



ØSTRE LANDSRET KENDELSE

afsagt den 11. januar 2024

Sag BS-12828/2023-OLR
(10. afdeling)

EtOH Spirits ApS
(advokat Lars Karnøe)

mod

Nordic Ethanol ApS
(advokat Lisbet Andersen)

Sø- og Handelsretten har den 9. februar 2023 afsagt kendelse i 1. instans (sag BS-37697/2022-SHR).

Landsdommerne Katja Høegh, Malou Kragh Halling og Jesper Kirstein (kst.), samt det sagkyndige medlem Henrik Jeppesen har deltaget i sagens afgørelse.

Kæremålet har været behandlet mundtligt.

Påstande

Kærende, EtOH Spirits ApS ("EtOH Spirits"), har gentaget sine påstande for Sø- og Handelsretten som følger:

1. Nordic Ethanol ApS forbydes at bruge "EtOH" som varemærke alene, eller som en del af varemærket "Nordic EtOH" i forbindelse med varer i klasse 33 i EU, subsidiært i Danmark.
2. Nordic Ethanol ApS forbydes at bruge forretningskendetegnet "Nordic EtOH" i forbindelse med markedsføring og salg i Danmark.

3. Nordic Ethanol ApS forbydes at bruge binavnet "Nordic EtOH ApS" til selskabsnavnet Nordic Ethanol ApS for CVR. nr. 39641828 i Danmark.

Indkærede, Nordic Ethanol ApS ("Nordic Ethanol"), har påstået kendelsen stadfæstet.

Supplerende sagsfremstilling

Under hovedforhandlingen er der vist klip fra TV2 udsendelsen "Vejen til Seier", klip af video fra YouTube kanalen Seier Capital af 15. april 2019, klip af video fra YouTube kanalen No Nonsense Whisky af 10. april 2021, klip af video fra YouTube kanalen Whiskey Novice af 3. maj 2021, klip af video fra YouTube kanalen SOWLEG Whisky Review af 1. juni 2021 samt klip af video fra YouTube kanalen Still it af 7. oktober 2021. Der er fremlagt undersøgelse fra Gallup, der viser, at "Vejen til Seier" blev set af 415.000 personer. Der foreligger ikke oplysninger om, hvor mange danske forbrugere, der har set de øvrige videoklip.

Af en udskrift fra Patent- og Varemærkestyrelsen fremgår, at Nordic Ethanol den 16. maj 2022 har ansøgt om, og den 18. juli 2022 fået registreret ordmærket "Nordic EtOH" i vareklasse 33; alkoholholdige drikke, undtagen øl; drikke, alkoholiske, undtagen øl; gin; snaps; brændevin; spirituosa.

EtOH Spirits årsrapporter for regnskabsårene 2021 og 2022, der er dateret henholdsvis den 9. juni 2022 og den 3. juli 2023, indeholder følgende næsten enslydende tekst i ledelsesberetningens afsnit om forventninger for den fremtidige udvikling (Der er her citeret fra årsrapporten fra 2022, idet det i firkantet parentes anførte er fra årsrapporten for 2021):

"Selskabet har mistet mere end 50% af selskabskapitalen og selskabet er derfor omfattet af selskabslovens kapitaltabsregler. Ledelsen forventer, at selskabet vil kunne reetablere selskabskapitalen ved fremtidig drift. Det forventes at de kommende regnskabsår vil give en positiv indtjening på baggrund af færdiggørelse af selskabets produktudvikling og intensiveret salg i de næstkommende år. Som følge af denne udvikling forventer ledelsen at få genetableret selskabets egenkapital i løbet af de kommende år.

Moderselskabet TE JensenBev Holding ApS har afgivet tilbagetrædelse-serklæring indtil 31. december 2023 [30. juni 2023]. Gælden til moderselskabet på kr. 4.849.248 [4.369.649] vil alene blive afviklet i det omfang selskabets likviditet tillader det. Det forventes på den baggrund at den nuværende finansiering vil være tilstrækkelig til at sikre selskabets fortsatte drift i næste regnskabsår."

Der er for landsretten i øvrigt fremlagt blandt andet:

- "Tendensanalyse 2018 udarbejdet af Dansk Erhverv i samarbejde med Vin og Spiritus Organisationen i Danmark, VSOD, indeholdende artiklen "Whiskey 4.0" af Tobias Emil Jensen.
- Opslag vedrørende Tobias Emil Jensens optræden i TV2-programmet, Go' Morgen Danmark.
- Anmeldelse af EtOH Spirits produktet, Arbejd, på whiskybase.com. Det fremgår, at produktet er blevet ratet med 85,33 point ud af 100, og at 5 brugere har anmeldt produktet.
- Annoncer fra magasinet, Euroman, af 19. maj 2021.
- Artikel fra magasinet, Whisky &, juni 2021, om "whisky på 14 dage".
- Anmeldelse af EtOH Spirits produktet, Arbejd, på en hollandsk hjemmeside, "Confessions of a whisky freak", af 18. juni 2021.
- Artikel i Politiken, "Dansker vil lave whisky, der smager af 10 års fadlagring. På 10 dage.", af 23. juli 2021. Af artiklen fremgår, at EtOH Spirits første flaske kom i salg i december 2020.
- En række fakturaer stilet til Alexander Byzdra, "co-founder" af EtOH Spirits, for kampagner på Facebook i perioden 6. marts 2021 - 3. oktober 2021.
- 7 Fakturaer fra Google stilet til Tobias Emil Jensen, EtOH Spirits, i perioden 28. februar 2021 – 1. august 2021. Det fremgår ikke af fakturaerne, hvad de angår.
- 4 eksempler i perioden 27. april 2023 – 13. september 2023 og 1 udateret eksempel på, at der er sket forveksling mellem parternes produkter, således at de pågældende har opfattet produkter fra Nordic Ethanol som værende en del af EtOH Spirits produktsortiment.
- Udateret artikel fra VSOD, "Destillery trail", om EtOH Spirits.
- 4 udaterede anmeldelser af EtOH Spirits produkter i bloggen, Whisky-art.
- En af EtOH Spirits udarbejdet oversigt over forhandlere og distributører af EtOH Spirits produkter samt barer og restauranter, der fører EtOH Spirits produkter.
- En række googlesøgninger på henholdsvis Nordic EtOH og EtOH.
- Et udateret foto, der viser 9 forskellige produkter fra Nordic Ethanol påført etiketter, hvoraf "Nordic EtOH" fremgår.
- En artikel, "Fra Siwu til Nordic EtOH, et portræt", i magasinet Whisky& fra august 2022.

Forklaringer

Tobias Emil Jensen og Nicolai Sivgaard Simonsen har afgivet supplerende forklaring.

Tobias Emil Jensen har supplerende forklaret blandt andet, at han søgte om at deltage i programmet, "Vejen til Seier", på grund af den omfattende eksposering, det ville medføre. Han havde desuden brug for yderligere finansiering. EtOH Spirits har i dag lanceret nogle fantastiske produkter og er nu til stede i mindst seks eksportlande med håb om snart også at eksportere til Taiwan. Fremstillingsprocessen er desuden blevet patenteret. EtOH Spirits er i den forbindelse i dialog med nogle af verdens største spiritusproducenter med henblik på, at producenterne kan anvende EtOH Spirits fremstillingsproces. Produkterne bliver produceret og påsat labels på Østerbro, København. Det er den fjerde virksomhed han har startet, så han er en erfaren iværksætter. Det er sædvanligt og forventeligt, at der går 3-5 år, før en opstartsvirksomhed kan forventes at give overskud. EtOH Spirits fik sidste år en investor, da selskabet har planer om at lancere dets produkter på nye markeder, hvilket forudsætter en investering af en vis størrelse. Selskabet har haft en vækst på 21 % pr. måned siden august 2022 og har en samlet vægtet værdi på omkring 2 mio. euro. Hans holdingselskab har en egenkapital på ca. 4 - 4,5 mio. kr., så der har ikke på noget tidspunkt manglet finansiering af EtOH Spirits. EtOH Spirits er i dialog med selskabets investor om fortsat støtte, og selskabet er desuden i dialog med blandt andet nogle amerikanske venturekapital-selskaber og danske investorer. EtOH Spirits måtte tilpasse sig markedet, som det så ud i perioden, hvor der var covid-19. I 2021 markedsførte EtOH Spirits sig derfor ikke over for barer og butikker, men tog andre initiativer. De har i selskabet aldrig afstået fra at afholde en markedsføringsudgift som følge af prisen. EtOH Spirits markedsføringsstrategi er, hvad man betegner som "organisk søgning", hvor kunderne selv finder frem til markedsføringsbudskabet. Selskabet betaler for sponsoreret indhold via Google, hvor der vises fotos af EtOH Spirits' produkter, virksomheden mv. og tilstræber at blive omtalt på YouTube-kanaler, som dem, der er forevist klip fra. Man kan i det fremlagte se eksempler på, hvor mange besøgende og/eller leads der genereres via selskabets Facebook profil. EtOH Spirits har blandt andet opnået 12.446 "impressions" (visninger) efter en kampagne, som han mener, udsprang af positiv omtale af det whisky-lignende produkt "Arbejd". De ville gerne ud med den nyhed ("story"), at et 14 dage gammelt produkt kunne vinde en pris på en af de store engelske YouTube kanaler, No Nonsense Whisky. Det er hans co-founder i virksomheden, der har ansvaret for markedsføringen. De fokuserer primært på markedet i Danmark, da det som følge af reguleringen af salg af alkohol kan være svært at afsætte whisky til Sverige og Norge. De har også fokus på markedet i resten af EU. Når de har markedsført sig via en "story", får den ofte mere end 100.000 visninger. Virksomheden omtales altid som EtOH Spirits. EtOH Spirits er såvel virksomhedens navn som identitet og etos. De har ikke ønsket at lave subbrands, men bruger altid enten brandet EtOH eller EtOH Spirits. Alle virksomhedens produkter bærer brandet EtOH. I en periode blev også EtOH Spirits anvendt på produkterne, da de har oplevet forvekslelighed med Nordic Ethanol. De har købt adwords hos Google, så virksomheden bliver vist, når der søges på EtOH. Det kommer der mange visninger

ud af. Virksomheden vises ikke på visse markeder, herunder Indien og Sydamerika, da de ikke har mulighed for at levere til de pågældende markeder. Man kan se af opgørelsen over Google clicks, at der har været størst gennemslagskraft i Danmark, Nederlandene og Irland. Google har en kompleks algoritme, som ved hjælp af AI kan relatere forskellige relevante ord til virksomheden. Man kan ud fra opgørelsen fra Google se, hvor mange clicks EtOH Spirits har fået via forskellige søgeord, hvad det har kostet af få de pågældende click. Det fremgår af kampagneoversigt fra Google for februar-august 2021, at EtOH Spirits i gennemsnit har haft 14.600 clicks, og hvad det gennemsnitligt har kostet at få et click. De har desuden sendt utallige prøver på deres produkter til restauranter og sommelierer i Danmark og udlandet. Han giver desuden interviews til forskellige blade og blogs. Dertil kommer, at virksomheden producerer huswhiskys for tre af de bedste cocktailbarer i København, og de har tillige udviklet en akvavit for en bar på Nørrebro, samt afholdt en række events på forskellige barer, herunder et meget vellykket arrangement på baren Ruby. EtOH Spirits er nu nået til et stade, hvor der er stor interesse og efterspørgsel efter deres produkter, senest eksempelvis fra Mexico og Japan. Nu kommer kunderne selv og efterspørger deres produkter. Han kan ikke huske virksomhedens præcise omsætning på det danske marked, men det går godt. Der er stadig lidt efterslæb efter covid-19, men generelt er kunderne tilfredse. EtOH Spirits er dog stadig en start up-virksomhed og har ikke så stort et markedsføringsbudget som store velkendte mærker. I sommeren 2021 var Juuls Engros og måske også Sprit og Co. distributører af EtOH Spirits produkter. Han husker ikke præcist, hvornår Sprit og Co. blev distributør af deres produkter; det kan have været i oktober 2021. De produkter, der er udviklet til konkrete barer, bærer alle logoet EtOH. Produktnavnet blev fastlagt i samarbejde med den konkrete bar. Det er dog samme designstudie, der står bag designet af produktnavnet. Alle deres produkter har et navn, som fx EtOH Hafnium. EtOH Spirits er virksomhedens brand, hvor Hafnium er et produktnavn. Eventen på Ruby fandt sted i efteråret 2021 eller 2022, men han husker det ikke nærmere.

Nicolai Sivgaard Simonsen har supplerende forklaret blandt andet, at han ikke umiddelbart møder EtOH Spirits i markedet. Nordic Ethanol er selv repræsenteret i flere barer, restauranter mv., og i den forbindelse støder han ikke på EtOH Spirits produkter. Han har heller ikke oplevet, at Nordic Ethanols produkter er blevet forvekslet med EtOH Spirits. Den liste over forhandlere og distributører, som EtOH Spirits har fremlagt, oplever han som useriøs. EtOH Spirits burde være til stede på markedet i langt højere grad end tilfældet er, når man ser på, hvor lang tid selskabet har været på markedet. Nordic Ethanol bruger også Sprit og Co. som distributør. Sprit og Co. har fortalt ham, at de knap nok ved, hvem EtOH Spirits er, og at de kasser, Sprit og Co. har liggende med produkter fra EtOH Spirits, er nogle, EtOH Spirits havde foræret dem i sommeren 2021. Nørrebro er ikke en distributør men et bryggeri. Nordic Ethanol har selv mere end 100 forhandlere. Han opfatter ikke EtOH Spirits som en konkur-

rent, da Nordic Ethanol ikke producerer whisky eller whisky-lignende produkter. Whisky markedsføres desuden på en anden måde, i et andet prisleje og anvendes typisk også på anden vis. Hvis Nordic Ethanol skulle ønske at snylte på EtOH Spirits, ville Nordic Ethanol have lavet et whiskyprodukt. Nordic Ethanol har som virksomhed eksisteret siden 2018 og har et rigtigt godt renommé. Nordic Ethanol har også vundet priser i udlandet og fået omtale. Han har ikke oplevet at virksomheden blive sammenlignet med EtOH Spirits eller at nogen har taget fejl af deres produkter eller virksomheder. Hvis Nordic Ethanol blev mødt med et forbud, ville det formentlig i dag koste virksomheden 3-4 mio. kr. at trække produkter tilbage fra markedet, rebrande mv. Nordic Ethanol har nu ni forskellige produkter, som alle vil skulle rebrandes og have nyt label. Desuden har der været afholdt en festival under deres brand, hvorfor en rebranding også i den forbindelse ville betyde øgede omkostninger til markedsføring af et nyt navn. Virksomheden skiftede navn i oktober 2021 fra SiWu Distillery IVS til Nordic Ethanol ApS og begyndte at bruge af brandet Nordic EtOH som følge af, at folk associerede navnet SiWu med noget japansk eller kinesisk. Et branding bureau fortalte dem, at der var fordele ved at bruge noget med Norden som brand. Nordic Ethanol er som brand en "kappe" for virksomheden, og Nordic EtOH er et produktbrand. Nordic Ethanol laver også private label-produkter. Han mener stadig, at mærket EtOH ikke har særpræg. Det er rigtigt, at Nordic Ethanol har ansøgt om varemærket Nordic EtOH.

Anbringender

Parterne har i det væsentlige gentaget deres anbringender for Sø- og Handelsretten.

EtOH Spirits har i sit påstandsdokument af 30. november 2023 yderligere anført blandt andet (henvisninger til processkrifter, bilag, ekstrakt og materiale-samling udeladt):

"Trods det er Indkæredes opfattelse, at Indkærede ikke bruger "EtOH" som varemærke og forretningskendetegn, gør Kærende gældende, at VML § 4, stk. 3, klart fastlægger, at anbringelse af tegnet på varerne eller på emballagen, samt udbud, markedsføring, oplagring af nævnte varer med tegnet, herunder i forbindelse med handels- eller firmanavn, udgør varemærkeretlig brug.

På Indkæredes hjemmeside markedsfører Indkærede sine produkter på den anførte måde, hvor samtlige produkter visuelt er opbygget efter et princip om, at der på etiketten er:

Øverst: Angivelse af produktets oprindelse - "NORDIC"
 Næst: Angivelse, med den største font, af - "EtOH"
 Herefter: En produktbeskrivelse - "VODKA", "GIN" etc.

Slutteligt: Et billede af indholdet – Urter, krydderier etc.

Det bemærkes særligt, at samtlige ovenstående, med klar undtagelse af "EtOH", er rent deskriptive og udelukkende har til formål at forklare forbrugerne præcist, hvad produktet indeholder. Selv for det tilfælde, at Indkærede måtte mene, at den måde "EtOH" anvendes på ligeledes er deskriptiv, gør Kærende gældende, at fremhævelsen heraf er så usædvanlig, og en integreret del af Kærendes selskabsnavn, varemærke og markedsføring, at anvendelsen, såfremt den ikke udgør en varemærkekrænkelse, i hvert fald er en overtrædelse af markedsføringsloven.

4. Varemærkekrænkelse

...

I det tilfælde, at det kun kan lægges til grund, at Kærendes registrerede EU-varemærke og den brugsbaserede rettighed alene har snæver beskyttelse, nyder Kærende stadig beskyttelse mod identiske eller så godt som identiske mærker.

5. Markedsføringsloven

...

Begge virksomheder sælger varer indenfor spiritusbranchen, og produkterne er således i konkurrenceforhold. Den relevante kundekreds vil have den opfattelse, at Kærende blot har udvidet sit sortiment med andre former for spiritus.

...

6. Selskabsloven

...

Derudover gør Kærende gældende, at den dokumenterede faktiske forveksling i form af flere fejlhenvendelser skal tillægges betydning, da selskabslovens bestemmelse ligeledes er begrundet i et ønske om at undgå sammenblanding af firmanavne.

Kærende gør ligeledes gældende, at der er branchesammenfald med Kærende og Indkæredes virksomhed, hvilket har betydning for vurderingen af overtrædelsen af SLL § 2, stk. 2 jf. § 3, stk. 1.

FORBUDBETINGELSERNE

...

Kærende gør gældende, at der i en forbudssag ikke skal tages stilling til om Kærendes eneret er helt eller delvist ugyldigt, da Retten som udgangspunkt skal lægge den registrerede rettighed til grund.

Kærende gør ligeledes gældende, at i det tilfælde, at Retten alligevel finder det nødvendigt at prøve den helt eller delvise gyldighed af Kærendes registrerede varemærkeret, må det tillægges stor betydning, at gyldighedsindsigelserne alene vedrører allerede prøvede omstændigheder. EUIPO har allerede taget stilling til varemærkets gyldighed, både ved deres behandling af ansøgningen, men også ved vurderingen af bemærkningerne indleveret af Indkærede. Således gør Kærende gældende, at der må være en stærk formodning for varemærkerettens gyldighed."

EtOH Spirits har endvidere under hovedforhandlingen gjort gældende, at Nordic Ethanol ikke har kæret Sø- og Handelsrettens afgørelse om sagsomkostninger, hvorfor landsretten ikke kan tage stilling hertil.

EtOH Spirits har indleveret en omkostningsopgørelse, hvoraf fremgår, at selskabet har afholdt/forventer at afholde udgifter ekskl. moms for landsretten til advokat på 741.155 kr.

Nordic Ethanol har i sit påstandsdokument af 4. december 2023 yderligere anført blandt andet (henvisninger til bilag, ekstrakt og materialesamling udeladt):

"1. EtOH Spirits' EU-varemærke giver ikke varemærkeret til "EtOH"

EtOH Spirits har ikke sandsynliggjort, endsige godtgjort, at have varemærkerettigheder til "EtOH" i kraft af det påberåbte EU-varemærke; idet

...

- e) EtOH Spirits selv har udtalt, at *"EtOH og ethanol er to trivial navne og det kan ikke varemærke registreres. Det samme siger min advokat. Vi forsøger derfor at beskytte os med at varemærke vores logo"* og *"EtOH er IUPAC's officielle nomenklatur for ethanol"*, og

- f) ordet "EtOH" også anvendes af andre i EU i forbindelse med markedsføring af alkohol.

...

2. EtOH Spirits har ikke varemærkeret til "EtOH" via brug

Ibrugtagning af det beskrivende ord "EtOH" i sig selv giver ikke varemærkeret dertil, idet ordet ikke har særpræg som varemærke og dermed ikke opfylder kravet i varemærkelovens § 3. Særpræg vil alene kunne opnås gennem intensiv indarbejdelse efter varemærkelovens § 3, jf. også den påkærede kendelse, hvor Sø- og Handelsretten udtaler:

...

Heller ikke med de yderligere bilag, som er fremlagt under kæresagen, har EtOH Spirits sandsynliggjort, endsige godtgjort, at EtOH Spirits skulle have stiftet uregistreret varemærkeret til "EtOH" som ordmærke i Danmark gennem den nødvendige indarbejdelse her i landet efter varemærkelovens § 3.

For at overhovedet at have relevans for sagen skulle indarbejdelse af "EtOH" som varemærke for EtOH Spirits dokumenteres at foreligge **i Danmark** og **forud for** Nordic Ethanol's påbegyndelse af brug af tegnet NORDIC EtOH i oktober 2021. EtOH Spirits har ikke løftet sin bevisbyrde herfor.

Til de bilag, som EtOH Spirits har fremlagt til dokumentation for markedsføring, bemærkes, at en stor del af bilagene er irrelevante, allerede fordi de ikke viser brug af "EtOH" som varemærke eller kendetegn, og at det ikke fremgår, om det fx er EtOH Spirits' produktnavne eller andet, der angiveligt er markedsført.

Nogle af bilagene er efterfølgende i tid i forhold til Nordic EtOH' brug af det omtvistede tegn, og kan derfor ikke bruges til at dokumentere en påstået varemærkeret på det relevante tidspunkt. Andre af EtOH Spirits' bilag vedrører slet ikke Danmark og kan allerede af den grund ikke anvendes til at dokumentere brug og indarbejdelse i Danmark.

...

6. Forskellige varer

...

Eftersom EU-varemærker er underlagt brugspligt, vil EtOH Spirits næppe kunne opretholde deres EU-varemærke fremover, da de ikke bruger varemærket for de varer – nemlig whisky - som registreringen omfatter.

7. Ingen risiko for forveksling

De fremlagte bilag vedrørende enkeltstående fejlhenvendelser ændrer ikke på vurderingen, jf. Varemærkeloven med Kommentarer med omtale af Sø- og Handelsrettens dom i sag V-44-17 – NORLIV. Eftersom EtOH Spirits ikke har nogen enerettigheder til den beskrivende betegnelse EtOH, må EtOH Spirits tåle en vis risiko for fejltagelser, som man selvsagt kunne have undgået ved at vælge en betegnelse, der **ikke** var beskrivende. Der henvises til Sø- og Handelsrettens udtalelse i den påkærede kendelse om påregnelig risiko for eventuelle forvekslinger.

8. Markedsføringsloven er ikke overtrådt

Som også anført af Sø- og Handelsretten, er den af EtOH Spirits fremlagte medieomtale i vidt omfang fokuseret på Tobias Emil Jensen fremfor "EtOH Spirits" eller "EtOH". Heller ikke de med kæreskriftet fremlagte bilag kan dokumentere eller sandsynliggøre en nævneværdig markedsposition i Danmark, der kan føre til beskyttelse af ordet "EtOH" efter markedsføringsloven. Der henvises til punkt 2 ovenfor med bemærkninger til EtOH Spirits' bilag vedrørende brug.

EtOH Spirits må antages at være enig i den beskrivende karakter af "EtOH" også i kendetegnsretlig sammenhæng, hvoraf det fremgår: "Firmaet EtOH har fået navn efter den kemiske formel for spiritus".

EtOH Spirits' seneste årsrapporter viser, at selskabet har tabt over halvdelen af selskabskapitalen. Med henvisning hertil gøres det gældende, at EtOH Spirits ikke kan antages at have nogen væsentlig markedsposition her i landet.

...

9. Selskabsloven er ikke overtrådt

...

- b) det alene er Nordic Ethanol, der kommer frem ved søgning på "nordic etoh" via Google; og
- c) det derimod er EtOH Spirits, der kommer frem ved søgning på "EtOH" via Google.

10. De nedlagte forbudspåstande

...

Med påstand 1 begærer EtOH Spirits endvidere forbud meddelt for hele EU uden at have anført noget til støtte for begæringen om meddelelse af forbud i udlandet, endsige løftet bevisbyrden for, at der skulle være basis for dette. Det fremgår af EU-Domstolens praksis, at en EU-vare-mærkedomstol (her Sø- og Handelsretten) **skal** begrænse et forbuds udstrækning til den del af EU, hvor der måtte foreligge en krænkelse, jf. sag C-223/15 Combit/Commit og Varemærkeloven med kommentarer.

...

FORBUDSBETINGELSERNE

...

13. Proportionalitet og sikkerhedsstillelse

Nedlæggelse af forbud ville i øvrigt være uproportionalt, jf. retsplejelovens § 414, stk. 2. Henset til, at EtOH Spirits kører med underskud og er i kapitaltabssituation, kan det ikke antages, at der er nogen videre goodwill at beskytte.

...

SAGSOMKOSTNINGER

Nordic Ethanol anmoder Østre Landsret om at træffe afgørelse om sagsomkostninger for begge instanser, jf. Østre Landsrets kendelse af 29. august 2019 (BS-16813/2018-OLR), og indgiver separat omkostningsopgørelse til Landsretten.

EtOH SPIRITS' OPLYSNINGER BESTRIDES

Nordic Ethanol bestrider EtOH Spirits' gengivelse af faktiske forhold på flere punkter:

14. Nordic Ethanol bruger ikke "EtOH" som varemærke eller kendetegn

EtOH Spirits' angivelse af, at Nordic Ethanol skulle bruge "*ordet "EtOH" som varemærke og forretningskendetegn ved salg af alkoholiske drikke*", og at forbudssagen skulle have drejet sig om dette, er faktisk forkert og bestrides.

Faktum er, at Nordic Ethanol ikke bruger ordet "EtOH" som varemærke eller forretningskendetegn og heller ikke har planer om det. EtOH Spirits har ikke løftet – og kan i sagens natur ikke løfte – sin bevisbyrde for, at Nordic Ethanol skulle bruge ordet "EtOH" som varemærke eller kendetegn.

Faktum er, at Nordic Ethanol anvender tegnet



eller tegnet "NORDIC EtOH".

Nordic Ethanol anvender derimod **ikke** ordet "EtOH" (alene).

...

16. Gyldigheden af EtOH Spirits' EU-varemærke er ikke bestridt

EtOH Spirits anfører, at Nordic Ethanol skulle have gjort indsigelse mod gyldigheden af det EU-varemærke, som EtOH Spirits' har påberåbt sig. Det anførte bestrides som urigtigt.

Faktum er, at Nordic Ethanol **ikke** har anfægtet gyldigheden af EU-varemærket, hvilket Sø- og Handelsretten i øvrigt heller ikke har taget stilling til. Nordic Ethanol har derimod gjort gældende, at EU-

varemærkets beskyttelsesomfang er anderledes end, hvad EtOH Spirits gør gældende.

17. EUIPO har ikke fundet, at "EtOH" som ordmærke skulle være suggestivt

EtOH Spirits anfører i kæreskriftet, at EUIPO skulle have *"fundet at den figurlige udformning af mærket ikke tilføjer mærket særpræg"*, og *"at "EtOH" udelukkende – også i ordmæssig form – er suggestivt for varer i klasse 33"*. Det anførte bestrides som både urigtigt og udokumenteret.

Faktum er, at EtOH Spirits under behandling af ansøgningssagen hos EUIPO indgav argumentation til støtte for registrering af figurmærket



og at EUIPO efterfølgende godkendte figurmærket til registrering. Det er udokumenteret, hvordan EUIPO måtte have stillet sig til EtOH Spirits' argumentation, og hvilke argumenter der eventuelt kan have været udslagsgivende for EUIPO's beslutning om at godkende figurmærket.

Det er udokumenteret og har formodningen imod sig, at EUIPO skulle have taget stilling til spørgsmålet om særpræg af "EtOH" i ordmæssig form, herunder fordi dette som bekendt ikke var ansøgt."

Nordic Ethanol har indleveret en omkostningsopgørelse, hvoraf fremgår, at selskabet har afholdt/forventer at afholde udgifter ekskl. moms for landsretten til advokat på 205.000 kr.

Landsrettens begrundelse og resultat

Landsretten er enig i Sø- og Handelsrettens begrundelse og resultat. Det, der yderligere er kommet frem for landsretten, kan ikke føre til et andet resultat.

Det bemærkes tillige, at landsretten finder, at betingelsen i retsplejelovens § 413, nr. 3, for at meddele forbud og påbud ikke er opfyldt, idet der gik næsten et år fra den første henvendelse fra EtOH Spirits til Nordic Ethanol til anmodningen om forbud blev indgivet.

Landsretten stadfæster herefter Sø- og Handelsrettens kendelse, idet det bemærkes, at Nordic Ethanol ikke inden for fristen herfor har kæret det af Sø- og Handelsretten om sagsomkostninger bestemte.

Efter sagens udfald skal EtOH Spirits i sagsomkostninger for landsretten betale 200.000 kr. til Nordic Ethanol til dækning af udgifter til advokatbistand ekskl. moms. Der er ved omkostningsfastsættelsen taget hensyn til at sikre, at en væsentlig og passende del af de rimelige udgifter, som den part, der har vundet sagen, har afholdt, bæres af den tabende part, jf. artikel 14 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48 som fortolket af EU-Domstolen i navnlig dom af 28. juli 2016 i sag C 57/15 (United Video Properties). Der er ved fastsættelsen af beløbet til advokat endvidere taget hensyn til sagens omfang og forløb samt til de af hver af parterne oplyste udgifter til advokat.

THI BESTEMMES:

Sø- og Handelsrettens kendelse stadfæstes.

I sagsomkostninger for landsretten skal EtOH Spirits ApS inden 14 dage betale 200.000 kr. til Nordic Ethanol ApS. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.