



SØ- OG HANDELSRET TEN KENDELSE

afsagt den 21. januar 2020

Sag BS-38462/2019-SHR

SPORTS GROUP DENMARK A/S
(advokat Nick Lissner Johansen)

mod

WATERNLIFE ApS
(advokat Martin Hoffgaard Rasmussen)

Denne afgørelse er truffet af vicepræsident Mads Bundgaard Larsen sammen med de sagkyndige medlemmer Annette Juhl og Kai Wöldike Bested.

Sagens baggrund og parternes påstande

Denne sag om midlertidigt forbud og påbud, der er anlagt den 23. august 2019, handler navnlig om, hvorvidt der, på baggrund af Sports Group Denmark A/S' (herefter "Sports Group") ibrugtagning af det påberåbte varemærke "ENDURANCE" (ord) for sportstøj og sportsudstyr, er grundlag for at nedlægge forbud mod WATERNLIFE ApS' (herefter "WATERNLIFE") anvendelse af varemærkerne "ENDURANCE" samt "DANISH ENDURANCE" for sportstøj og udstyr. Der er i denne forbindelse tvist om, hvorvidt Sports Groups kendetegn "ENDURANCE" nyder varemærkeretlig beskyttelse.

Sagsøgeren, Sports Group, har nedlagt følgende endelige påstande:

1. WATERNLIFE forbydes i Danmark at anvende ordet ENDURANCE, ordkombinationen DANISH ENDURANCE og figurmærkerne DANISH ENDURANCE som vist i bilag 1-3 i forbindelse med salg og markedsføring af følgende varer eksemplificeret i bilag 4:

Beklædningsgenstande til sportsbrug, sportsartikler, sportsudstyr, gymnastikartikler, microfiber-håndklæder til rejse- og sportsbrug, lægbind til sportsbrug, knæbind til sportsbrug, og træningselastikker.

Subsidiært til påstand 1:

WATERNLIFE forbydes i Danmark at anvende ordet ENDURANCE, ordkombinationen DANISH ENDURANCE og figurmærkerne DANISH ENDURANCE som vist i bilag 1-3, på varerne omfattet af påstand 1.

2. WATERNLIFE forbydes i Danmark at anvende ordet ENDURANCE, ordkombinationen DANISH ENDURANCE og figurmærkerne DANISH ENDURANCE som vist i bilag 1-3 som forretningskendetegn for følgende tjenesteydelser:

Detail- og engroshandel, herunder via internettet, med beklædningsgenstande til sportsbrug, sportsartikler, sportsudstyr, gymnastikartikler, microfiber-håndklæder til rejse- og sportsbrug, lægbind til sportsbrug, knæbind til sportsbrug og træningselastikker.

3. WATERNLIFE påbydes at tilbagekalde og fjerne alt og alle beklædningsgenstande til sportsbrug, sportsartikler, sportsudstyr, gymnastikartikler, microfiber-håndklæder til rejse- og sportsbrug, lægbind til sportsbrug, knæbind til sportsbrug, og træningselastikker, samt labels og emballage hertil hvorpå ordet ENDURANCE, ordkombinationen DANISH ENDURANCE og figurmærkerne DANISH ENDURANCE som vist i bilag 1-3 er anvendt, fra sine forhandlere i Danmark.

Overfor WATERNLIFE's subsidiære påstande om sikkerhedsstillelse nedlægges følgende påstande:

4. De begærede midlertidige forbud og påbud meddeles uden sikkerhedsstillelse.

Subsidiært til påstand 4:

De begærede midlertidige forbud og påbud meddeles mod en mindre sikkerhedsstillelse fastsat af Sø- og Handelsretten.

Sagsøgte, WATERNLIFE, har nedlagt følgende endelige påstande:

Principal:

Sports Groups påstand 1-3 nægtes fremme.

Subsidiært:

De begærede midlertidige forbud og/eller det begærede midlertidige påbud fremmes mod sikkerhedsstillelse på ikke under DKK 15 millioner.

Mere subsidiært:

De begærede midlertidige forbud og/eller det begærede midlertidige påbud fremmes mod sikkerhedsstillelse fastsat af retten.

Oplysningerne i sagen

Sagens parter og parternes rettigheder

Sports Group er en dansk tøjvirksomhed stiftet i september 2012, der beskæftiger sig med salg af sportstøj og øvrige produkter under 15 forskellige mærker, herunder mærket "ENDURANCE". Sports Group sælger navnlig deres varer til sportskæder med Skandinavien som det primære marked.

Sports Group har under sagen gjort gældende, at Sports Group har en brugsbaseret varemærkerettighed til ordmærket "ENDURANCE" for sportstøj og -udstyr samt et figurmærke alene med dette ord som vist umiddelbart nedenfor.

Der er i sagen fremlagt dokumentation fra januar 2013 for den designmæssige udvikling og erhvervelse af Sports Groups ENDURANCE-figurmærke:

ENDURANCE

Sports Groups første fakturerede salg af ENDURANCE-produkter fandt ifølge faktura udstedt til Sport 24 A/S (herefter "Sport 24") sted den 1. august 2013.

Retten er under hovedforhandlingen blevet forevist eksemplarer af ENDURANCE-sportsstrømper.

Den 30. oktober 2017 fik Sports Group desuden registreret følgende figurmærke, der består af ENDURANCE-mærket med tilføjelse af et pink ikon samt ordet "ATHLECIA":



WATERNLIFE blev stiftet i marts 2013 og ejes af brødrene Johan Nikolaj Due og Ole Christoffer Due. WATERNLIFE har siden 2015 på Amazon og siden gennem deres webshop, www.danishendurance.com, solgt bl.a. kompressionsstrømper til udholdenhedssport under mærket DANISH ENDURANCE.

Der er i sagen fremlagt korrespondance fra marts til juni 2015 mellem WATERNLIFE og en dansk producent af strømper, Comfysocks A/S (herefter "Comfysocks"), der omhandler en ordre på kompressionsstrømper under mærket DANISH ENDURANCE.

Den 8. august 2015 blev WATERNLIFE's kompressionsstrømper udbudt til salg på først den tyske Amazon-side, og herefter blev kompressionsstrømperne også udbudt på de britiske, franske, italienske og spanske Amazon-sider.

WATERNLIFE's første salg af DANISH ENDURANCE-produkter fandt sted den 16. august 2015 ifølge en salgsoversigt fremlagt i sagen. Ifølge en revisorerklæring, der er fremlagt i sagen, udgjorde omsætningen fra DANISH ENDURANCE-produkter 40 % af WATERNLIFE's totale omsætning i 2016, 69 % i 2017 og 81 % i 2018. Derudover fremgår, at WATERNLIFE oplevede en stigning i omsætning fra 30. juni 2018 til 30. juni 2019 på 73 %.

Den 30. januar 2017 fik WATERNLIFE registreret følgende EU-figurmærke:



Den 22. februar 2019 ansøgte WATERNLIFE om registrering af følgende EU-vareremærke, hvilket er blevet mødt med indsigelse fra Sports Group:

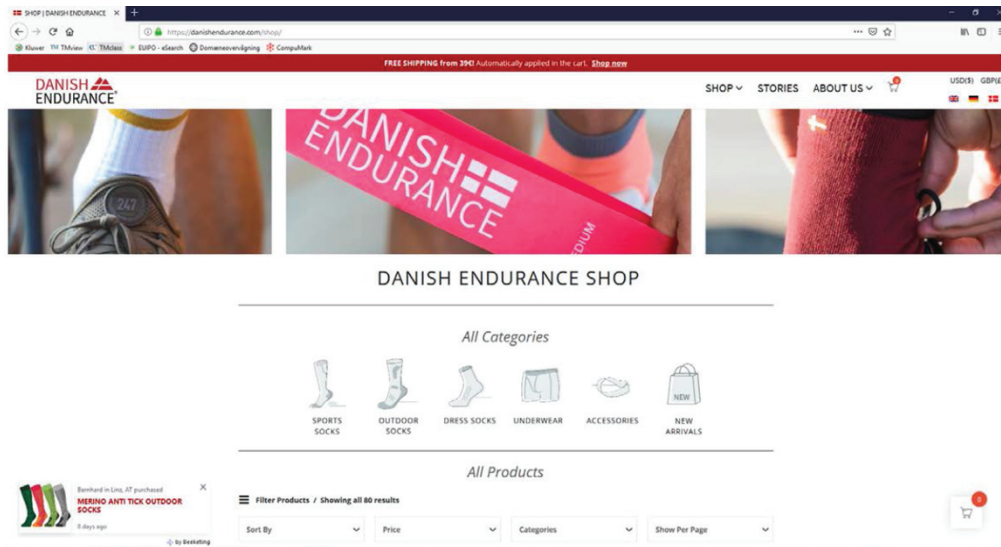


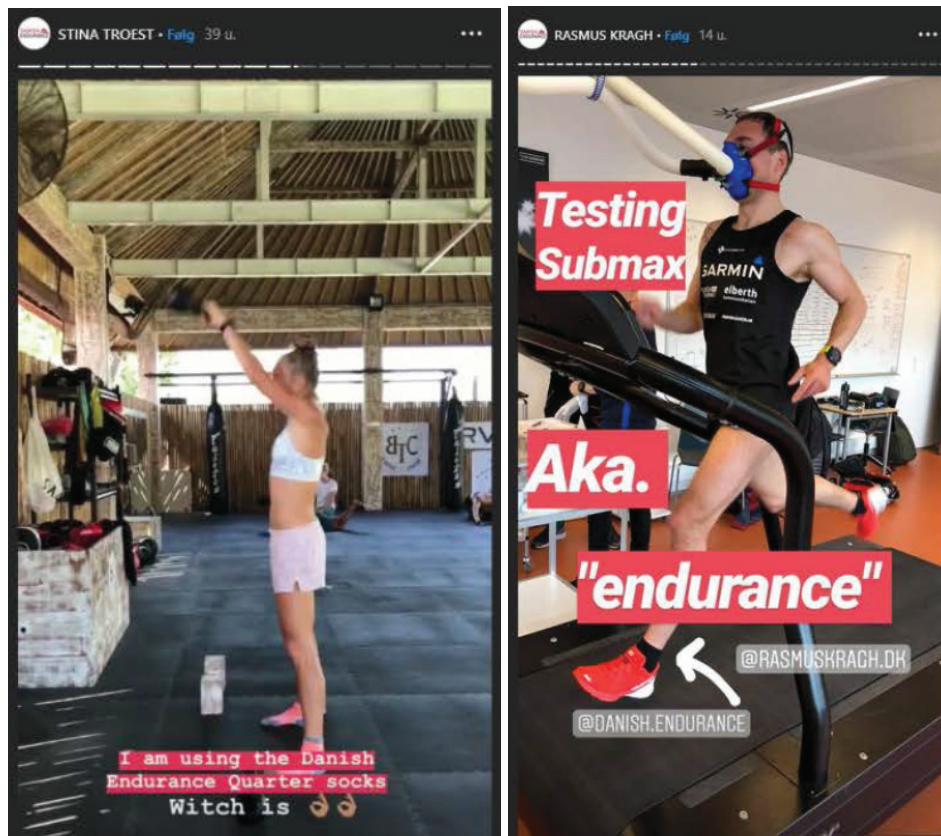
De påståede krænkende handlinger

Sports Group har i sagen gjort gældende, at bl.a. WATERNLIFE's markedsføring af produkter på www.danishendurance.com samt Instagram (herunder via kendte atleter som ambassadører for produkterne) ved anvendelse af betegnel-

serne "DANISH ENDURANCE" samt "ENDURANCE" krænker Sport Groups rettigheder.

Der er i sagen bl.a. fremlagt følgende eksempler på WATERNLIFE's angiveligt krænkende handlinger:





Korrespondance mellem parterne

På baggrund af bl.a. WATERNLIFE's varemærkeansøgning samt ovenstående markedsføring sendte Sports Group den 5. juli 2019 en påkravsskrivelse til WATERNLIFE med krav om, at WATERNLIFE skulle ophøre med brug af varemærkerne ENDURANCE og DANISH ENDURANCE. WATERNLIFE afviste kravet den 11. juli 2019. Der pågik siden drøftelser mellem parterne, der dog ikke førte til enighed mellem parterne, hvorfor nærværende forbudssag blev anlagt af Sports Group den 23. august 2019.

Varemærkeretlig beskyttelse af ENDURANCE - Særpræg

Det er under sagen bestridt, hvorvidt ordmærket "ENDURANCE" for sportstøj har særpræg og dermed nyder varemærkeretlig beskyttelse, eller om "ENDURANCE" som varemærke for sportstøj er beskrivende.

Patent- og varemærkestyrelsens vurdering

Efter sagens anlæg, den 16. august 2019, ansøgte WATERNLIFE's advokat på vegne af WATERNLIFE om varemærkeregistrering af ordmærket "ENDURANCE" hos Patent- og Varemærkestyrelsen i klasse 25 for "sportstøj" og "sportstøj til udholdenhedssport".

I brev af 21. august 2019 bad styrelsen WATERNLIFE præcisere varefortegnelsen "sportstøj til udholdenhedssport". Styrelsen bemærkede, at såfremt WATERNLIFE ikke præciserede den angivne varefortegnelse, ville ansøgningen om ordmærket "ENDURANCE" blive afvist for så vidt angik denne varefortegnelse.

se. Afslaget ville dog ikke omfatte ansøgningen om ordmærket "ENDURANCE" for sportstøj.

Herefter kontaktede WATERNLIFE's advokat Martin Hoffgaard Rasmussen styrelsen den 23. august 2019 med et ønske om en ny vurdering af ordmærkets særpræg ifølge et telefonnotat fremlagt i sagen.

Den 5. september 2019 afviste Patent- og Varemærkestyrelsen endeligt at registrere ordmærket "ENDURANCE", idet styrelsen fandt ordet deskriptivt for sportstøj.

Øvrig praksis

Der er i sagen i øvrigt fremlagt afgørelser fra både Patent- og Varemærkestyrelsen samt den europæiske varemærkemyndighed, EUIPO, der viser, at ordet "ENDURANCE" alene samt i kombination med andre ord, for forskellige vareklasser (dog ikke sportstøj) i visse tilfælde er blevet godkendt som varemærker og i andre tilfælde er blevet afvist som beskrivende for det pågældende produkt.

Varemærkeretlig beskyttelse af ENDURANCE - Indarbejdelse

Sports Group har under sagen subsidært gjort gældende, at Sports Group under alle omstændigheder har opnået varemærkeret til ordet "ENDURANCE" som følge af indarbejdelse.

Revisorerklæring

Der er i sagen fremlagt en revisorerklæring, der på baggrund af stikprøver samt en afstemning med Sports Groups ERP-system, bekræfter Sports Groups oplysninger om, at Sports Group i perioden fra selskabets opstart til og med 31. juli 2019 har solgt varer af mærket ENDURANCE for 336.707.522 kr. Endvidere oplyser Sports Group i revisorerklæringen, at det totale salg af ENDURANCE-produkter i Danmark frem til 1. august 2015 udgjorde 33.348.043 kr.

Sports Groups eget katalog

Der er i sagen bl.a. fremlagt følgende eksempler på Sports Groups markedsføring af ENDURANCE-mærket i et af Sports Groups kataloger til deres retailkunder, der efter det oplyste er fra august 2013:



ENDURANCE | 133060 - HOOPE | CREW SOCK 3-PACK



Functions
 • Shell: 80% Polyester
 20% Elastane
 • 3-Pack

Waterproof
 • No

Breathability
 • Yes

Windproof
 • No

Size 35-40

Color	35-40	40-42	42-44	44-46	46-48	48-50	50-52
Black							
Grey							
White							

ENDURANCE | 141419 - MURCIA | W RUN JACKET XOL



Functions
 • Quality: 100% Polyester
 • Windproof Material
 • Breathable Material
 • Light weight
 • Protects

Waterproof
 • Water Resistant

Breathability
 • Yes

Windproof
 • Yes

Size 36-46

Color	36	38	40	42	44	46	48	50
Yellow								
Orange								
Pink								

ENDURANCE | 133620 - AVERY | BASKETBALL QUARTER SOCK 3-PACK



Functions
 • Shell: 80% Polyester
 20% Elastane
 • 3-Pack

Waterproof
 • No

Breathability
 • Yes

Windproof
 • No

Size 35-40

Color	35-40	40-42	42-44	44-46	46-48	48-50	50-52
Black							
Grey							
White							

ENDURANCE | 133184 - VENTURA | W LONG RUN TIGHT XOL



Functions
 • Quality: 80% Polyester
 20% Lycra
 • Quick Dry
 • Stretch Fabric
 • Very High Breathability
 • Reflective Safety Details
 • Many Pockets

Waterproof
 • No

Breathability
 • Yes

Windproof
 • Yes

Size 36-46

Color	36	38	40	42	44	46	48	50
Black								

ENDURANCE | 133621 - BORON | LOW CUT SOCK 3-PACK



Functions
 • Shell: 80% Polyester
 20% Elastane
 • 3-Pack

Waterproof
 • No

Breathability
 • Yes

Windproof
 • No

Size 35-40

Color	35-40	40-42	42-44	44-46	46-48	48-50	50-52
Black							
Grey							
White							

ENDURANCE | 133210 - VENTURA | W Windblock Tight XOL



Functions
 • Quality: 80% Polyester
 20% Lycra
 • Quick Dry
 • Stretch Fabric
 • Very High Breathability
 • Reflective Safety Details
 • Bunched Comfort Banding
 • Windblock Membrane At Front
 • Many Pockets

Waterproof
 • No

Breathability
 • Yes

Windproof
 • Yes

Size 36-46

Color	36	38	40	42	44	46	48	50
Black								

Page 22

Page 3

ENDURANCE | 133230 - VICKY | W PERFORMANCE S/S TEE XOL



Functions
 • Quality: 80% Polyester/20% Lycra
 • Very High Breathability
 • Climate Control
 • Quick Dry
 • Stretch Fabric

Waterproof
 • No

Breathability
 • High

Windproof
 • No

Size 36-46

Color	36	38	40	42	44	46	48	50
Black								
Yellow								
Orange								
Pink								
Grey								
White								

ENDURANCE | 141563 - WARWICK | RUNNING HAT



Functions
 • Shell: 80% Polyester
 20% Elastane
 • Quick Dry
 • Stretch Fabric
 • High Breathability
 • Keeps You Warm

Waterproof
 • No

Breathability
 • Yes

Size SM-LXL

Color	SM	L	XL
Black			
Grey			

ENDURANCE | 133232 - VINNI | W PERFORMANCE LS TEE XOL



Functions
 • Quality: 80% Polyester/20% Lycra
 • Very High Breathability
 • Climate Control
 • Quick Dry
 • Stretch Fabric

Waterproof
 • No

Breathability
 • High

Windproof
 • No

Size 36-46

Color	36	38	40	42	44	46	48	50
Black								
Yellow								
Orange								
Pink								
Grey								
White								

ENDURANCE | 141564 - WARRINGTON | HEADBAND



Functions
 • Shell: 80% Polyester
 20% Elastane
 • Quick Dry
 • Stretch Fabric
 • High Breathability
 • Keeps You Warm

Waterproof
 • No

Breathability
 • Yes

Size SM-LXL

Color	SM	L	XL
Black			
Grey			

ENDURANCE | 133223 - VISALIA | W PERFORMANCE MID-LAYER XOL



Functions
 • Quality: 80% Polyester
 20% Elastane
 • Quick Dry
 • High Breathability
 • Bunched Comfort Banding

Waterproof
 • No

Breathability
 • Yes

Windproof
 • No

Size 36-46

Color	36	38	40	42	44	46	48	50
Red								
Grey								
Pink								

ENDURANCE | 141562 - WATFORD | RUNNING GLOVES



Functions
 • Shell: 80% Polyester
 20% Elastane
 • Quick Dry
 • Stretch Fabric
 • High Breathability
 • Keeps You Warm

Waterproof
 • No

Breathability
 • Yes

Size XS-L

Color	XS	S	M	L
Black				

ENDURANCE | 141435 - WELLINGTON | THERMAL GLOVE



Functions
 • Shell: 80% Polyester
 20% Elastane
 • Quick Dry
 • Stretch Fabric
 • High Breathability
 • Keeps You Warm

Waterproof
 • Water Resistant

Breathability
 • Yes

Size XS-L

Color	XS	S	M	L
Black				

Page 2

Page 23

Sport 24's kataloger til forbrugere

Der er i sagen også fremlagt tilbudsaviser for perioden oktober 2013 til august 2019 produceret af Sports Groups største kunde, Sport 24, hvori ENDURANCE-kollektioner markedsføres over for forbrugere. Af katalogerne fremgår bl.a. følgende markedsføring:

ENDURANCE

COM EN GOD HANDEL PÅ SPORT24.DK
TILSTUPLOT KENDT SPOT24.DK & SATIVO (PERFECT) 00000



ENDURANCE LØBEHUE
■ MODEL WATWICK
STR. S-XL
150,-

PAKKEPRIS
NORMALPRIS 1200,-
500,-
LØBETRØJE + LØBETIGHTS
+ LØBEHANDSKE
SPAR 700



ENDURANCE LØBETRØJE TIL HERRER
■ MODEL CARKIDF
STR. S-XXL
400,-

ENDURANCE LØBETRØJE TIL DAMER
■ MODEL VISALIA
STR. 36-44
400,-



ENDURANCE LØBEHANDSKER
■ MODEL WELLINGTON
STR. XS-XL
200,-

ENDURANCE LØBETIGHTS TIL DAMER
■ MODEL VENTURA
STR. 36-46
600,-
Varm og svedtransporterende vintertights. Med vindstæt front.

ENDURANCE LØBETIGHTS TIL HERRER
■ MODEL VICTORVILLE
STR. S-XXL
600,-
Varm og svedtransporterende vintertights. Med vindstæt front.

Dist. 10 km
Time: 40:24:8

WWW.SPORT24.DK >> 15



NEW BALANCE
Løbesho til damer
Model W30902H1
Str. 37-41 1/2

VEJL. PRIS 1000,-

-50%
NU **500,-**

ASICS
Løbesho til damer
Model GEL-LYTE 333
Str. 35-42

VEJL. PRIS 1100,-

-50%
NU **550,-**

VI RABATTEKVER 50% PÅ VEJL. PRISER VED KASSEN I VORES FYSISKE BUTIKKER PÅ SPORT24 OUTLET OG ER RABATTEN ALLEREDE FRA TRUKKET

NEWS

NYE VARER HVER UGE

I SPORT24 OUTLET FYLDER VI LØBENDE HYLDERNE OP MED NYE LÆKRE VARER - SELV FØLG LIG TIL NÆSTE PRIS



ENDURANCE
Løbe T-shirt til damer
Model Vista
Flere farver ●●●●●
Str. 36-44

VEJL. PRIS 250,-

-50%
NU **125,-**



ENDURANCE
Vinter løbetights til damer
Model Valencia
Str. 36-46
Vejl. pris 450,-
Spar 50% Nu 225,-

VEJL. PRIS 50,-

-50%
NU **25,-**



ENDURANCE
Løbekjorte til damer
Model London
Str. 36-44

VEJL. PRIS 600,-

-50%
NU **300,-**



ENDURANCE
Løbetøj til damer
Model Visalia
Flere farver ●●●●●
Str. 36-44
Vejl. pris 400,-
Spar 50% Nu 200,-

CAP
Løbestemper
Model Suzuka Bamboo
Flere farver ●●●●●
Str. 35-46



ENDURANCE
Reflekteret vest til voksne
Model Revvale
Str. S-XXXL

VEJL. PRIS 250,-

-50%
NU **125,-**



ENDURANCE
Løbe T-shirt til damer
Model Vicky
Flere farver ●●●●●
Str. 36-44

VEJL. PRIS 250,-

-50%
NU **125,-**



ENDURANCE
3/4 Løbetights til damer
Model Zaragoza
Str. 36-46

VEJL. PRIS 350,-

-50%
NU **175,-**

Messedeltagelse

Der er derudover fremlagt fire fakturaer dateret fra januar 2014 til januar 2016 angående betaling for deltagelse på sportstøjmesser, ligesom der er fremlagt bil- leder af en stand på en messe med varer af mærket ENDURANCE, der efter det oplyste skulle stamme fra en af disse messer i august 2014.

Udtalelse fra brancheorganisationen Sportsbranchen.dk

Der er i sagen fremlagt en udtalelse af 8. oktober 2019 fra Dan Holmgren, direktør i brancheforeningen Sportsbranchen.dk, som svar på spørgsmål stillet af Sports Group. Det er ubestridt, at Sports Group er guldmedlem i Sportsbranchen.dk, ligesom det er ubestridt, at WATERNLIFE ikke er. Af erklæringen fremgår følgende spørgsmål og svar:

" ...

1. Hvad forbinder I med ENDURANCE? – DAN : Teknisk & Fashion Løbe/Fitness og Yoga mærke fra Sports Group Denmark, gældende på beklædning, sko og associeres
2. Har I set følgende logo før?

ENDURANCE

3. Hvad forbinder I med ovenstående logo? – DAN : Ja dels på produkterne, indsalgs kataloger, indsalgs materiale, hjemmesiden og diverse husomdelte kataloger.

Siden Sports Group Denmark lancerede varemærket ENDURANCE i 2012 for sportstøj, har mærket omsat for cirka 380.000.000 kr. på engrosniveau. Fra sin opstart i 2012 til og med 2015 omsatte mærket for cirka 72.000.000 kr. på engrosniveau i det Danske Kongerige alene.

4. Med jeres kendskab til sportsbranchen og branchens overordnede volumen, er ovenstående engros-salgstal hidrørende fra ét mærke udtryk for en høj omsætning? – DAN : Ja det mener jeg, helt overordnet – og det bliver tydeligere når man kommer ned i speciel grupperne som Løb/ Fitness og Yoga.

Sports Group Denmark sælger på nuværende tidspunkt sine ENDURANCE-kollektioner til cirka 750 kunder i 10 lande, med Skandinavien som det primære marked.

I Danmark, fra 2012 og frem til og med 2015, var ENDURANCE-kollektionerne allerede solgt til omkring 350 individuelle kunder. Disse kunder inkluderede store og små kunder, herunder landsdækkende kæder som Sportigan, Intersport, Sport 24 men også lokale enkeltstående butikker og feriecentre, såsom Skallerup Seaside Resort (tidligere Skallerup Klit) i Nordjylland, samt Lalandia Feriecenter i både Billund og Rødby.

Udover den fysiske tilstedeværelse, har Sport 24 siden 2013 månedligt husstandsomdelt tilbudsaviser, hvori også ENDURANCE-kollektionerne bliver markedsført overfor forbrugerne.

5. Efter jeres opfattelse, når ovenstående oplysninger om salgsvolumen, tilstedeværelse i fysiske danske sportsbutikker og feriecentre, samt husstandsomdelt markedsføring tages i betragtning, er ENDURANCE's tilstedeværelse på det danske marked så udtryk for en særlig tilstedeværelse i branchen?
 - a. Er der efter jeres opfattelse belæg for at konkludere, om den gennemsnitlige danske professionelle engros-indkøber af sportstøj, på nuværende tidspunkt, må være bekendt med Sports Group Denmark's sportstøjmærke ENDURANCE? – DAN : 100% bestemt, selv indkøbere der ikke køber mærket kender det, da de må tage Endurance med i deres overvejelser på pris, kvalitet og look, før de køber det de mener er rigtigt for deres sortiment
 - b. Er der efter jeres opfattelse belæg for at konkludere, om den gennemsnitlige danske professionelle engros-indkøber af sportstøj, allerede i 2015, måtte have været bekendt med Sports Group Denmark's sportstøjmærke ENDURANCE? – DAN : Bestemt, da dette segment fra starten har været vigtigt for Sports Group Denmark, så derfor er alle blevet præsenteret for det nye koncept på daværende tidspunkt.
 - c. Er der efter jeres opfattelse belæg for at konkludere, om den gennemsnitlige danske forbruger af sportstøj, på nuværende tidspunkt må være bekendt med Sports Group Denmark's sportstøjmærke ENDURANCE? – DAN : Ja, i en stor del af detailhandlen, er dette brand det bedst sælgende – grundet "value for money" princippet.
 - d. Er der efter jeres opfattelse belæg for at konkludere, om den gennemsnitlige danske forbruger af sportstøj, allerede i 2015 måtte have været bekendt med Sports Group Denmark's sportstøjmærke ENDURANCE? – DAN : Ja, brandet startede med at sælge mange kampagne varer fra starten, og fik derfor hurtigt fat.

I henhold til varemærkeloven kan indehaveren af en varemærkeret ikke forbyde andre virksomheder at gøre erhvervsmæssig brug af beskrivende ord, såsom "ENDURANCE", når disse anvendes som et nødvendig beskrivelse af varens egenkab, eller varens anvendelsesområde, såsom "These socks can be used for various endurance sports". Andre virksomheder må dog ikke anvende denne regel til at snylte på andre virksomheders særlige markedsføringsmæssige indsats, herunder når brugen af ordet kan skabe forveksling med et kendt varemærke. Typiske eksempler kunne være, at andre virksomheder stadig ikke må bruge NEUTRAL som varemærke på personlig-plejeprodukter, CARGLASS for reparation af bilruder og AALBORG for snaps og spiritus.

6. Vil det efter jeres opfattelse udgøre et problem, hvis Sports Group Denmark, på samme måde som ovenstående eksempler, får eneret til at påtrykket ordet ENDURANCE som varemærke på sportstøj? – DAN : Nej

7. Vil det efter jeres opfattelse i stedet være både rimeligt og nødvendigt, at andre virksomheder i den danske sportsbranche også måtte påtrykke ENDURANCE som varemærke på sportstøj? – **DAN : Nej**
8. Er der efter jeres opfattelse risiko for, at de danske forbrugere vil forveksle producenterne af sportstøj, hvis alle producenter i branchen måtte påtrykke ENDURANCE som varemærke på sportstøj? – **DAN : Ja..."**

Forbrugerundersøgelse

Der er i sagen fremlagt en forbrugerundersøgelse foretaget af Analyse Danmark rekvireret af Sports Group. Undersøgelsen baserer sig på svar, der er indhentet på baggrund af et spørgeskema, fra 1.004 respondenter i alderen 18-60 år i perioden 22.-29. oktober 2019.

Af undersøgelsen fremgår bl.a. følgende spørgsmål og svar:

- Adspurgt "Hvad forbinder du med ENDURANCE?" svarer 48 % "ved ikke/ingenting", mens 22 % forbinder ENDURANCE med udholdenhed, og 11 % forbinder ENDURANCE med sportstøj.
- Adspurgt om respondenterne har set ENDURANCE-logoet før, svarer 77 % nej (svarende til 769 respondenter), og 23 % svarer ja (svarende til 235 respondenter).
- Adspurgt hvad de 23 % (svarende til 235 respondenter), der angav at have set ENDURANCE-logoet før, forbandt med logoet, svarede 46 % (svarende til 109 respondenter), at de forbandt logoet med "Sportstøj/Beklædning".

Forklaringer

Der er afgivet forklaring af Bjarne Jeppesen, Johan Nikolaj Due, Klaus Midtgaard og Dan Holmgren.

Bjarne Jeppesen har forklaret bl.a., at han stiftede Sports Group i 2012 og er direktør i virksomheden. Sports Group har 100 ansatte, og virksomheden har en omsætning på 500 mio. kr. Sports Group er en multibrand-virksomhed, der ejer 25 brands. ENDURANCE er det største af disse brands. Inden stiftelsen af Sports Group tilbragte han ti år i Kina, hvor han arbejdede med al slags sportstøj. Da han vendte tilbage til Danmark i 2011, stiftede han kort efter Sports Group. Han har arbejdet med sportstøj hele sit liv.

ENDURANCE er mærket, som dækker performance-kategorien, dvs. løbetøj, yogatøj, strømper og t-shirts. ENDURANCE er deres største mærke, hvorimod nogle af Sports Groups andre mærker kan være mere nicheprægede, f.eks. mærket Babolat inden for tennisudstyr.

Sports Group markedsfører primært ENDURANCE gennem deres kunder, sportsbutikkerne. Sports Group betaler kunderne for at få deres varer vist i sportsbutikkernes kataloger. Derudover markedsfører Sports Group sig også på Facebook og Instagram.

Sports Group er også til stede på messer både i Danmark og i udlandet, f.eks. på ISPO-messen i München, hvor ENDURANCE-mærket har en stor stand.

Sportex-messerne stoppede i 2015. I dag har Sports Group deres egne messer, og Sports Groups markedsposition i sportsbranchen er så stærk, at mærker som Hummel og Puma udstiller deres varer i Sports Groups hus.

Den typiske målgruppe for ENDURANCE-produkter er en forbruger mellem 18-30 år gammel, som er sportsudøver. Mærket har dog udvidet sig til også at omfatte en juniorkollektion til 6-16-årige, og derudover henvender ENDURANCE sig også til yoga/pilates-segmentet, som består af et lidt ældre kvindeligt segment.

Sports Groups konkurrenter er primært Fusion, Newline, Craft, Nike og Adidas.

Han har tidligere arbejdet for New Balance i Asien, hvor han lærte om den know-how, der skulle til for at arbejde med sportstøj. På den baggrund udviklede han ENDURANCE-mærket i 2012.

ENDURANCE betyder udholdenhed. For mennesket relaterer ENDURANCE sig til stamina. Sportstøj kan ikke være udholdende, men det kan måske være slidstærkt. ENDURANCE knytter sig til mennesker og ikke varen.

Hvis man vil beskrive holdbarheden af sit tøj, benytter man andre beskrivelser end udholdende, f.eks. "waterproof" eller "durable".

Sport 24 er deres største og ældste kunde og er det stadig i dag. Sport 24 køber mange varer fra Sports Group på tværs af alle Sports Groups mærker.

WATERNLIFE er ikke en konkurrent til Sports Group, men kan blive det. De opererer ikke i samme marked, og Sports Group er ikke før stødt på WATERNLIFE.

Det er uheldigt, at WATERNLIFE producerer strømper under mærket DANISH ENDURANCE.

Det vil være nærliggende at tro, at folk kan forveksle disse strømper med Sports Groups ENDURANCE-strømper.

I antal er strømper den største varekategori inden for ENDURANCE-mærket. Derudover sælger Sports Group hardware, soft goods, håndvægte samt løbejakker og løbebukser af mærket ENDURANCE.

ENDURANCE blev hurtigt Sports Groups største mærke med stor succes.

Sports Group sælger altid business-to-business og er derfor ikke konkurrent med deres kunder, sportsbutikkerne. De er engrossælger. Hvis Sports Groups produkter sælges online, er det deres kunder, der sælger det.

Sport 24 udsender ét katalog om måneden, og der er Sports Groups varer altid med. Sports Group er Sport 24's største leverandør, og Sports Group sælger for ca. 200 mio. kr. til Sport 24. Katalogerne bliver altid husstandsomdelt, og Sports Groups varer har været vist i katalogerne siden 2013. De bruger mange penge på at være med i katalogerne. De kataloger, som Sports Group selv producerer, leveres kun til Sport 24 og Sportigan.

I 2015 var Sports Groups kendskabsgrad høj. Han tror, at Sports Group var i top tre eller top fem af største brands inden for performance-kategorien. Sports Group er væsentligt større end Fusion og Newline.

Sports Group blev opmærksomme på WATERNLIFE's DANISH ENDURANCE-produkt på et møde med deres advokater.

Hvis Sports Group havde opdaget DANISH ENDURANCE-produkterne tidligere, havde de også anlagt sag tidligere. Han havde ikke før denne sag hørt om WATERNLIFE eller deres produkter, da de færdes ikke i samme kanaler.

Han mener, at DANISH ENDURANCE og ENDURANCE er for tæt på Sports Groups mærke.

Med ENDURANCE ønskede Sports Group et varemærke, der var let at udtale, og de ville også gerne signalere, at mærket relaterede sig til performance-kategorien.

Han er bekendt med, at endurance-sport betegner visse udholdenhedssportsgrene.

De har overvågning på nogle af deres mærker men ikke på ENDURANCE. Visse varemærker registrerer de ikke. Da de stiftede Sports Group, havde de ikke

så mange penge, men det har de nu, og da ENDURANCE-mærket voksede, prioriterede Sports Group at beskytte det.

Sports Group og Sport 24 har hovedkvarterer ved siden af hinanden i Silkeborg. Han har et ejendomsfirma sammen med ejeren af Sport 24, Henrik Bruhn Jensen. De har kendt hinanden længe før, han stiftede Sports Group.

Sports Group har også solgt varer til andre end Sport 24, f.eks. Intersport og Sportmaster.

Han mener, at de 33 mio., der fremgår af revisorerklæringen, er højt for et nystartet firma. Han forklarer, at Sports Group har omsat for 300 mio. kr. fra august 2015 til august 2019, fordi Sports Group er vokset meget og har fået kontorer mange flere steder. De sidste tre år er Sports Group ikke vokset i Danmark, men Sports Group er til gengæld vokset i Sverige, Tyskland, Finland og Norge.

Sports Group har ikke tidligere fået udarbejdet en markedsundersøgelse vedrørende kendskabsgraden for ENDURANCE-mærket. Sports Group har heller ikke tidligere fået udarbejdet andre markedsundersøgelser. Sports Group kender til deres omsætningstal i forhold til deres kunder. Kunderne offentliggør, hvem der er deres største leverandører, og på den baggrund kan Sports Group regne ud, hvad deres markedsandel cirka er.

Johan Nikolaj Due har forklaret bl.a., at han oprindeligt er uddannet journalist. Han arbejdede tidligere for Lifestraw i USA, der producerer vandfiltre. Hos Lifestraw var han marketings- og kommunikationsansvarlig. Da han vendte tilbage til Danmark, stiftede han WATERNLIFE i 2013 og fik rettighederne til at sælge Lifestraws vandfiltre. Vandfiltrene var oprindeligt udviklet til Afrika, men der var også stor efterspørgsel på vandfiltrene i USA fra udendørs sportsudøvere.

Da han kom hjem fra USA, havde han bemærket, hvad der var sket med online-markedet på sportsområdet, og hvad Amazon skabte af resultater i USA. Kort efter stiftelsen af WATERNLIFE blev han og hans bror overbevist om, at de sammen skulle udarbejde deres eget brand, som skulle være online tilgængeligt samt fokuseret på sport og endurance. Han har selv løbet maraton i 25 år, og han har set og fulgt med i markedet. Han ved, hvor meget fokus, der var og er på høj kvalitet.

På baggrund af online undersøgelser endte de med mærket DANISH ENDURANCE. Når de blot søgte på "ENDURANCE", kom der mange resultater frem, men når de kombinerede ordet med "DANISH", var der ikke andre, der brugte det mærke.

I starten af 2015 mødte de en dansk producent af strømper, Comfysocks, som de havde en god dialog med. Comfysocks havde en produktion af strømper i Litauen. I begyndelsen af 2015 gik WATERNLIFEs strømper i produktion, og de modtog deres produkter i maj/juni 2015, hvorefter varerne blev tilgængelige på Amazon den 5. august 2015. Den 16. august 2015 kunne de konstatere det første officielle salg.

Markedet for sportstøj er et utroligt konkurrencepræget marked. Der er mange detailbutikker, så WATERNLIFE valgte at sælge online. Det er fremtiden, og hvis man som virksomhed skal klare sig, skal man have en klar strategi. Derfor valgte de at fokusere på onlinesalg. Der findes ikke en dansk Amazon-side, men man kan tilgå og handle på andre landes Amazon-sider. Amazon er nævnt blandt de største fem online-sælgere på det danske marked. De er overalt.

Deres egen hjemmeside, www.danishendurance.com, blev udarbejdet i 2016.

Salget har udviklet sig rigtig godt, og WATERNLIFE er vokset meget siden virksomhedens start. Deres gennemsnitlige årlige vækst ligger på 100 %, og de har en mio. unikke kunder. Kunderne er ikke kun danske.

Forklaringen på deres succes er en kombination af godt design og god kvalitet. Derudover arbejder de tæt sammen med deres danske ambassadører, der tester og bruger deres produkter. De har også indgående kendskab til, hvordan onlinemarkedet fungerer.

DANISH ENDURANCE-produkterne udgør ca. 90 % af WATERNLIFEs samlede omsætning. Danmark er ikke deres største marked. Når man er en online-virksomhed, kigger man ikke så meget på det geografiske salg, men han vil estimere, at strømperne har omsat for ca. to mio. kr. på det danske marked.

Der er ikke noget, der tyder på, at WATERNLIFEs vækstprognose ikke skulle holde. De har en vigtig julesæson foran sig.

Deres forventede nettoresultat før skat i 2019 er 20 mio. kr. De håber, at det også er tilfældet i 2020.

Nedlæggelse af et forbud i Danmark ville være meget negativt. WATERNLIFE er danske i hele deres DNA, og hele deres udvikling, deres medarbejdere og ambassadører er i Danmark.

Når de bruger mærket DANISH ENDURANCE, handler ENDURANCE-delen om begrebet endurance, som fylder meget i sportsudøveres bevidsthed i forhold til løb, cykling, bjergbestigning, triatlon mv. WATERNLIFE ville gerne

markedsføre sig inden for disse områder, og endurance kunne også forstås sådan, at udholdenheden og styrken i produktet kunne hjælpe sportsudøverne med at udholde og flytte deres egen grænse. DANISH-delen af Danish Endurance valgte de for at signalere kvalitet, som Danmark er kendt for. De ville gerne koble dansk kvalitet til deres produkter, idet de er stolte af at komme fra Danmark.

Endurance-begrebet har udviklet sig meget. Som journalist skrev han i 1999 om maratonløb. Dengang var der ikke meget, der handlede om endurance-sport, men i dag fylder det utroligt meget. Det er næsten usædvanligt, hvis man ikke har en ironman på CV'et. Endurance-sport har udviklet sig ekstremt meget.

Endurance-begrebet bliver brugt meget. Alene på Bornholm er der fem "endurance-løb" om året.

WATERNLIFE markedsfører sig primært online, og de bruger alle kanaler; Instagram, Facebook, Google samt diverse bloggere og ambassadører, som er endurance-atleter og olympiske atleter.

Han blev første gang opmærksom på Sports Group i 2016, da han læste om dem i en avisartikel i Børsen. Han læste, at de var blevet opkøbt af en kapitalfond. I artiklen stod der ikke noget om ENDURANCE, men i en senere avisartikel fra april 2017 var der endnu en artikel, hvor Sports Group og ENDURANCE-mærket var nævnt som et af de 12-14 mærker, som selskabet arbejdede med. Derefter lavede han en kort søgning på nettet for at se, hvor aktive Sports Group var på de sociale medier, og om de havde en webshop. Det havde de ikke.

Han var ikke nervøs for en mulig konflikt. Selvfølgelig vil man gerne have, at der ikke er nogen, der er i nærheden af ens eget mærke, men Sports Group arbejdede med meget få kunder i retailsegmentet, så han var ikke bekymret.

Comfysocks er stadig deres leverandør. Han har aldrig drøftet Sports Groups ENDURANCE-mærke med Comfysocks. Han er ikke bekendt med, at Comfysocks har været leverandør til Sports Group.

De bad deres revisor udarbejde en revisorerklæring, og han stoler på den erklæring, som de har fået udarbejdet.

Endurance betyder udholdenhed i forbindelse med sport. WATERNLIFE har valgt at sige, at endurance kan betegne varen. Varen kan hjælpe deres kunder med at levere bedre resultater. Deres strømper kan "endure".

WATERNLIFE vil gerne associere sig med endurance-sport.

Han kan ikke svare på forbrugernes vegne, om der er forvekslingsrisiko. Ordet endurance går selvfølgelig igen i begge mærker, men det er to forskellige produkter.

Klaus Midtgaard har forklaret bl.a., at han er indkøbsdirektør hos Sport 24. Han har været beskæftiget i sportstøjsbranchen siden 1987, og han har haft med indkøb at gøre i alle årene. Han beskæftiger sig bl.a. med alle leverandøraftalerne, og han har indgående kendskab til den danske sportstøjsbranche.

Sport 24 er en kæde, som har 90 egne butikker. Derudover har Sport 24 franchisebutikker under Sport 24-brandet og Sportigan-brandet, som Sport 24 ejer.

Sport 24's målgruppe er Familien Danmark, herunder særligt kvinder mellem 28-45 år, som har stiftet familie og derfor har brug for et bredt sortiment til alle aldre. De sælger varer inden for fodbold, badminton, løb og fitness.

Deres konkurrenter er andre kæder som Sportmaster og Intersport og derudover onlinesalg i det hele taget.

Sport 24 sælger ENDURANCE-produkter, og det har de gjort siden efteråret 2013. Sport 24 og Sports Group har arbejdet sammen i al den tid, firmaerne har eksisteret, og de har arbejdet sammen på tværs af alle varegrupperne. Sport 24 bruger Sports Group til at levere varer til det billigste prisniveau, "price entry niveau", hvor de har mange kunder. Sport 24 har 150 leverandører i sin portefølje, hvoraf Sports Group er den største.

ENDURANCE er det brand, der omsætter bedst hos Sport 24. Det omsætter bedre end Nike og Adidas.

Bjarne Jeppesen lancerede brandet, og Sport 24 kom i den forbindelse med input til, hvad Sport 24 mente, at de kunne sælge, f.eks. løbeshorts, tights, jakker mv.

Ordet endurance betyder fysisk udholdenhed. Det er en fysisk aktivitet, hvor man belaster kroppen. Tøj kan ikke være udholdende, men det kan være holdbart.

Andre mærker end Sports Groups ENDURANCE-mærke burde ikke have noget behov for at beskrive deres varer med betegnelsen "endurance".

Sport 24's markedsandel er svær at definere, men i Danmark har de omkring 30 % af det totale marked.

Sport 24's markedsføring har været landsdækkende siden 2013, så han tror, at de fleste forbrugere har haft mulighed for at stifte bekendtskab med ENDURANCE-mærket.

Man kan ikke handle i Sport 24's butikker uden at se ENDURANCE. Mærket har ofte vægplaceringer i afdelingerne for fitness og løb.

Sport 24 distribuerer deres kataloger via Post Nord. De har udarbejdet ca. ti kataloger om året siden 2013 og gør det stadig, men efter 2016 er det hele også gået online. Katalogerne bliver dog stadig omdelt. Der er mange mærker i katalogerne, men markedsføringen af ENDURANCE er det, der fylder mest.

I 2013 omdelte Sport 24 også nyhedsbreve, men de er ikke blevet gemt. ENDURANCE har dog helt sikkert været nævnt. I dag er der 700.000 medlemmer i Sport 24's kundeklub, der modtager nyhedsbreve.

Han har aldrig hørt om endurance-sport.

Dan Holmgren har forklaret bl.a., at han er direktør for brancheforeningen, Sportsbranchen.dk. Han er butiksuddannet og har arbejdet i 40 år i sportsbranchen med produktion og detail.

Sportsbranchen.dk varetager leverandørernes interesser. Brancheforeningen laver aftaler om pension og forsikringer, så leverandørerne kan få det billigere, og derudover producerer Sportsbranchen.dk et brancheblad. Sportsbranchen.dk har også en juridisk afdeling, hvis deres medlemmer har problemer. Deres medlemmer er butikker og leverandører, der arbejder med sport.

Han var tidligere indkøbschef for Sportigan, som er ejet af Sport 24. Sports Group er guldmedlem hos Sportsbranchen.dk. WATERNLIFE er ikke medlem.

Han foretog ingen undersøgelser, da Sports Group kontaktede ham med spørgsmålene til brug for retssagen. Han står inde for de svar, som han har givet i mailen. Hans forudsætning for at svare på spørgsmålene fra Sports Group var hans viden omkring branchen, som han har været en del af i 40 år. Derudover har han i sin tidligere ansættelse hos Sportigan været kunde hos Sports Group, og hans opgave er nu hos Sportsbranchen.dk at sætte sig ind i, hvad der foregår i markedet.

Han kender ikke til begrebet endurance-sport, og han mener ikke, at det vil være et problem, hvis Sports Group får eneret til ordet endurance. Han mener ikke, at andre bør kunne gøre brug af endurance. Så bliver forbrugerne forvirrede, og kunderne kan komme til at forveksle produkterne.

Sportsbranchen har 300 medlemmer og kunne potentielt få 500 i alt. Så de repræsenterer ca. 3/5 dele af branchen.

Parternes synspunkter

For SPORTS GROUP DENMARK A/S, er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 15. oktober 2019, hvoraf fremgår:

”

2. Anbringender

2.1. Processuelt

WATERNLIFE gjorde i sit svarskrift gældende, at Sports Group Denmarks oprindelige påstand 2 skulle afvises, da den efter WATERNLIFE's opfattelse i det hele kunne rummes i den oprindelige påstand 1.

Sports Group Denmark har på denne opfordring præciseret sine påstande, således at det nu tydeligere fremgår, at den oprindelige påstand 1 reelt var subsidær i forhold til den oprindelige påstand 2.

Til dette gøres det fortsat gældende, at der er en indholdsmæssig forskel på de to påstande, der berettiger, at begge fremmes.

Den principale påstand 1 (daværende påstand 2 fra stævningen) vedrører nemlig al brug af betegnelserne i forbindelse med al salg og markedsføring af varerne omfattet af påstanden.

Den subsidære påstand dertil (daværende påstand 1 fra stævningen), vedrører derimod udelukkende den *fysiske* påtrykning af betegnelserne på de pågældende varer.

2.2. Forbudsbetingelserne

Til støtte for de nedlagte påstande gøres det overordnet gældende, at forbudsbetingelserne i retsplejelovens kapitel 40 er opfyldte.

2.3. Vedrørende retsplejelovens § 413, nr. 1 - Sports Group Denmarks ret

Med henvisning til retsplejelovens § 413, nr. 1, har Sports Group Denmark godtgjort eller sandsynliggjort at have en ret til det påberåbte ENDURANCE-varemærke, samt at Sports Group Denmark har en interesse i at søge denne ret beskyttet gennem nedlæggelse af forbuds- og påbudspåstandene.

2.3.1. Sports Group Denmarks rettigheder til ENDURANCE

Udover den påberåbte danske varemærkeregistrering, fastholder Sports Group Denmark, at det figurlige varemærke til ENDURANCE var stærkt indarbejdet og velkendt for sportstøj og sportsudstyr i omsætningskredsene i Danmark på tids-

punktet for påbegyndelsen af WATERNLIFE's erhvervsmæssige brug af DANISH ENDURANCE, som efter WATERNLIFE's udsagn skulle have været i brug siden "medio 2015", og at denne velkendthed fortsat bestod på tidspunktet for WATERNLIFE's indlevering af varemærkeansøgningen i 2019 og op til denne sags anlæg.

Sports Group Denmark fastholder derfor, at man har godtgjort, eller som det mindste sandsynliggjort, at Sports Group Denmark har den ret der søges beskyttet ved forbuddene og påbuddet.

Det er dokumenteret, at Sports Group Denmark skabte mærket i efteråret 2012, og at mærket blev taget i brug overfor eksterne kundeemner den 2. januar 2013.

Sports Group Denmark tog således mærket i brug godt og vel 2,5 år før WATERNLIFE angiveligt skulle have haft sit første enkeltstående salg til en dansk kunde, via Amazon.de.

Dertil fastholder Sports Group Denmark, at ikke blot figurmærket men også ord-elementet ENDURANCE har oprindeligt særpræg – også for sportstøj – og at Sports Group Denmarks brugsbaserede rettigheder derfor blev stiftet allerede den 2. januar 2013.

Ud fra korrespondancen med Patent- og Varemærkestyrelsen ved bilag 13, ved WATERNLIFE's fuldmægtiges ansøgning af ENDURANCE som dansk ordmærke for sportstøj, er det da også tydeligt, at Patent- og Varemærkestyrelsen opfatter ordet ENDURANCE som tilstrækkeligt særpræget til at opnå varemærkeretlig beskyttelse for netop sportstøj.

Først da *ansøger selv* protesterer, ændrer Styrelsen sin opfattelse til at ENDURANCE skulle være beskrivende. Af åbenlyse grunde modsætter ansøger sig ikke denne nye vurdering. Havde der i stedet været tale om en reel ansøgning, med reel interesse for ansøger, kunne ansøger have gjort flere væsentlige modsynspunkter gældende;

Først og fremmest, må det erindres, at reglen om afvisning af varemærkeregistrering af et beskrivende ord skal fortolkes snævert, således at reglen effektivt adskiller sig fra kravet om særpræg.

Således følger det af fast retspraksis, at formålet med denne konkrete absolutte hindring forfølger et mål om at friholde betegnelser, som branchen, enten nu eller i fremtiden, må forventes at anvende i almindelig daglig tale, når de skal beskrive og sælge de pågældende produkter.

Til dette må det understreges, at spørgsmålet om hvorvidt ordet ENDURANCE skulle være beskrivende i Danmark, ikke må afgøres på baggrund af abstrakte overvejelser. Vurderingen skal i stedet foretages meget konkret, og vedrøre de konkrete ansøgte varer.

De ovenstående principper følger blandt andet af praksis fra EU-domstolen, nærmere bestemt Koninklijke KPN Nederland, C-363/99, EU:C:2004:86, præmis 54 og 55 og C-363/99, 'Postkantoor', EU:C:2004:86, præmis 74 og 77.

Det er ikke overraskende, at Styrelsen i stedet afslog varemærkeansøgningen, når ansøger selv bad om det. Styrelsen følger trods alt også forhandlingsmaksimens principper, på samme måde som domstolene – Hvis ansøger ønsker en varemærkeansøgning tilbagetaget, *skal* Styrelsen jo netop imødekomme dette ønske.

Havde Styrelsen i stedet fastholdt sin oprindelige vurdering, kunne de have gjort dette med stærke holdepunkter i ovenstående praksis, ud fra den betragtning at ENDURANCE blot er et *suggestivt* mærke, som efter fast retspraksis er registrerbare.

Konkret i forhold til ordmærket ENDURANCE må det fortsat holdes for øje, at ordet ENDURANCE jo slet ikke giver en meningsfuld beskrivelse af *varernes* egenskaber. Det er i stedet netop en suggestiv henvisning til en egenskab som *målgruppen* - via noget andet end varerne selv - ønsker at besidde.

Dertil må det erindres, at varemærker jo tit og ofte netop får tilført deres kommercielle værdi af deres evne til at skabe meningsfulde associationer mellem varer og kendte koncepter, som netop i relation til de konkrete varer opfattes som attraktive - Herunder også konceptet om "udholdenhed" for sportstøj.

Når suggestive ord anvendes som varemærker for de pågældende varer kræves der stadig fantasi, tankevirkomhed eller tolkning, før der kan drages en konklusion om varernes egenskaber. På dén måde er der en væsentlig sondring overfor beskrivende ord/mærker, der *omgående* beskriver *konkrete* egenskaber ved varerne.

Det ses da også tydeligt ved Styrelsens vægrende begrundelse, at end ikke Styrelsen – presset af ansøger selv – har kunnet afslå mærket med en klar begrundelse.

Styrelsens begrundelse viser en meget abstrakt og tankekrævende proces, nemlig en tredelt tankeproces, hvor forbrugeren først 1) skal oversætte ordet til "udholdenhed", hvorfra 2) forbrugeren skal opfatte en besked om, at varen er produceret med henblik på at være *holdbar*, hvortil 3) forbrugeren skulle konkludere at *material*et er i stand til at klare modstand og *noget* meget anstrengende.

Det er Sports Group Denmarks opfattelse, at Styrelsen netop *er* gået for vidt, og at Styrelsen har bevæget sig ind på en abstrakt tankegang uden konkret hold i virkeligheden, blot for at imødekomme ansøgers eget ønske om afvisning.

Sports Group Denmark medgiver, at disse tankespring *måske* kunne have været aktuelle såfremt det ansøgte mærke havde bestået af en mere mundret og i daglig tale anvendt bøjning af konceptet, såsom "ENDURING" eller "UDHOLDENDE" – Men det *er* ikke disse ord som skal vurderes.

Dertil må det også holdes for øje, at ord og vendinger som kan opfattes som værende anprisende i bredere forstand, *også* er registrerbare, når de blot henviser til vage positive konnotationer til køberen eller producenten af varerne uden specifikt at henvise til selve varerne og tjenesteydelserne. Dette følger blandt andet af C-517/99, Bravo, EU:C:2001:510, hvor BRAVO var registrerbart da det netop var uklart, hvem der siger "BRAVO" til hvem, og hvad der bliver anprist.

Der er således intet der tilsiger, at ENDURANCE skulle opfattes som andet end et suggestivt mærke.

Det er derfor registrerbart.

Dernæst må det holdes for øje, at Sports Group Denmarks kendetegn end ikke er et ordmærke, men netop er et *figurmærke*.

Dertil er der tale om en *brugsbaseret* rettighed, hvor *dén* brug der gøres, netop er udtryk for en *virkelig* anvendelse af ordelementet i en *figurlig* udformning. Mærket bruges således på *fysiske* placeringer, hvor forbrugerne netop er vant til at se og arbejde forretningskendetegn.

Det er derfor *også* væsentligt for særprægsvurderingen, at Sø- og Handelsretten tager i betragtning, hvordan de relevante forbrugere *konkret* mødes af Sports Group Denmarks kendetegn. Dernæst må Sø- og Handelsretten vurdere, om forbrugerne i disse konkrete tilfælde måtte opfatte betegnelsen ENDURANCE og det dertilhørende logo som et *forretningskendetegn* eller som en beskrivende betegnelse.

I blandt andet kataloget ved bilag 18, er der vist en række konkrete eksempler på hvordan ENDURANCE står påtrykt på "typiske" varemærkeplaceringer på Sports Group Denmarks sportstøj. Det er Sports Group Denmarks opfattelse, at forbrugerne helt åbenbart vil opfatte det påtrykte logo og teksten ENDURANCE som et forretningskendetegn.

Opsummerende er det således Sports Group Denmarks klare opfattelse, at både figurmærket og ordelementet ENDURANCE har oprindeligt særpræg, da både ordet og logoet lykkes med at kommunikere kommerciel oprindelse.

Såfremt Sø- og Handelsretten måtte være uenig heri, fastholdes det fortsat, at Sports Group Denmarks ENDURANCE-varemærke er stærkt indarbejdet og velkendt i den danske omsætningskreds.

WATERNLIFE har gjort gældende, at den indbyrdes prioritetsstilling mellem parternes anvendelse af henholdsvis ENDURANCE og DANISH ENDURANCE, herunder skæringsdatoen for opnåelsen af indarbejdet særpræg, skulle være den 9. marts 2015. WATERNLIFE har begrundet dette med, at WATERNLIFE dén dag nævnte varemærket DANISH ENDURANCE for første gang - konkret til sin egen producent, i en e-mail.

Dertil må det holdes for øje, at det følger af Varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 3) at brugsbaserede rettigheder først stiftes, når brugen har et omfang, der er af mere end lokalt afgrænset karakter.

Bestemmelsen er for nyligt blevet ændret, hvorved det er præciseret, at den blotte ibrugtagning af et varemærke er således ikke i sig selv tilstrækkelig til at stifte en varemærkeret. Den skete brug skal derimod have et vist omfang, herunder i dens geografiske udstrækning, således at varemærket kan anses for at være taget i brug i relation til den relevante omsætningskreds på en tilstrækkelig effektiv måde.

I lovbemærkningerne er det som eksempel anført, at brug af kendetegnet på internettet ikke i sig selv udgør en brug, der er af mere end lokalt afgrænset karakter, uanset om en sådan brug medfører, at enhver i princippet har mulighed for at tilgå den eller de hjemmesider, hvor kendetegnet anvendes, idet den blotte tilstedeværelse på internettet ikke i sig selv medfører, at en tilstrækkelig del af den relevante omsætningskreds faktisk har været eksponeret for kendetegnet.

Fra retspraksis kan blandt andet nævnes U 2019 265 V, hvor Restaurant Malt i Køge ikke havde stiftet varemærkeret til kendetegnet og kunne derfor ikke forbyde brugen af Malt for en restaurant i Aarhus, hverken efter VML § 3, eller MFL § 22. Markedsføringen havde hovedsageligt bestået af anbefalinger fra kunder herunder på TripAdvisor, samt af opslag på Facebook og Instagram.

WATERNLIFE har dermed heller ikke eksponeret den relevante danske omsætningskreds for sit varemærke før allertidligst den 8. juni 2016, hvor man indrykker en annonce – ikke artikel – på bloggen bedrehusoghave.dk.

Faktum er, at WATERNLIFE ikke har vist, at DANISH ENDURANCE overhovedet markedsføres i Danmark, andet end ved sporadiske og mindre delte opslag på de sociale medier (som ganske vist *også* kan tilgås i Danmark).

I henhold til principperne fra retspraksis ovenfor, er denne aktivitet ikke tilstrækkelig til at dokumentere en dansk brugsbaseret rettighed. Dertil må det også hol-

des for øje, at *eksport* ej heller gør, at den relevante *danske* omsætningskreds bliver eksponeret for mærket, hvorfor WATERNLIFE ej heller ved sin eksport til udlandet kan siges at have stiftet en brugsbaseret rettighed.

Som følge af dette, og det foreliggende grundlag hvor den fremlagte markedsføring enten foregår i udlandet på engelsk, på sociale medier med meget lille rækkevidde, eller ved hvad der antageligvis er nogle meget små danske blogs, er det Sports Group Denmarks opfattelse, at WATERNLIFE ikke har dokumenteret et reelt håndgribeligt tidspunkt, hvor DANISH ENDURANCE skulle være taget i brug i Danmark for første gang.

I kontrast hertil har Sports Group Denmark fremlagt fakturaer og markedsføring hidrørende fra sine ENDURANCE-kollektioner, som godtgør en særligt omfattende rækkevidde og tilstedeværelse på det danske marked.

Uanset hvilket tidspunkt Sø- og Handelsretten måtte lægge til grund som relevant skæringsdato for indarbejdet særpræg, kan det konstateres, at Sports Group Denmark allerede havde omsat for 52.270.054,25 kr. på engrosniveau i det Danske Kongerige alene, før WATERNLIFE angiveligt skulle have haft sit første salg til én dansk kunde.

Dertil er det Sports Group Denmarks erfaring, at Sports Group Denmarks engrosomsætning eksklusiv moms ovenfor reelt afspejler en estimeret detailomsætning på over 250.000.000 kr. inklusiv moms.

Betragtes salgstallene til og med hele 2015 havde Sports Group Denmark allerede på det tidspunkt leveret over 1 million ENDURANCE-vareartikler.

Derudover, stadig inden WATERNLIFE's første salg i Danmark, havde Sports Group Denmark fremvist ENDURANCE-kollektionerne på flere messer, hvortil Sports Group Denmarks kunde, Sport 24, allerede gentagne gange havde husstandsomdelt markedsføring af ENDURANCE kollektionerne.

Det er Sports Group Denmarks opfattelse, at der med disse omfattende salgstal og den husstandsomdelte markedsføring er tilstrækkeligt grundlag for at konkludere, at Sports Group Denmarks varemærke ENDURANCE var kendt for den relevante forbruger allerede i sommeren 2015.

Som supplement til dette materiale har Sports Group Denmark indhentet en udtalelse fra den relevante og toneangivende brancheforening i Danmark, nemlig Sportsbranchen DK.

Udtalelsen fremgår af bilag 22.

Også her er vurderingen, at de præsterede salgstal for ENDURANCE-kollektionerne helt overordnet er udtryk for en høj omsætning, når der sammenlignes med branchens overordnede volumen.

Dertil udtalte brancheforeningen, at den gennemsnitlige danske professionelle engrosindkøber af sportstøj, på nuværende tidspunkt, med 100 % sikkerhed må være bekendt med Sports Group Denmark's sportstøjmærke ENDURANCE, og at dette bestemt også måtte have været tilfældet allerede i 2015.

Samme konklusion gives, når der spørges ind til det formodede kendskab hos forbrugerkredsen – ENDURANCE-kollektionerne vurderes at have solgt i så stor en volumen og med så høj hastighed, at den gennemsnitlige forbruger må være bekendt med mærket, og måtte have været det allerede tilbage i 2015.

Brancheforeningen har også udtalt, at det ikke vil udgøre et problem for branchen, hvis Sports Group Denmark får eneret til at påtrykket ordet ENDURANCE som varemærke på sportstøj.

At den relevante brancheforening netop vurderer, at der ikke er grundlag for at friholde betegnelsen for sine medlemmer, er efter Sports Group Denmarks opfattelse et stærkt holdepunkt for, at også Sø- og Handelsretten trygt kan indrømme Sports Group Denmark denne eneret, uden at denne eneret gør skade på konkurrencen i branchen.

Snarere må det efter Sports Group Denmarks massive markedsføringsmæssige indsats og salg netop være i forbrugernes og markedets interesse, at Sports Group Denmark får mulighed for at beholde eneretten til ENDURANCE, og dermed sikre, at forbrugere ikke forveksler dette med lignende varemærker, såsom DANISH ENDURANCE.

2.3.2. WATERNLIFEs krænkende handlinger

WATERNLIFE er imidlertid et dansk selskab som, uagtet Sports Group Denmarks rettigheder til ENDURANCE, blandt andet producerer, importerer, markedsfører og sælger beklædningsgenstande og tilbehør til sportsbrug under betegnelsen DANISH ENDURANCE.

Udover anvendelsen af DANISH ENDURANCE i sin markedsføring, påtrykker og påsyer WATERNLIFE også DANISH ENDURANCE som varemærke på sine varer og deres emballage.

Dermed gør WATERNLIFE erhvervsmæssig brug af et varemærke, hvori Sports Group Denmarks varemærke ENDURANCE er identisk gengivet, for varer, som er identisk med de varer for hvilke Sports Group Denmarks varemærke er registreret, anvendt og velkendt.

Det gøres gældende, at ENDURANCE og DANISH ENDURANCE er dels forveksleligt med Sports Group Denmarks varemærker ENDURANCE ATHLECIA og ENDURANCE, ligesom brugen medfører en risiko for udvanding af Sports Group Denmarks varemærke.

Eftersom WATERNLIFEs produkter ikke er bragt i omsætning i Danmark med tilladelse fra Sports Group Denmark, udgør WATERNLIFEs handlinger en krænkelse af sagsøgernes rettigheder efter den danske varemærkelov og markedsføringslov, herunder varemærkelovens § 4, stk. 1, nr. 1, jf. § 4, stk. 3, nr. 1 – 3.

Derudover er WATERNLIFEs og deres sponsorerede sportsatleters konkrete anvendelse af betegnelserne DANISH ENDURANCE og ENDURANCE på Instagram i særlig høj grad egnet til at skabe en risiko for forveksling med Sports Group Denmarks virksomhed, herunder Stine Troest's kommercielle budskaber som "I am @stinatroest A Danish Endurance ambassador and a runner".

Det samme gælder det interview med WATERNLIFE ApS' direktør og stifter, Nicolaj Due, som fremgår af danishendurance.com, og som er vedlagt ved bilag 12. I dette interview anvendes ordet "Endurance" flere gange med stort begyndelsestegn midt i en sætning, herunder under punkt 4:

4. Is DANISH ENDURANCE a performance brand?

No. It is an Endurance brand.

Lignende kommerciel brug af det enkeltstående ord "Endurance" med stort begyndelsesbogstav anvendes ved følgende sætning:

"5. Who is this brand for, then?

Endurance is personal. It is about setting your own goals. Your Endurance goal can be to run 5K for the first time in your life or to climb Mt. Everest without the use of oxygen like Rasmus Kragh, who is one of our great ambassadors."

Dette, og særligt måden hvorpå WATERNLIFE blot har tilføjet den geografiske oprindelsesbetegnelse DANISH til Sports Group Denmarks velkendte kendetegn ENDURANCE, resulterer i en markedsføring af produktet, der efter Sports Group Denmarks opfattelse tydeliggør en intention om at skabe forveksling, samt at snylte på sagsøgernes renommé og kendskabsgrad i markedet, som er resultatet af længerevarende, omfattende og omkostningsfulde markedsføringsmæssige investeringer.

WATERNLIFE har således med sin erhvervmæssige anvendelse af betegnelsen DANISH ENDURANCE og sin konkrete markedsføring også gjort sig skyldig i snyltende markedsføring, i strid med ikke blot varemærkeloven, men også i strid med markedsføringslovens § 20.

Sportsbranchen udtaler da også i bilag 22, når adspurgt, at det hverken er nødvendigt eller rimeligt at andre skulle anvende ENDURANCE som varemærke, hvortil de mener, at forbrugerne vanskeligt vil kunne skelne mellem forskellige ENDURANCE-varemærker, hvis disse også anvendes for sportstøj.

I dén forbindelse er det efter Sports Group Denmarks opfattelse helt åbenlyst, at forbrugerne netop vil antage en kommerciel forbindelse, når de efterfølgende ser andre sportsbeklædningsgenstande som er påtrykt ENDURANCE eller DANISH ENDURANCE på de samme "typiske" varemærkeplaceringer, som branchen gør brug af.

Dertil er det Sports Group Denmarks opfattelse, at forbrugerne slet ikke vil bemærke den stilistiske forskel, når der sammenlignes med fonten i WATERNLIFEs varemærke DANISH ENDURANCE. Tilføjelsen af den beskrivende geografiske betegnelse DANISH er på ingen måde tilstrækkeligt til at overkomme dén formodning for kommerciel forbindelse, som forbrugerne måtte antage der eksisterer.

Dertil er det Sports Group Denmarks opfattelse, at forbrugerne snarere vil antage, at Sports Group Denmarks ENDURANCE-mærke kunne være udenlandsk, og at DANISH ENDURANCE skulle hidrøre fra en ny lokal dansk division af dét ENDURANCE-mærke som de allerede har set og kender.

2.3.3. Konklusion

Som resultat af det ovenstående, er det godtgjort, eller i det mindste sandsynliggjort, at Sports Group Denmark har stiftet en gyldig brugsbaseret varemærkeret til ENDURANCE før WATERNLIFE påbegyndte sin brug af DANISH ENDURANCE, hvad enten Sø- og Handelsretten måtte finde at ENDURANCE har oprindeligt særpræg eller indarbejdet særpræg, og at Sports Group Denmark derfor har ret til at forbyde WATERNLIFEs krænkende brug af DANISH ENDURANCE, som påstået.

2.4. Vedrørende retsplejelovens § 413, nr. 2 – Forbud og påbud er nødvendige

Det gøres gældende, at denne betingelse også er opfyldt allerede idet WATERNLIFE gør brug af den krænkende betegnelse DANISH ENDURANCE, og da WATERNLIFE udtrykkeligt afviser at ophøre brugen frivilligt.

2.5. Vedrørende retsplejelovens § 413, nr. 3 – Sports Group Denmarks mulighed for at opnå sin ret vil forspildes

Det gøres gældende, at formålet vil forspildes, såfremt Sports Group Denmark må henvises til at gøre sin ret gældende ved almindelig rettergang, jf. retsplejelovens § 413, nr. 3, idet krænkelse af Sports Group Denmark's rettigheder pågår, og idet WATERNLIFE gennem sin eksponering og salg af de krænkende produkter vildleder forbrugerne til at tro, at de krænkende produkter stammer fra Sports Group Denmark.

Dertil bemærkes det, at lovgiver i forbindelse med den forrige skærpelse af retsplejelovens betingelser for nedlæggelse af forbud udtrykkeligt i forarbejderne har fastslået, at betingelserne for forbud almindeligvis vil være opfyldt i sager om krænkelse af immaterielle rettigheder, jf. bemærkningerne til lovforslagets § 413.

Sports Group Denmark bestrider samtidigt, at man skulle have udvist forbudsfortabende passivitet.

Som WATERNLIFE selv gør gældende, færdes parterne i forskellige distributions- og salgskanaler, hvilket kan forklare hvorfor Sports Group Denmark først blev bekendt med DANISH ENDURANCE i sommeren 2019.

Faktum er, at den markedsføring som WATERNLIFE selv anser som værende massiv, simpelthen ikke er kommet til Sports Group Denmarks kundskab.

Det er Sports Group Denmarks opfattelse, at det da heller ikke på nogen måde er givet, at den danske sportsbranche måtte blive bekendt med DANISH ENDURANCE, blot fordi DANISH ENDURANCE måtte have en online tilstedeværelse på sociale medier.

At Stina Troest og andre såkaldte ambassadører sporadisk har delt opslag på sociale medier, hvori der anvendes diskrete tags som "danish.endurance" garanterer da heller ikke, at Sports Group Denmark skulle have set disse.

Dertil er det faktum, at Sports Group Denmark *ikke* fik foretaget en forundersøgelse før ansøgning af ENDURANCE ATHLECIA tilbage i juli 2017, hvortil Sports Group Denmark ikke har oprettet overvågningsordninger på sit ENDURANCE-varemærke.

At Sports Group Denmark bevidst skulle have undladt at gribe ind overfor WATERNLIFE's brug af DANISH ENDURANCE er således ikke blot en ukorrekt, men også en upassende, diskurs.

Til dette kan det oplyses, at Sports Group Denmark konkret blev opmærksom på WATERNLIFE's brug af DANISH ENDURANCE under drøftelser af eventuelt manglende varemærkebeskyttelse af nuværende mærker, herunder en mulig EU-ansøgning af

ENDURANCE. Under disse drøftelser blev Sports Group Denmarks fuldmægtige opmærksom på WATERNLIFE's ansøgning af DANISH ENDURANCE, fremlagt som bilag 3 her i sagen.

Det var denne opdagelse der førte til omgående indsigelse mod samme ansøgning, samt nærmere undersøgelse og dén påtale som fremgår af påkravsskrivelsen fremlagt som bilag 11 her i sagen.

Dertil gøres det gældende, at det på ingen måde kan siges at være udtryk for forbudsførtabende passivitet, at Sports Group Denmark først forsøger at afklare muligheden for en forligsmæssig løsning, før der udtages forbudsstævning i sagen.

Sports Group Denmark har således handlet så hurtigt og effektivt som det var praktisk muligt, og Sports Group Denmarks handlinger har på ingen måde vist eller indikeret, at de kunne afvente tvistens retlige afgørelse.

Afslutningsvist gøres det gældende, at det ikke er relevant om der foreligger dokumenterede tilfælde af konkret forveksling, hvortil det er irrelevant at WATERNLIFE måtte mene, at Sports Group Denmarks varemærke ENDURANCE ikke vil lide skade.

Til dette må det erindres, at denne sag også i høj grad handler om, at WATERNLIFE utilbørligt udnytter dén markedsposition i Danmark som Sports Group Denmark har brugt adskillige millioner og flere år på at opbygge.

Denne reelle risiko for uoprettelig skade og utilbørlig udnyttelse skal ikke tåles af Sports Group Denmark, hvorfor der også af de årsager skal meddeles midlertidige forbud og påbud, som påstået.

2.6. Vedrørende sikkerhedsstillelse og proportionalitet

Det gøres principalt gældende, at Sports Group Denmark ikke skal stille sikkerhed for de påståede forbud og påbud, da Sports Group Denmark har godtgjort, at man har den ret som man ønsker beskyttet ved forbuddene og påbuddet.

Den fremlagte hidtidige danske og europæiske registreringspraksis viser, at ENDURANCE netop besidder det fornødne iboende særpræg til at opnå varemærkeretlig beskyttelse for beklædningsgenstande.

At WATERNLIFE's fuldmægtige har presset den danske Styrelse til at afvise registrering af sin egen ansøgning af ENDURANCE ændrer ikke på, at både Styrelsen og EUIPO gentagne gange har accepteret og registreret diverse varemærkeansøgninger af ENDURANCE, hvortil Styrelsen havde været fuldt ud berettiget til at fastholde sin oprindelige vurdering.

Da Sports Group Denmark tilmed har fremlagt dokumentation for omfattende salg og markedsføring af beklædningsgenstandene påtrykt ENDURANCE i Danmark, er der efter Sports Group Denmarks opfattelse hverken bevistvivl eller retslig tvivl

om Sports Group Denmarks indarbejdede danske brugsbaserede rettigheder. En sikkerhedsstillelse er således ikke nødvendig.

Subsidiært må det holdes for øje, at Sports Group Denmarks påstande udelukkende vedrører WATERNLIFEs brug af de krænkende betegnelser i Danmark.

De midlertidige forbud og påbud forhindrer således ikke WATERNLIFEs brug af betegnelserne udenfor Danmarks grænser, herunder via de salgskanaler de selv anfører som deres primære salgskanaler, nemlig Amazon.de, Amazon.uk, osv.

WATERNLIFE har således rig mulighed for at fortsætte hovedparten af sin forretning fra udlandet.

At det måtte være ubelejligt for WATERNLIFE at flytte sin udvikling, markedsføring og salgadministration til udlandet på grund af krænkelse der som det mindste er sandsynliggjorte, berettiger ikke WATERNLIFE til en sikkerhedsstillelse der skal modsvare WATERNLIFEs totale forventede resultat.

For så vidt angår størrelsen på det forventede resultat som WATERNLIFE ønsker stillet en sikkerhed for, har WATERNLIFE blot fremlagt en partsforklaring som støtte for et krav om en uforholdsmæssig høj sikkerhedsstillelse. Tallene er end ikke opdelt per land, så de viser intet om den konkrete omsætning i Danmark, som forbuddene måtte forbyde.

Der er således ingen håndgribelig dokumentation for, at WATERNLIFE, hvis registrerede formål stadig er "*...handel med vandrensningsprodukter og andre produkter samt dermed beslægtet virksomhed*", i sit selskab skulle have haft et relativt nettoresultat på 40,78%, 69,82% og 81,92% for regnskabsårene 2016, 2017 og 2018, hidrørende fra DANISH ENDURANCE produkterne.

I samme periode kan der siges at have været ekstraordinære klimamæssige udfordringer, herunder i form af orkaner, tyfoner, jordskælv og andre større naturkatastrofer, som måtte medføre en stigende efterspørgsel indenfor handel med vandrensningsprodukter. Efter Sports Group Denmarks opfattelse er det således mindst ligeså sandsynligt, at WATERNLIFEs vækst(forventninger) måtte henføres til disse omstændigheder.

WATERNLIFE er således på ingen måde berettiget til en sikkerhedsstillelse på hele 15 millioner kr. for midlertidige forbud og påbud mod sin brug af de krænkende betegnelser i Danmark."

For WATERNLIFE ApS, er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 25. oktober 2019, hvoraf fremgår:

"

2. ANBRINGENDER

2.1. Principale påstand

Til støtte for WaterNlife's principale påstand gøres det gældende, at forbudsbetingelserne i retsplejelovens kapitel 40 ikke er opfyldt, hvorfor anmodningen om forbud og påbud i Sport Group Denmark's påstand 1-3 skal nægtes fremme.

2.1.1. Retsplejelovens § 413, nr. 1 - Sports Group Denmark's påståede ret

I henhold til retsplejelovens § 413, nr. 1 skal Sports Group Denmark godtgøre eller sandsynliggøre, at have den ret, der søges beskyttet ved forbuddene og påbuddet.

2.1.1.1. Varemærkeregistrering af figurvaremærket ENDURANCE ATHLECIA (fig), jf. bilag 5

Da varemærkerettigheder er prioritetsrettigheder, skal Sports Group Denmark godtgøre eller sandsynliggøre, at have haft en ret til betegnelsen ENDURANCE forud for det tidspunkt, hvor WaterNlife starter brugen af deres mærke. Da det er dokumenteret, at WaterNlife anvendte deres mærke i marts 2015, jf. bilag A, er dette skæringsdagen for, hvornår Sports Group Denmark's ret skal være stiftet.

Eftersom den påberåbte varemærkeregistrering af figurvaremærket ENDURANCE ATHLECIA (fig), jf. bilag 5, har prioritet fra ansøgningsdatoen den 14. juli 2017, vil denne rettighed ikke kunne påberåbes i forhold til WaterNlife's brug af mærket DANISH ENDURANCE, da WaterNlife's brug blev startet mere en 2½ år tidligere.

2.1.1.2. Manglende særpræg for betegnelsen ENDURANCE

I henhold til varemærkelovens § 3, stk. 3, 1. pkt., kan der ikke ved brug stiftes varemærkeret til et tegn, der efter sin beskaffenhed er udelukket fra registrering. Det følger samtidig af varemærkelovens § 13, stk. 1, at varemærker uden særpræg ikke kan registreres, herunder at varemærker, der alene beskriver varernes beskaffenhed eller formål, heller ikke kan registreres, ligesom almindelige forekommende ord indenfor det relevante område ikke kan registreres.

På den baggrund gøres det gældende, at ordet ENDURANCE mangler den fornødne særpræg til at kunne fungere som et varemærke for beklædningsgenstande til brug for sportsudøvelse, jf. varemærkelovens § 3, stk. 3, 1. pkt., jf. varemærkelovens § 13, stk. 1.

Dette er bl.a. dokumenteret ved sagens bilag Z-Å.

Patent- og Varemærkestyrelsen har ligeledes i deres afgørelse af 5. september 2019 afgjort, at ordet ENDURANCE ikke har særpræg for sportstøj, jf. (...).

Her angiver Patent- og Varemærkestyrelsens bl.a. følgende:

"Dit mærke består af det engelske ord "ENDURANCE". Dette kan til dansk oversættes til "Udholdenhed". Ordet kan på engelsk have flere betydninger, herunder, "The capacity of something to last or to withstand wear and tear".

På dansk har ordet følgende betydning; "Det at være udholdende; det at kunne klare noget meget anstrengende eller ubehageligt".

Hertil er det styrelsens vurdering, at den danske omsætningskreds har et godt kendskab til det engelske sprog, og at den danske omsætningskreds derfor vil forstå mærket i overensstemmelse med den engelske betydning. Dit mærke vil derfor fremstå som en kvalitetsangivelse af varen, nemlig at varen er produceret med henblik på at være holdbart, deraf at materialet er i stand til at klare modstand og noget meget anstrengende."

Styrelsen har således afgjort, at betegnelsen ENDURANCE vil blive opfattet som deskriptivt for de pågældende produkter af den relevante kundekreds, hvorfor Styrelsen afviser, at det er muligt at opnå en varemærkeret til betegnelsen ENDURANCE indenfor sportstøj.

Denne afgørelse fra Styrelsen må i den forbindelse tillægges stor vægt, da netop Patent- og Varemærkestyrelsen er den danske registreringsmyndighed for bl.a. varemærker, hvorfor de til daglig foretager denne særprægsvurdering.

Styrelsen har også i deres tidligere praksis komme frem til samme resultat, jf. bilag AB som er en afgørelse fra Patent- og Varemærkestyrelsen fra 2013 for varemærket HUMAN ENDURANCE ansøgt for bl.a. sportsarrangementer, kulturelle arrangementer og videnskabelige tjenesteydelser. Her anfører Styrelsen bl.a. følgende:

"Dit mærke består udelukkende af de engelske ord "human" og "endurance", der ifølge Gyldendals Røde Ordbøger kan oversættes med henholdsvis "menneske" og "udholdenhed", sammensat "menneskets udholdenhed", "den menneskelige udholdenhed" eller lignende.

For "sportsarrangementer" kan mærket angive en egenskab, nemlig at arrangementet er en test af menneskets udholdenhed, hvilket for eksempel kan siges om marathondiscipliner og lignende sportsbegivenheder, der tester menneskets evne til kontinuerligt at udføre belastende arbejde, typisk over længere distancer. For "kulturelle arrangementer" kan mærket angive emnet, altså at der for eksempel er tale om et foredrag om menneskers udholdenhed. For "videnskabelige og teknologiske tjenesteydelser samt forskning og design i forbindelse dermed" kan mærket angive, at tjenesteydelserne består i måling eller forskning i menneskers udholdenhed. For alle disse tjenesteydelser i klasse 41 og 42 kan mærket derfor ikke registreres."

Styrelsens afvisning af WaterNlife's ansøgning er således helt i tråd med deres tidligere praksis og bekræfter, at betegnelsen ENDURANCE opfattes som udholdenhed af danske forbrugere.

Det er ligeledes i tråd med afgørelser fra den europæiske varemærkemyndighed (EUIPO), jf. bilag AD som udgør en række EU-varemærker, som alle er ordmærker indeholdende betegnelsen ENDURANCE, og som alle er afvist med henvisning til manglende særpræg. Som det fremgår, er der tale om ansøgninger for både præventionsmidler og glidecreme, frugtdrikke og energidrikke, drivremme og transportbånd, samt – ikke mindst – beklædningsgenstande. Alle viser de dog, at betegnelsen ENDURANCE opfattes som beskrivende, idet det blot oplyser, at produkterne giver øget udholdenhed, eller at produktet kan holde til mere end normalt.

Som sagens bilag AD er fremlagt som eksempel en afgørelse fra EUIPO af 30. oktober 2015 for mærket ENDURANCE GEL, som var ansøgt for dels sadler til cykler (i klasse 12) og dels beklædningsgenstande (i klasse 25). En oversættelse af afgørelsen er fremlagt som bilag AE. Her kommer EUIPO frem til følgende:

"Mærket består af ordene "Endurance" og "Gel" med følgende betydning:

Endurance "udholdenhed" (Information fra <http://dictionary.reverso.net/english-german/endurance> hentet den 30/07/2015).

Gel „Gel“ (information fra <http://dictionary.reverso.net/englishgerman/gel> hentet den 30/07/2015).

Forbrugeren vil forstå ordene som "udholdenhedsgel"

...

"Ordene "Endurance Gel " i deres helhed gør det klart for forbrugerne uden at de skal overveje det nærmere, at mærket bliver brugt for både sadler og beklædning, der indeholder en gel, som forbedrer udholdenheden.

Som et resultat heraf formidler mærket åbenlyse og direkte oplysninger om arten og anvendelsen af de pågældende varer som mærket søges registreret for.

Forbindelsen mellem ordene "Endurance Gel " og de produkter, der er anført i ansøgningen om registrering, anses derfor for at være tilstrækkeligt klar til at retfærdiggøre anvendelsen af de grunde for afvisning af registrering, der er omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra c), og artikel 7, stk. 2, i varemærkeforordningen."

Her har EUIPO klart og uden tvivl afgjort, at ordet ENDURANCE utvivlsomt vil blive forstået af en gennemsnitsforbruger som udholdenhed, Betegnelsen ENDURANCE er derfor ikke suggestivt, som Sports Group Denmark har gjort gældende. Betegnelsen er derimod uden iboende særpræg.

Endelig viser brugen hos andre aktører i markedet, at også de betragter ordet ENDURANCE for beskrivende, jf. bilag AF-AG.

2.1.1.3. Udokumenteret indarbejdelse af betegnelsen ENDURANCE

Det gøres yderligere gældende, at Sports Group Denmark ikke har indarbejdet betegnelsen ENDURANCE i et sådant omfang i Danmark, at betegnelsen har opnået særpræg, på det tidspunkt da WaterNlife påbegyndte brugen af deres varemærke DANISH ENDURANCE i marts 2015, jf. varemærkelovens § 3, stk. 3, nr. 2.

Det relevante skæringstidspunkt for den påståede indarbejdelse af betegnelsen ENDURANCE er tidspunktet for WaterNlife's første brug af mærket DANISH ENDURANCE i marts 2015, jf. bilag A.

Her kræver Sports Group Denmark, at WaterNlife skal have stiftet en brugsbaseret rettighed for at den relevante skæringsdato etableres. Det er selvsagt ikke et krav, at WaterNlife har stiftet en brugsbaseret rettighed i Danmark på det tidspunkt, hvor Sports Group Denmark har opnået indarbejdelse af deres mærke ENDURANCE. Det er derimod et krav, at Sports Group Denmark har indarbejdet deres mærke ENDURANCE på det tidspunkt, hvor WaterNlife reelt starter den erhvervsmæssige brug af deres mærke. Her er WaterNlife's forberedelseshandlinger utvivlsomt tilstrækkeligt, da det ikke kan kræves, at der har været egentligt brug overfor kunderne, men blot at WaterNlife aktivt indleder erhvervsmæssig brug af mærket. Bestilling af produkter påført mærket fra en producent, jf. bilag A, med henblik på videresalg direkte til forbrugerne, er tilstrækkeligt til at indlede erhvervsmæssig brug af mærket.

Bevisbyrden for Sports Group Denmark's påstand om, at betegnelsen ENDURANCE er indarbejdet i Danmark, påhviler selvsagt Sports Group Denmark.

En gennemgang af det materiale som Sports Group Denmark har fremlagt til støtte for sit anbringende om, at betegnelsen ENDURANCE er indarbejdet, gør det klart, at der reelt ikke er fremlagt nogen egentlig dokumentation for brugen af mærket, herunder for omfanget af brugen, markedsandel, markedsføringsomkostninger, bekendthedsgrad eller lignende.

Sports Group Denmark har fremlagt følgende dokumentation for indarbejdelse af betegnelsen ENDURANCE:

- Bilag 6: Udgør en faktura fra Sports Group Denmark til Sport 24 A/S. Fakturaen viser dog ikke, at fakturaen omhandler egentlige ENDURANCE produkter, eller hvordan og hvornår de pågældende produkter er solgt.
- Bilag 7: Udgør en kopi af tilbudsaviser for Sport24 Outlet, hvori ENDURANCE-navnet indgår. Flere af de fremlagte kataloger er ikke dateret og dem der er dateret, er for perioden januar 2014 til november/december 2014. Bilaget indeholder ingen oplysninger om oplagstal eller distribution af de pågældende tilbudsaviser, og det dokumenterer således ikke, at tilbudsaviserne rent faktisk har været fremsendt til slutkunderne.
- Bilag 14: Udgør en kopi af en faktura for udarbejdelse af logodesigns. Fakturaen viser imidlertid ikke, at de pågældende designs har været markedsført eller på anden vis benyttet over for slutkunden, hvorfor bilaget ikke har nogen bevismæssig værdi.
- Bilag 15: Udgør korrespondance om design af løbe-styles og hang-tags samt forslag hertil. Bilaget viser imidlertid ikke, at de pågældende styles eller hang-tags har været markedsført eller på anden vis benyttet over for slutkunden, hvorfor bilaget ikke har nogen bevismæssig værdi.
- Bilag 16: Indeholder tilbudsmateriale og generel information om Sports Group Denmark fremsendt til detailkæden Sportigan. Det fremlagte bilag viser ikke, at navnet ENDURANCE har været markedsført over for slutkunden, eller at der i det hele taget er sket salg, hvorfor det ikke har nogen bevismæssig værdi.
- Bilag 17: Indeholder tilbudsmateriale og cykel-styles fremsendt til cykelproducenten Bodybike. Det fremlagte bilag viser ikke, at navnet ENDURANCE har været markedsført over for slutkunden, eller at der i det hele taget er sket salg,

hvorfor det ikke har nogen bevismæssig værdi.

- Bilag 18: Udgør et B2B katalog. Kataloget er dels ikke dateret, og indeholder dels ingen nærmere oplysninger om oplagstal, modtagere eller omfanget af katalogets udbredelse og distribution. Bilaget viser således ikke, at kataloget rent faktisk har været udsendt, hvorfor det ikke har nogen bevismæssig værdi. Derudover er der tale om et katalog til detailforhandlere; ikke slutkunden.
- Bilag 19: Udgør en udskrift fra Sports Group Denmark's ERP-system (Enterprise Ressource Planning), der skulle dokumentere, at navnet ENDURANCE har omsat for næsten 700 millioner kroner, heraf ca. 450 millioner kroner i Danmark. Et ERP-system er dog, som navnet antyder, et internt system, hvis tal ikke er bekræftet eller på anden måde verificeret af en uvildig tredjepart, hvorfor udskriften i bilag 19 ikke kan tillægges bevismæssig vægt. Hertil kommer, at udskriften slet ikke nævner navnet ENDURANCE; der er alene anført en række landenavne og en række tal pr. år.
- Bilag 20: Indeholder fakturaer for messedeltagelse, men ingen af disse fakturaer dokumenterer, at ENDURANCE-navnet har været markedsført, eller hvilke produkter, det er blevet brugt i sammenhæng med. De viser alene, at Sports Group Denmark har betalt for en messestand på de pågældende messer og har således ingen relevans for nærværende sag.
- Bilag 21: Udgør en kopi af tilbudsaviser for Sport24 Outlet, hvori ENDURANCE-navnet indgår. Alene ét katalog heraf er reelt dateret, andet end den data Sports Group Denmark selv har indsat i bilaget, ligesom langt de fleste kataloger er fra perioden efter WaterNlife startede brugen af deres mærke DANISH ENDURANCE. Dette ene date-

ret katalog er i øvrigt medtaget i bilag 7, hvorfor der kan ses bort fra hele bilag 21. Bilaget indeholder heller ingen oplysninger om oplagstal eller distribution af de pågældende tilbudsaviser, og det dokumenterer således ikke, at tilbudsavisene rent faktisk har været fremsendt til slutkunderne.

Bilag 22:

Udgør en e-mailkorrespondance mellem Sports Group Denmark's advokat og direktør for Sportsbranchen DK - Dan Holmgren. Korrespondancen udgør ikke en brancheerklæring, men alene en meningsudveksling, som i bedste fald har karakter af et vidneudsagn. I den forbindelse skal bemærkes, at Dan Holmgren tidligere har arbejdet tæt sammen med Sports Group Denmark, som tidligere indkøbschef ved Sportigan – en virksomhed ejet af Sports Group Denmarks absolut største kunde – Sport 24 A/S.

Hertil kommer, at de opstillede spørgsmål til Dan Holmgren er stærkt ledende, hvorfor de afgivne svar selvsagt har begrænset værdi. Der gives en lang række udokumenterede informationer, herunder om salgstal, antal forhandlere etc., som svarene afgives på baggrund af, ligesom der langt fra er tale om objektive udtalelser, som en brancheerklæring normalt forudsætter.

Den fremlagte erklæring har således yderst begrænset bevismæssig værdi og bør ikke tillægges vægt; særligt ikke, når erklæringen ikke understøttes af øvrigt fremlagt dokumentationsmateriale, men reelt står alene som dokumentation for Sports Group Denmark's brug af ENDURANCE-navnet.

Sports Group Denmark har derudover gjort en række andre forhold gældende, herunder salg i over 350 individuelle forretninger, men disse påstande er ikke nærmere dokumenteret.

Sports Group Denmark anfører flere gange, at de fortsat er i gang med at indhente det nødvendige dokumentationsmateriale, og at yderligere dokumentation derfor ikke kan fremlægges på nuværende tidspunkt. Som tidligere anført udbad Wa-

terNlife sig første gang dokumentation for Sports Group Denmark's brug af navnet ENDURANCE ved brev af 11. juli 2019. Dette blev gentaget ved brev af 16. august 2019. Ved forbudsbegæringens indlevering den 23. august 2019 havde Sports Group Denmark dog fortsat ikke fremlagt det fornødne materiale, ligesom de til dato ikke har fremlagt anden dokumentation for brug af navnet ENDURANCE end sagens bilag 7, der alene viser brug i perioden januar 2014 til november/december 2014 uden nærmere dokumentation for omfanget af distributionen af dette materiale. Dette til trods for, at Sports Group Denmark nu har haft mere end 3 måneder til at fremskaffe det fornødne materiale.

Selv hvis det kunne dokumenteres, at kataloget blev offentliggjort i februar 2014, vil det reelt alene give en indarbejdsperiode på 13 måneder (februar 2014 til marts 2015), hvilket selvsagt ikke er nok for en beskrivende betegnelse.

Det må kræve massiv og vedvarende markedsføring over en længere årrække for at kunne opnå en beskyttelse af et så deskriptivt ord som ENDURANCE for sportstøj, hvis dette overhoved er muligt.

I den forbindelse skal ligeledes bemærkes, at Sport 24 Outlet netop er outlet butikker, hvor varer sælges markant under den normale markedspris. Kunderne kommer således ikke i Sport 24 Outlet for at købe mærkevarer, men alene for at købe billigt sportstøj. Kunderne er derfor ikke opmærksomme på, hvilke mærker produkterne har, så længe de kan spare penge. Der må derfor alt andet lige kræves langt større markedsføring af varemærkerne i en outlet, for at kunderne relaterer til det som varemærker.

Selv *hvis* Sports Group Denmark havde dokumenteret en vis indarbejdelse af deres mærke, vil genkendeligheden hos kunderne i bedste fald alene være knyttet til den visuelle (grafiske) udformning af Sports Group Denmark's figurvaremærke. Kunderne vil således ikke relatere til selve betegnelsen ENDURANCE – andet en som et beskrivende begreb – men i bedste fald alene til den visuelle udformning af mærket.

Bevisbyrden for indarbejdelse påhviler Sports Group Denmark, men trods utallige opfordringer og mere end 3 måneders forberedelsestid, har de endnu ikke fremlagt reel dokumentation for den påståede indarbejdelse. Den fremlagte dokumentation er helt utilstrækkelig i forhold til at dokumentere en eventuel indarbejdelse, og der er fortsat ikke fremlagt dokumentation om markedsandel, markedsføringsomkostninger eller bekendthedsgrad på tidspunktet for WaterNlife's første brug af mærket DANISH ENDURANCE, hvilket i henhold til retspraksis forudsættes for at kunne dokumentere indarbejdelse.

Sports Group Denmark anfører i sin replik, at de har godtgjort at have den ret, som søges beskyttet, men dette er langt fra tilfældet. Den påståede ret er hverken godt-

gjort eller sandsynliggjort, og betingelserne i retsplejelovens § 413, nr. 1 er således ikke opfyldt.

I denne forbindelse noteres det, at Sports Group Denmark den 14. juli 2017 indleverede ansøgning om registrering af figurvaremærket ENDURANCE ATHLETICA, jf. bilag 5. Henset til at Sports Group Denmark ikke på dette tidspunkt (også) indleverede en ordmærkeansøgning for betegnelsen ENDURANCE, har det formodning imod sig, at mærket skulle være indarbejdet i markedet, og dermed endnu mindre på tidspunktet for WaterNlife's første brug, der er dokumenteret til marts 2015.

Da kravene til at opnå en eneretsbeskyttelse til et forretningskendetegn i henhold til markedsføringsloven er de samme som indenfor varemærkeretten, herunder for så vidt angår kravet om særpræg, har Sports Group Denmark heller ikke godtgjort eller sandsynliggjort en rettighed i henhold til markedsføringsloven.

På den baggrund gøres det gældende, at Sports Group Denmark, hverken har godtgjort eller sandsynliggjort, at betingelsen i retsplejelovens § 413, nr. 1 er tilstede, hvorfor påstand 1-3 af den grund skal nægtes fremme.

2.1.2. Retsplejelovens § 413, nr. 2 – WaterNlife's adfærd nødvendiggør et forbud og et påbud

Det gøres gældende, at WaterNlife ikke anvender betegnelsen ENDURANCE alene som varemærke eller forretningskendetegn. WaterNlife anvender kun mærket DANISH ENDURANCE (fig) som varemærke og forretningskendetegn, og aldrig ENDURANCE alene. Af den grund kan der ikke nedlægges forbud og påbud i henhold til påstand 1-3, idet WaterNlife's adfærd for så vidt angår betegnelsen ENDURANCE ikke nødvendiggør forbud og et påbud.

Eneste dokumentation som Sports Group Denmark har fremlagt til støtte for deres påstand om, at WaterNlife anvender betegnelsen ENDURANCE alene, er et interview med direktør i WaterNlife – Nikolaj Due, jf. bilag 12. Her er det helt åbenbart, at ordet "endurance" ikke anvendes som et varemærke, men derimod netop som et deskriptivt ord i forhold til at beskrive DANISH ENDURANCE produkterne, herunder produkternes anvendelsesområde.

For så vidt angår påstand 3 vil anmodningen om påbud ikke være relevant, da WaterNlife ikke har nogen forhandlere i Danmark. WaterNlife sælger udelukkende deres DANISH ENDURANCE produkter via Amazon og egen webshop, hvorfor et påbud i henhold til påstand 3 ikke vil være muligt.

2.1.3. Retsplejelovens § 413, nr. 3 – Sports Group Denmark's mulighed for at opnå sin ret vil forspildes

Det gøres gældende, at Sports Group Denmark's mulighed for at opnå sin ret ikke vil forspildes, hvis Sports Group Denmark henvises til at afvente tvistens retlige afgørelse, jf. retsplejelovens § 413, nr. 3.

Da WaterNlife har anvendt mærket DANISH ENDURANCE siden marts 2015, herunder har både markedsført og solgt sine produkter i Danmark siden august 2015, og da Sports Group Denmark ikke har kunne undgå at opdage WaterNlife's brug af mærket DANISH ENDURANCE langt tidligere end juli 2019, gøres det gældende, at der foreligger forbudsfortabende passivitet fra Sports Group Denmark's side.

WaterNlife har været meget aktive med deres markedsføring af deres mærke DANISH ENDURANCE, hvorfor Sports Group Denmark ikke kan have undgået at være støt på WaterNlife's brug langt tidligere.

Henset til WaterNlife's massive markedsføring på de sociale medier, jf. bilag K og L, samt WaterNlife's danske DANISH ENDURANCE ambassadørers brug af mærket, jf. bilag P, burde Sports Group Denmark allerede af den grund have opdaget mærket DANISH ENDURANCE langt tidligere. Ikke mindst i forbindelse Sports Group Denmark's egen oprettelse af profiler for deres mærker ENDURANCE og ENDURANCE ATHLETICA på Instagram og Facebook i december 2017 må det antages, at Sports Group Denmark blev opmærksomme på mærket DANISH ENDURANCE.

Ligeledes må det antages, at Sports Group Denmark, som en helt naturlig del af det at foretage nye varemærkeregistreringer, fik foretaget en forundersøgelse forud for indleveringen af deres ansøgning om registrering af mærket ENDURANCE ATHLETICA (fig) i juli 2017, jf. bilag 4. Det er således helt normal kutyme, at man får foretaget en sådan forundersøgelse forud for en varemærkeansøgning, for dermed at få klarlagt, om mærket ville være udsat for relative registreringshindringer i form af eksisterende varemærkeregistreringer. Her vil en forundersøgelse som minimum have fundet WaterNlife's eksisterende registrering af mærket DANISH ENDURANCE (fig) i EU som blev indleveret i september 2016 og endeligt registreret i januar 2017, jf. bilag 2. En forundersøgelse må ligeledes antages at finde WaterNlife's første varemærkeansøgning i EU, jf. bilag 1, som blev indleveret i juni 2016, ligesom en almindelig Google-søgning eller lignende ville finde den massive markedsføring af WaterNlife's DANISH ENDURANCE produkter, herunder ikke mindst på de sociale medier.

Endelig må det også antages, at Sports Group Denmark – som en seriøs varemærkeindehaver – har oprettet overvågningsordninger for deres varemærker, således at de løbende bliver orienteret, hver gang der bliver indleveret nye varemærkeansøgninger, der kan udgøre en krænkelse af deres rettigheder, for dermed at give dem mulighed for at gøre indsigelse i indsigelsesperioden for nye potentielt krænkende varemærkeansøgninger. De burde dermed være blevet gjort opmærksom på

WaterNlife's to første varemærkeansøgninger for DANISH ENDURANCE fra 2016.

Sports Group Denmark burde således have reageret langt tidligere, såfremt de anså WaterNlife's mærke for at udgøre en krænkelse af deres rettigheder.

Det gøres ligeledes gældende, at Sports Group Denmark ikke vil lide nogen skade ved at afvente tvistens retlige afgørelse. Parternes distributionskanaler er således forskellige, idet WaterNlife udelukkende sælger produkter via Amazon og egen webshop, hvorimod Sports Group Denmark sælger deres produkter via detailhandel. WaterNlife har markedsført og solgt sine produkter på samme måde siden 2015, hvorfor en forbudssag ikke er nødvendiggjort, da Sports Group Denmark ikke vil lide nogen egentlig skade ved at afvente sagens retlige afgørelse.

Det bemærkes i denne forbindelse, at Sports Group Denmark ikke har fremlagt et eneste eksempel på en forvekslingssituation, hvor den relevante omsætningskreds måtte have været i tvivl omkring oprindelsen af parternes varer. Der foreligger således heller ingen praktisk forvekslingsrisiko.

2.1.4. Retsplejelovens § 414, stk. 1 – Tilstrækkelig værn for Sports Group Denmark

I forlængelse af punkt 2.1.3. gøres det gældende, at Sports Group Denmark interesser vil være tilstrækkeligt tilgodeset efter lovens almindelige regler om erstatning, hvorfor et forbud ikke bør nedlægges, jf. retsplejelovens § 414, stk. 1.

Da parterne reelt har sameksisteret på det danske marked siden 2015, vil forbud og påbud ikke være nødvendig for at sikre Sports Group Denmark's interesser.

2.1.5. Retsplejelovens § 414, stk. 2 – Proportionalitetsprincippet

Det gøres ligeledes gældende, at der er et åbenlyst misforhold mellem Sports Group Denmark's interesse i nedlæggelse af forbud og påbud og de store skadevirkninger et forbud vil have for WaterNlife.

Salget af DANISH ENDURANCE produkter i Danmark udgør kun en lille del af WaterNlife's samlede salg af DANISH ENDURANCE produkter, men alt salg administreres fra Danmark, ligesom udvikling af produkter sker i Danmark i samarbejde med danske atleter, hvorfor et forbud vil have konsekvens for hele WaterNlife's samlede salg af DANISH ENDURANCE produkter i hele verden.

Derimod vil Sports Group Denmark's interesse i nedlæggelse af forbud og påbud være af langt mindre betydning for Sports Group Denmark. WaterNlife har således anvendt mærket i Danmark i over 4 år, uden at dette har resulteret i, at Sports Group Denmark har reageret, hvorfor det må kunne lægges til grund, at WaterNli-

fe's brug af mærket DANISH ENDURANCE har meget lidt eller ingen effekt på Sports Group Denmark's virksomhed.

Af den grund bør Sport Group Denmark henvises til at anlægge en almindelig retssag, jf. retsplejelovens § 414, stk. 2.

2.2. Subsidiære påstand

Til støtte for WaterNlife's subsidiære påstand gøres det gældende, at såfremt et forbud og påbud skal nedlægges, skal dette ske ved, at Sports Group Denmark stiller sikkerhed for den skade og ulempe, som påføres WaterNlife ved forbuddet eller påbuddet, jf. retsplejelovens § 415, stk. 1.

Såfremt WaterNlife forbydes at bruge deres varemærke DANISH ENDURANCE for deres produkter, indtil en endelig retlig afgørelse af sagen, vil dette reelt medføre, at WaterNlife ikke vil kunne anvende mærket DANISH ENDURANCE i hele verden, da alt udvikling, markedsføring og salg af DANISH ENDURANCE produkter administreres fra Danmark.

Som anført ovenfor har Sports Group Denmark ikke sandsynliggjort, endsige godtgjort, at have en eneret til navnet ENDURANCE.

Betegnelsen ENDURANCE mangler utvivlsomt særpræg for sportstøj, jf. bl.a. afgørelser fra Patent- og varemærkestyrelsen og EUIPO, og da Sports Group Denmark har ikke fremlagt reel dokumentation for den påståede indarbejdelse på tidspunktet for WaterNlife's brug af deres mærke DANISH ENDURANCE i 2015, har Sports Group Denmark hverken dokumenteret eller sandsynliggjort en ret.

Sikkerhedsstillelsens størrelse på DKK15 million er beregnet ud fra WaterNlife's nettoresultat før skat for salg af DANISH ENDURANCE-produkter fra regnskabsåret 2018, som udgjorde næsten DKK 10 millioner.

På baggrund af erklæringer fra WaterNlife's revisor, jf. bilag AN og AO, kan det lægges til grund, at den procentuelle andel af WaterNlife's nettoresultat før skat af salg af DANISH ENDURANCE produkter for regnskabsårene 2016, 2017 og 2018 udgjorde henholdsvis 43,17%, 71,44% og 81,45%. Det kan ligeledes lægges til grund, at WaterNlife har haft en stigning i sin omsætning i 1. halvår af 2019 sammenlignet med samme periode fra 2018 på ikke mindre end 73%.

Fastholdes denne stigning i den resterende del af 2019, hvilket alt tyder på, vil WaterNlife få et nettoresultat på over DKK 20 millioner før skat for 2019. Da salget af DANISH ENDURANCE produkter i samme periode udgør mere end 90 % af WaterNlife's nettoresultat før skat, vil deres nettoresultat før skat for salget af DANISH ENDURANCE produkter i 2019 udgøre mere end DKK 18,5 millioner ((DKK

$12.092.892 \times 1,73) \times 0,90$), hvorfor en sikkerhedsstillelse på DKK 15 millioner, må anses for mere end rimeligt.

Selv hvis man lagde den procentuelle andel af salget af DANISH ENDURANCE produkter fra 2018 til grund for beregningen (81,45%), vil WaterNlife stadig have en nettoomsætning før skat for salget af DANISH ENDURANCE produkter i 2019 på mere end DKK 17 millioner ($((DKK 12.092.892 \times 1,73) \times 0,8145)$).

Henset til, at Sports Group Denmark endnu ikke har fremlagt behørig dokumentation for deres påståede eneret, og at de således anmoder om forbud og påbud uden reelt grundlag herfor, og at et eventuelt forbud og påbud vil have ødelæggende effekt for WaterNlife's muligheder for at markedsføre og afsætte deres varer, er kravet om en sikkerhedsstillelse på DKK 15 millioner mere end rimeligt."

Rettens begrundelse og resultat

Denne sag handler navnlig om, hvorvidt Sports Group har sandsynliggjort at have en varemærkeret til ordmærket "ENDURANCE" for sportstøj og -udstyr, og i så fald, om WATERNLIFEs anvendelse af varemærkerne "ENDURANCE" samt "DANISH ENDURANCE" for sportstøj krænker denne varemærkeret.

Retten finder, at det ikke er sandsynliggjort, at ordmærket "ENDURANCE" for sportstøj har oprindeligt særpræg. Retten har i denne forbindelse lagt vægt på, at ordet endurance er beskrivende for en egenskab ved sportstøj, ligesom ordet er beskrivende for de udholdenhedssportsgrene som f.eks. maraton, triatlon, cykling og langrend, som sportstøjet kan anvendes til. I det hele taget er ordet udholdenhed så tæt knyttet til sport, at det savner oprindeligt særpræg i forhold til sportstøj og -udstyr, og retten har ved denne bedømmelse lagt til grund, at der for den relevante forbruger ikke vil være nogen forskel på det danske ord udholdenhed og det engelske ord endurance.

Retten finder heller ikke, at det, på det foreliggende grundlag, er sandsynliggjort, at Sports Group har opnået varemærkeret til "ENDURANCE" ved indarbejdelse. Retten har i denne forbindelse bl.a. lagt vægt på, at den fremlagte forbrugerundersøgelse fra 2019 ikke dokumenterer en relevant kendskabsgrad til ENDURANCE-mærket samt, at kendskabsgraden ikke kan antages at have været højere i 2015, hvor WATERNLIFE påbegyndte markedsføringen af sine produkter under mærket DANISH ENDURANCE.

På denne baggrund finder retten, at Sports Group ikke har sandsynliggjort en beskyttet varemærkeret til ordet ENDURANCE for sportstøj og -udstyr. Af de samme grunde finder retten, at der heller ikke er sandsynliggjort en varemærkeret til Sports Groups meget enkle, uregistrerede figurmærke alene bestående af ordet endurance skrevet med en særlig type bogstaver. Endelig finder retten,

at der ikke ved WATERNLIFE's anvendelse af "ENDURANCE" og "DANISH ENDURANCE" er sandsynliggjort nogen krænkelse af Sports Groups registrerede figurmærke, som indeholder ordet "ENDURANCE", men hvor det er den grafiske gengivelse af en særlig, abstrakt figur, ordet "Athlecia" og de anvendte farver, der giver figurmærket særpræg, og ikke det i denne sammenhæng beskrivende ord "ENDURANCE".

Endelig finder retten på ovenstående baggrund og sagens omstændigheder i øvrigt ikke grundlag for at anse det for sandsynliggjort, at WATERNLIFE skulle have krænket markedsføringsloven som anført af Sports Group.

Sagens resultat bliver herefter, at Sports Groups påstand 1-3 nægtes fremme.

Sports Group skal efter sagens resultat betale sagsomkostninger til WATERNLIFE. Sagsomkostningerne fastsættes efter sagens værdi, forløb og udfald til 30.000 kr., som angår udgifter til advokat ekskl. moms.

THI KENDES FOR RET:

SPORTS GROUP DENMARK A/S' påstand 1-3 nægtes fremme.

SPORTS GROUP DENMARK A/S skal inden 14 dage betale 30.000 kr. i sagsomkostninger til WATERNLIFE. Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

Publiceret til portalen d. 21-01-2020 kl. 10:00

Modtagere: Sagsøger SPORTS GROUP DENMARK A/S, Advokat (L) Nick

Lissner Johansen, Sagsøgte WATERNLIFE ApS, Advokat (L) Martin

Hoffgaard Rasmussen