destruere et evt. lager med markedsføringsmateriale indeholdende det i bilag 1 viste logo.

Sagsøgte tilpligtes inden 14 dage til sagsøger, Dansk Supermarked, at betale 10.000 kr.

I sagsomkostninger betaler sagsøgte inden samme frist 24.240 kr., der forrentes efter rentelovens § 8a.

Allan Suhrke

Claus Forum Petersen

Poul Erik Pedersen

(Sign.)

— — —

Udskriftens rigtighed bekræftes

P.j.v. Sø- og Handelsretten, den