

HØJESTERETS DOM

afsagt tirsdag den 27. april 2010

Sag 435/2007

(1. afdeling)

Lotto24.dk ApS

(advokat Carsten Lorentzen)

mod

Ankenævnet for Patenter og Varemærker

(kammeradvokaten ved advokat Stig Grønbæk Jensen)

Biintervenient Danske Spil A/S

(advokat Frank Bøggild)

I tidligere instans er afsagt dom af SØ- og Handelsretten den 21. august 2007.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Torben Melchior, Peter Blok, Asbjørn Jensen, Niels Grubbe og Hanne Schmidt.

Påstande

Appellanten, Lotto24.dk ApS, har over for indstævnte, Ankenævnet for Patenter og Varemærker, gentaget sin påstand.

Ankenævnet har påstået stadfæstelse, dog således at de af SØ- og Handelsretten tilkendte sagsomkostninger forhøjes.

Danske Spil A/S er også for Højesteret indtrådt som biintervenient til fordel for Ankenævnet. Selskabet har påstået sig tillagt sagsomkostninger også for Højesteret.

Lotto24 har heroverfor påstået frifindelse.

Supplerende sagsfremstilling

I Den Store Danske Encyklopædi, bind 12, Danmarks Nationalleksikon A/S, 1998, hedder det om ordet lotto:

”>**lotto**, (ital. ’lotteri’, af germ. opr., jf. da. *lod*), hasardspil, hvor man satser på at gætte de udtrukne tal i en given række; i Dansk Tilstjeneses lotto skal man for at vinde hovedpræmien gætte syv tal blandt tallene 1-36; i de fleste lottospil gives der også mindre gevinster for færre rigtige. Lotto blev indført i Danmark i 1989 og har på trods af en meget lav udbetalingsprocent (jf. lov skal mindst 45 % og højst 60 % af indskuddet udbetales som præmier) fået en stor udbredelse og popularitet. Det skyldes, at præmierne ofte har været på flere mio. kr., men også, at markedsføringen har været intens. Se også >Dansk Tilstjeneses.”

I Dansk Fremmedordbog, Gyldendal, 1999, hedder det:

”**lotto** (-et, -er) form for lotteri med gevinst til den el. dem der har gættet på den talkombination som udtrækkes ved spillets afslutning
* it. *lotto lod*.”

Af Politikens Nudansk Ordbog med etymologi, Politikens Forlag A/S, 2000, fremgår:

”**lotto** [’loto] subst. -et, -er, -erne
1. en særlig form for tallotteri hvor man betaler for en bestemt talkombination og vinder hvis den el. dele af den udtrækkes = LOTTOSPIL – *on-line lotto* – *spille lotto* – *vinde i lotto* – *lottogevinst* – *lottokupon* – *lottosystem* – *lottotal* – *lynlotto*
* *lott-o* +tysk *Lotto* ’tallotteri’ – italiensk *lotto* ’lod’ – fransk *lot* – nederlandsk *lot* (jf. *lod*)”

I Den Danske Ordbog, Bind 3, Nordisk Forlag A/S, 2004, beskrives lotto således:

”lotto sb.itk.

-et: [ˈloto]

spil hvor man satser et beløb på at et antal bestemt tal i en afgrænset talrække vil blive udtrukket i en lodtrækning; JF lotteri; ENC i Danmark indført som landsdækkende spil i 1989; [især i ubf.; som egennavn: *Lotto*] – tips og ~, spille ~, vinde i ~ - I Lotto kan man vinde flere millioner ved at ramme syv tal, men der er over fem millioner muligheder DRTV-dok.89 SMS lottogevinst, -kupon, -millionær -spil HIST via ty. fra ital. *lotto*, afl. af samme ord som sb. *lod* ’skæbne, vilkår’.”

Der er fremlagt udskrifter, hvoraf fremgår, at ordet lotto indgår i følgende registreringer af domænenavne:

Xpertlotto.dk, registreret 24. marts 1999

Superlotto.dk, registreret 8. december 1999

Systemlotto.dk, registreret 25. juli 2001

Lotto5.dk, registreret 27. juli 2001

Lottopower.dk, registreret 8. oktober 2001

Lottosjov.dk, registreret 12. april 2002

Lottoland.dk, registreret 8. november 2002

Danske Spil har i 2008 anmodet Patent- og Varemærkestyrelsen om ophævelse af en række registrerede varemærker under henvisning til, at de er registreret i strid med Danske Spils ret til varemærket Lotto. I de fleste tilfælde har Danske Spil yderligere gjort gældende, at der ikke er gjort reel brug af varemærket. Der er indgivet ophævelsesbegæring vedrørende følgende varemærker:

BILOTTO, VR 1995 04839

ASSCHENFELDTs SUPERLOTTO, VR 2000 01953

EUROLOTTO, international registrering af 28. august 2000, nr. 743102

PLUS LOTTO, international registrering af 14. maj 2001, nr. 764120

DEN GYLDNE AVIS LOTTO, VR 2002 04351

SPEEDLOTTO, international registrering af 27. april 2004, nr. 833637.

I rapporten ”Spil i fremtiden – overvejelser om en samlet spillelovgivning”, udgivet af Skatteministeriet i april 2001, hedder det side 54 i afsnit 6.2. om introduktion til det nye spillemarked på internettet bl.a.:

”Internettet har dog også tilført spillemarkedet en ny type spil, nemlig de såkaldte gratis- eller reklamespil, som ikke kræver et pengeindskud. Præmierne i det, der oftest er et almindeligt lotto, finansieres som regel med indtægterne fra reklamebannere, som spilleren skal trykke på for at deltage. ... De såkaldte gratispil eller reklamespil blev først opfundet i USA (se f.eks. www.freelotto.com), hvor især gratis lotto med store millionpræmier hver dag er meget populært.”

Af rapporten side 191 i afsnit 14.2. om udbydere af spil i Danmark fremgår bl.a.:

”Selskabet [Dansk Tipstjeneste] fik i 1988 adgang til at udbyde lotto og i 1992 alle andre former for spil, lotterier og væddemål med undtagelse af totalisatorspil, klasselotterier, kasinovirksomhed og gevinstopsparing.”

I Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse af 17. september 2001 hedder det bl.a.:

”Ordet ”Lotto” har efter styrelsens opfattelse ikke særpræg for spil og væddemål i klasse 41. Endvidere er ordet et almindeligt kendt ord, hvis betydning kan findes i diverse ordbøger og leksika. Således er definitionen i Politikens Nudansk Ordbog, 14. udgave, at der med lotto forstås en ”særlig form for lotteri med gevinst for rigtigt tippet talkombination”. Ordet er endvidere også kendt i andre sprog som tysk og italiensk.

Såfremt ord delen fremgår som eneste ord i et mærke vil det være den figurlige udformning, der har ført til registrering af mærket.”

I Skatteministeriets udtalelse af 4. september 2002, som der henvises til i Ankenævnets afgørelse af 31. oktober 2002, hedder det:

”Med skrivelse af 22. august 2002 har Skatteministeriet modtaget en henvendelse fra Dansk Tipstjeneste, hvori De anmoder om en brancheerklæring i forbindelse med varemærket LOTTO.

På baggrund af de stillede spørgsmål skal vi hermed bekræfte, at Dansk Tipstjeneste A/S har anvendt varemærket LOTTO i Danmark siden 1989. Vi kan endvidere bekræfte, at vi ikke er bekendt med, at andre end Dansk Tipstjeneste A/S har anvendt det pågældende varemærke for lotterier m.v. i Danmark.

Vi kan ligeledes bekræfte, at varemærket LOTTO er indarbejdet på det danske marked og er almindelig kendt i relevante omsætningskredse som et forretningskendetegn for varer/tjenesteydelser hidrørende fra Dansk Tipstjeneste A/S.

Vi kan endelig oplyse, at Skatteministeriet ikke er bekendt med, at andre virksomheder end Dansk Tipstjeneste A/S anvender varemærker, der inkorporerer varemærket LOTTO i forbindelse med salg af lotterier m.v.”

I Nærbutikkernes Landsforenings erklæring af 4. juni 2003 anføres:

”På given foranledning skal Nærbutikkernes Landsforening herved bekræfte følgende:

Dansk Tipstjeneste har siden 1989 anvendt ordet LOTTO som kendetegn for det af Dansk Tipstjeneste markedsførte lotterispilprodukt LOTTO

Dansk Tipstjeneste har anvendt ordet LOTTO kontinuerligt og i stadigt stigende omfang, og Dansk Tipstjenestes lotterispilprodukt LOTTO forhandles i dag hos 700 af NBLs 800 medlemsbutikker.

Det er vor opfattelse, at ordet LOTTO er et for Dansk Tipstjeneste uhyre velkendt og indarbejdet varemærke, der i forbrugernes bevidsthed entydigt fremtræder som et kendetegn for Dansk Tipstjenestes lotterispilprodukt LOTTO og ikke forbindes med eventuelle andre lotterispil m.v. på danske marked.”

I De Samvirkende Købmænds erklæring af 8. juli 2003 hedder det:

”Efter forespørgsel og på foranledning af Dansk Tipstjeneste A/S skal DSK herved bekræfte følgende:

”Dansk Tipstjeneste har siden 1989 anvendt ordet Lotto som kendetegn for det markedsførte lotteri held-spils-produkt Lotto.

Dansk Tipstjeneste har anvendt ordet Lotto kontinuerligt og i stadig stigende omfang, og Dansk Tipstjenestes produkt Lotto forhandles i dag hos ca. 525 af DSK's medlemmer.

Det er DSK's opfattelse, at Lotto er et for Dansk Tipstjeneste uhyre velkendt og indarbejdet varemærke, der i såvel detailhandelens som forbrugernes bevidsthed entydigt

forbindes med det, af Dansk Tipstjeneste markedsførte produkt Lotto, og ikke på nogen måde forbindes med andre produkter, herunder spilleprodukter, på det danske marked.”

DSK er brancheorganisation for ca. 1.400 købmænd, der bl.a. markedsfører sig under kædenavne som SuperBest, Spar, Merko, Aktiv Super, 1 af De Friske, Prima, ISO Supermarked, Løvbjerg, Rema 1000, Dreisler Storkøb m.m.”

Undersøgelsen vedrørende betydningen af ordet lotto udarbejdet af ACNielsen AIM i 2005 indeholder 12 spørgsmål.

På spørgsmål 1 "Hvad betyder ordet lotto?", svarede 57 % "et spil" og 2 % "et spil fra Dansk Tipstjeneste", mens de øvrige svar var "vinde store præmier", "held" eller lignende.

Spørgsmål 2 "Ved De, hvad lotto-spillet går ud på – og i givet fald hvad?" blev af 60 % besvaret med "gætte tal", herunder af 31 % med "gætte rigtige tal" og af 27 % med "gætte 7 rigtige tal".

Spørgsmål 3 "Hvad forbinder De med ordet lotto?", blev af 45 % besvaret med "vinde/håb/-drømme", af 29 % med "spil mv." og af 2 % med "Dansk Tipstjeneste".

Svarene på spørgsmål 4 "Ved De hvilke dage, man kan spille lotto?" var for 77 % af respondenterne "onsdag" og 81 % "lørdag", mens kun få svar angav de øvrige ugedage.

Spørgsmål 5 var formuleret "Ved De hvordan man vinder en præmie i lotto - og i givet fald hvordan?". Hertil svarede 74 % "gætte tal", herunder 49 % "gætte 7 rigtige tal" og 9 % "4 rigtige/minimum 4 rigtige".

Spørgsmål 8 "Hvad koster det at spille en lotto-kupon?" blev af 30 % besvaret med 30 kr., af 10 % med 25 kr. og af 9 % med 20 kr., mens de øvrige svar angav andre beløb, herunder 2 % "40 kr. med joker".

Undersøgelsens spørgsmål 9 var sålydende "Hvem producerer og reklamerer for lotto?". Hertil svarede 75 % "Dansk Tipstjeneste", 1 % "Tipstjenesten/tipsmidlerne/tips", mens de øvrige svar var TV, staten mv.

En oversigt over omsætningen på Danske Spils Lotto i årene fra 1989-2002 viser, at der i 1992 var en omsætning på ca. 2,3 mia. kr., og at omsætningen derefter steg til ca. 2,9 mia. kr. i 2002.

I et brev af 8. maj 2003 til Dansk Tipstjeneste meddelte Patent- og Varemærkestyrelsen vedrørende selskabets ansøgning om registrering af ONSDAGS LOTTO som varemærke bl.a., at styrelsen har fundet, at varemærket ikke har det særpræg, som et varemærke skal have for at kunne registreres. Styrelsen lagde bl.a. vægt på, at lotto betyder en særlig form for tallotteri, og at det forhold, at mærket også indeholder ordet onsdag, ikke er tilstrækkeligt til at give mærket det fornødne særpræg, idet onsdag blot angiver, hvilken ugedag lottoen finder sted. Afgørelsen vedrørende denne ansøgning er ifølge styrelsens brev af 8. september 2004 sat i bero på nærværende retssag.

Forklaringer

Til brug for Højesteret er der afgivet følgende supplerende forklaring af Gitte Madsen:

ACNielsen AIM er et analyseinstitut, der indsamler informationer, laver undersøgelser og analyserer resultaterne for virksomheder. Hun har gennem 18 års ansættelse i ACNielsen AIM opnået stor erfaring med selv at tilrettelægge undersøgelser, indsamle informationer og analysere resultaterne. Virksomheden er privatejet af en kapitalfond. Danske Spil har tidligere fået lavet en del undersøgelser hos ACNielsen AIM, og i de seneste år har virksomhederne haft et løbende forretningsforhold, hvor AIM foretager "on - going" undersøgelser, der afdækker spillemarkedet. Den pågældende undersøgelse ... er rekvireret af advokatfirmaet Kromann og Reumert og er gennemført efter et fast spørgeskema, som hun mener, er udarbejdet af parterne, eller i hvert fald er udviklet i samarbejde med parterne, der så har godkendt spørgsmålene. Undersøgelsen er dateret den 31. marts 2005 og er udarbejdet på baggrund af telefoninterviews med spørgsmål om ord - gennemført med respondenterne i perioden 3. til 9. marts 2005. Undersøgelsen afspejler situationen på undersøgelsestidspunktet, og billedet kan sagtens ændres over tid, især hvis der sker ændringer på markedet. Spørgeskemaet indeholder i alt 12 spørgsmål ... med forskellige svarmuligheder. Spørgsmålene er stillet ét ad gangen og uden forklaring for ikke at påvirke svarene. Svarmulighederne er i tilfælde, hvor det er anset hensigtsmæssigt, inddelt i overordnede kategorier med underopdelinger. Ingen af disse svarmuligheder er opgivet til respondenterne, men er alene udarbejdet for at lette interviewerens

placering af svar i interviewsituationen, der ofte er presset tidsmæssigt. Den første kolonne til hvert spørgsmål i undersøgelsen er benævnt "total" og angiver totale svar i % af de 1015 respondenter fordelt på svarmuligheder. Svarmulighederne i totalkolonnen er typisk opdelt i overordnede kategorier A, B, C m.v. med opsamling (NET) af svarprocenterne fra de underopdelte nummererede svar. Det forekommer, at enkelte respondenter svarer flere steder, hvorfor totalkolonnen i visse tilfælde samlet kan give lidt over 100 %.

Ad spm. 1: "Hvad betyder ordet lotto?", giver kolonnen således f.eks. 105 %. Kolonnen viser bl.a., at over 80 % af respondenterne har svaret A: spil, B: vinde penge og C: spil art, og at kun 2 % heraf har svaret Dansk Tipstjeneste.

Spm. 2: "Ved De hvad lottospillet går ud på – og i givet fald hvad?" oplyser ikke noget om, hvorvidt der findes flere lotto-spillemuligheder.

Mht. spm. 3: "Hvad forbinder De med ordet lotto?" falder ca. 90 % af svarene i kategori A: vinde/håb/drømme, B: spil og C: held/chance. Heraf har, som i spm. 1, kun 2 % svaret Dansk Tipstjeneste. Når svarprocenterne i spm. 1 og 3 ikke er de samme, skyldes det efter hendes opfattelse, at spm. 1 vedrører betydningen af ordet og spm. 3 vedrører associationerne.

På spm. 4: "Ved De hvilke dage man kan spille lotto?" – svarer langt de fleste – hhv. 77 % og 81 % - onsdag og lørdag, de dage, hvor Danske Spils "Lotto" afvikles.

På spm. 5: "Ved De hvordan man vinder en præmie i lotto – og i givet fald hvordan?" – har 74 % svaret kategori A "et antal rigtige tal" og heraf 49 % underkategori 1.: "gætte 7 rigtige tal" og 9 % underkategori 2.: "4 rigtige/min. 4 rigtige/4-7 rigtige/4 rigtige + tillægstal", som er Danske Spils "Lottos" hhv. største og mindste talrække med gevinst. Selv om det ikke kan ses direkte ud af svarene til spm. 5, kan det efter hendes erfaring læses ud af sammenhængen i undersøgelsen, at det ikke er lotto som begreb, men tydeligvis Danske Spils "Lotto" respondenterne kender.

På spm. 8: "Hvad koster det at spille en lottokupon?" – svarer 30 % jf. totalkolonnen, at de kender den daværende rigtige pris på 30 kr. for en maskinelt udfyldt kupon med 10 rækker, – med joker 40 kr. Resten svarer enten forkert eller ved ikke. Det er efter hendes opfattelse alligevel en imponerende høj procentdel rigtige svar. I den forbindelse er det vigtigt at bemærke,

at kun 41 % angiver at have spillet en række nærmere angivne spil, herunder lotto, inden for det sidste år, og at en del af respondenterne formentlig aldrig har spillet, jf. de tre sidste kolonner til spm. 8 jf. spm. 12. Selv de færreste, der spiller, ved nøjagtig hvad det koster. Der betales ganske vist en fast pris pr. talrække, men nogle køber kuponer med nogle rækker ugentligt og andre køber 5-ugers kuponer med forskelligt antal talrækker.

Iht. spm. 9: "Hvem producerer og reklamerer for lotto?" – svarer 75 % korrekt: Dansk Tips-tjeneste, hvilket må anses som imponerende højt, henset til at der er tale om uhjulpne svar og igen til, at en del af respondenterne ikke spiller. Normalt ses kun så høj procentdel rigtige svar, når spillets navn er det samme som udbyderens. Danske Spils monopol kan godt have haft en vis betydning i den forbindelse, men der var efter hendes erfaring med sådanne analyser tale om en mindre betydning.

Spm. 10: "Kender De til navnet Onsdagslotto eller Vikinglotto?" – er et såkaldt hjulpet spørgsmål. Det viser, at 91 % af de adspurgte kender Danske Spils "Lotto".

Spm. 11 lyder: "Kender De til andre lotto-spil – og i givet fald hvilke?", hvortil 71 % svarer nej og yderligere 12 % svarer: Joker, Viking-, Lørdags-, Onsdags- og Lynlotto, som alle hører til Danske Spils lottofamilie. Det er rigtig mange, der ikke kender til andre lottospil. Afvigelsen i svarene til spm. 4 og 11 er efter hendes erfaring kun tilsyneladende. "Onsdagslotto" er brandet stærkt som sådan, mens lørdags-lotto bare er brandet "Lotto" og de forrige spørgsmål op til spm. 11 har alle drejet sig om "Lotto", – spm. 10 dog om kombinationen "Vikinglotto" og "Onsdagslotto".

Spm. 12: "Har De indenfor det sidste år spillet et eller flere spil som f.eks. klasselotteriet, Tips, Oddset, Lotto, Dantoto eller lignende, hvor man kan vinde penge?". Hertil svarer 63 % af deltagerne eller ca. 2/3 ja og 37 % nej, hvilket er interessant i forhold til undersøgelsens øvrige resultater. Det viser navnlig, at der er en relativ høj bevidsthed om Danske Spils "Lotto" – også blandt ikke spillende.

Ud fra sammenhængen i undersøgelsen er særligt besvarelsen af spørgsmålene 4, 5 og 9 meget markante og viser tydeligt, at respondenterne ikke tænker i et generelt begreb, men entydigt forbinder lotto med det af Danske Spil udbudte spil. Efter hendes faglige vurdering er

første afsnit i præmisserne i SØ- og Handelsrettens dom en rigtig konklusion på markedsundersøgelsen. Samtidig viser undersøgelsen, at en stor del af de adspurgte kender til detaljerne i netop dette spil. Hun har ikke kunnet og har ikke haft interesse i at påvirke undersøgelsesresultat i Danske Spils favør.

Højesterets begrundelse og resultat

Et ord, der hidtil har været en generel betegnelse for en vare eller tjenesteydelse af en bestemt art, kan i helt særlige tilfælde ved indarbejdelse gå over til at være en bestemt virksomheds kendetegn for virksomhedens vare eller tjenesteydelse af den pågældende art, jf. varemærkelovens § 3, stk. 3, og § 13, stk. 3. Der må imidlertid stilles strenge krav til beviset for, at ordet på denne måde har ændret betydning. Det må således i hvert fald kræves godtgjort, at ordet i de relevante omsætningskredse ikke længere overvejende opfattes som en artsbetegnelse, men som et kendetegn for den pågældende virksomheds vare eller tjenesteydelse.

I de fremlagte artikler fra ordbøger og encyklopædier, der er udgivet i årene fra 1999 og frem, er ordet lotto angivet at være en betegnelse for spil, hvor spilleren skal gætte et antal tal, som udtrækkes blandt tallene i en afgrænset talrække. At ordet lotto anvendes som betegnelse for spil af en bestemt art, bekræftes eksempelvis af rapporten ”Spil i fremtiden”, som er udgivet af Skatteministeriet i 2001. Der er endvidere fremlagt en række eksempler på, at andre virksomheder end Lotto24.dk ApS anvender ordet lotto som en artsbetegnelse, nemlig som en beskrivende del af deres varemærke eller domænenavn, herunder også eksempler på anvendelse af ordet på denne måde forud for august 2000, da Lotto24 indgav sin varemærkeansøgning.

Dansk Sprognævn anfører i sin udtalelse af 25. oktober 2004, at frekvensordlister har vist, at ordet lotto ikke blev brugt i nævneværdig grad i almensproget før DR og Dansk Tipstjeneste indførte ”Lotto”. Hertil bemærkes, at dette forhold må ses på baggrund af, at udbud af lotto med pengeindsatser kræver tilladelse, og at en sådan tilladelse først blev givet i 1989. Sprognævnet har endvidere anført, at ordet lotto i almensproget tilsyneladende altovervejende bruges om det spil, Dansk Tipstjeneste indførte i 1989. Den eneste tilladte udgave af lottospil med pengeindsatser er imidlertid den, der udbydes af Danske Spil, og det forhold, at ordet hyppigst bruges om Danske Spils lotto, viser således ikke i sig selv, at ordet nu i befolkningen

overvejende opfattes som et kendetegn for en bestemt udgave af spillet og ikke længere som en artsbetegnelse.

I den markedsundersøgelse, som i 2005 blev gennemført ved telefoninterviews af ACNielsen AIM, blev respondenterne i spørgsmål 9 spurgt "Hvem producerer og reklamerer for lotto?". 75 % svarede "Dansk Tipstjeneste". Dette svar kan imidlertid ikke uden videre tages som udtryk for, at respondenterne opfattede ordet lotto som et kendetegn for de spil, der udbydes af Danske Spil. Svaret må snarere forstås således, at en stor del af respondenterne var bekendt med, at spil af den art, der betegnes lotto, udbydes af Danske Spil, hvilket i betragtning af Danske Spils intensive markedsføring af spillet siden 1989 også var forventeligt. Denne forståelse af svaret på spørgsmål 9 bestyrkes af respondenternes svar på spørgsmål 1, "Hvad betyder ordet lotto", og spørgsmål 3, "Hvad forbinder De med ordet lotto". På disse spørgsmål svarede kun 2 % af respondenterne "Et spil fra Dansk Tipstjeneste" henholdsvis "Dansk Tipstjeneste", mens de øvrige svarede "et spil", "vinde", "held" eller lignende. Svarene på de øvrige spørgsmål ændrer ikke ved det, der kan udledes af svarene på de tre nævnte spørgsmål.

Nærbutikkernes Landsforening og De Samvirkende Købmænd angiver i deres udtalelser af henholdsvis 4. juni 2003 og 8. juli 2003, at Lotto er et indarbejdet varemærke, og at det entydigt forbindes med Danske Spils produkt og ikke med andre produkter. Disse organisationers medlemsvirksomheder er mellemhandlere ved salg af Danske Spils produkt, og de forhandler ikke – og kan på grund af monopolet ikke forhandle – andre udbyderes lottospil med pengeindsatser. De må derfor hyppigst bruge ordet lotto i forbindelse med Danske Spils lotto, og det samme gælder deres kunder, når disse køber en lottokupon. Der er derfor ikke med brancheklæringerne et sikkert grundlag for at antage, at der er sket en ændring af den sproglige opfattelse af ordet fra artsbetegnelse til forretningskendetegn.

Skatteministeriets udtalelse af 4. september 2002 om bl.a. indarbejdelse af ordet lotto som kendetegn for Danske Spils lotto kan ikke – som sket ved afgørelsen fra Ankenævnet for Patenter og Varemærker – tillægges afgørende betydning.

Danske Spils omsætning af lottospillet, deres markedsandel, spillets geografiske udbredelse, varigheden af markedsføringen og de afholdte markedsføringsomkostninger dokumenterer ikke i sig selv, at ordet lotto har ændret karakter fra artsbetegnelse til forretningskendetegn.

Efter en samlet vurdering finder Højesteret det herefter ikke godtgjort, at ordet lotto i august 2000 i befolkningen overvejende blev opfattet ikke som en artsbetegnelse, men som et kendetegn for Danske Spils lotto. Danske Spil har derfor ikke ved indarbejdelse opnået varemærkeret til ordet lotto, jf. varemærkelovens § 3, stk. 3.

Højesteret tager derfor Lotto24's påstand til følge.

Ankenævnet skal som følge heraf betale sagsomkostninger til Lotto24 for SØ- og Handelsretten og Højesteret. Sagsomkostningerne fastsættes til 103.716,91 kr., der omfatter 100.000 kr. til dækning af advokatudgift, 3.160 kr. til dækning af retsafgift og 556,91 kr. til dækning af udlæg.

Højesteret finder ikke grundlag for at pålægge Danske Spil som biintervenient at betale sagsomkostninger til Lotto24.

Thi kendes for ret:

Ankenævnet for Patenter og Varemærker skal anerkende, at Ankenævnets kendelse af 31. oktober 2002 ophæves, således at Patent- og Varemærkestyrelsens registrering af LOTTO24 <fig> (VR 2001 01212) i klasse 41 som offentliggjort i Dansk Varemærketidende den 21. marts 2001 opretholdes.

I sagsomkostninger for SØ- og Handelsretten og Højesteret skal Ankenævnet for Patenter og Varemærker inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse betale 103.716,91 kr. til Lotto24.dk ApS. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

SØ- og Handelsrettens afgørelse om at tillægge Danske Spil A/S sagsomkostninger ophæves.