

## **RESUMÉ:**

### **AN 2015 00002 – VR 2013 02024 BULLDOG Energy Drink <fig> - Indsigelse – Forveksling**

Der blev fremsat indsigelse mod endelig registrering af varemærket VR 2013 02024 BULLDOG Energy Drink <fig>. Indsigelsen blev begrundet med, at varemærket VR 2013 02024 BULLDOG Energy Drink <fig> er forveksleligt med flere af indsigers ældre EU-varemærker og MP-varemærker RED BULL. Indsiger anførte endvidere af, at det angrebne mærke kan føre til en utilbørlig udnyttelse af eller skade på indsigers velkendte varemærke RED BULL's særpræg eller renommé. Patent- og Varemærkestyrelsen tog indsigelsen til følge og ophævede registreringen i sin helhed. Denne afgørelse blev indbragt for Ankenævnet for Patenter og Varemærker, som stadfæstede den påklagede afgørelse.

## **KENDELSE:**

År 2015, den 21. september afsagde Ankenævnet for Patenter og Varemærker  
(Hans Chr. Thomsen, Hanne Kirk, Knud Wallberg og Jens Schovsbo)  
følgende kendelse i sagen **AN 2015 00002**

### **Klage fra**

Bulldog Energy Drink Ltd.  
v/Budde Schou A/S

### **over**

Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse af 5. december 2014 vedr. VR  
2013 02024 BULLDOG Energy Drink <fig>  
Begæret af:  
Red Bull GmbH

Ankenævnet har behandlet sagen skriftligt.

### **Ankenævnet udtaler:**

Ankenævnet for Patenter og Varemærker kan tilslutte sig Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse i sagen og de af styrelsen angivne begrundelser herfor. Der er ikke for ankenævnet fremført nye argumenter eller fremlagt yderligere oplysninger, som giver anledning til at ændre denne vurdering. Ankenævnet finder herefter ikke anledning til at tage stilling til, om de omhandlede mærker er forvekslelige i medfør af varemærkelovens § 15, stk. 1, nr. 2.

**Herefter bestemmes:**

Den påklagede afgørelse stadfæstes.

**Sagens baggrund:**

Den 14. juni 2013 indleverede Bulldog Energy Drink Ltd. en ansøgning om registrering af varemærket BULLDOG Energy Drink <fig>

**BULLDOG**  
**Energy Drink**

For:

Klasse 32: Energidrikke, ikke-alkoholholdige kulsyre energidrikke.

Varemærket blev registreret den 5. september 2013 og efterfølgende publiceret i Dansk Varemærketidende den 11. september 2013.

Fra Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse af 5. december 2014 citeres følgende fra sagsfremstillingen:

”... Den 11. november 2013 gjorde PATRADE A/S indsigelse på vegne af Red Bull GmbH mod gyldigheden af det registrerede figurmærke BULLDOG Energy Drink. Indsiger henviste til varemærkelovens § 23. Indsigelsen blev fremsat under henvisning til, at den angrebne registrering VR 2013 02024, figurmærket BULLDOG Energy Drink, der er registreret for ”Energidrikke, ikke-alkoholholdige kulsyre energidrikke” i klasse 32, er forveksleligt med indsigers registrerede EF-varemærke EU5225611, figurmærket RED BULL, registreret for varer og tjenesteydelser i klasse 1-45, herunder ”Ikke-alkoholholdige drikke, inklusive læskedrikke, energidrikke” i klasse 32, de internationale registreringer MP961854, ordmærket RED BULL, MP789927, figurmærket RED BULL ENERGY DRINK, og MP1064924, ordmærket BULL, alle registreret for varer i klasse 32, herunder ”Non-alcoholic beverages including refreshing drinks, energy drinks”. Der blev i den forbindelse henvist til varemærkelovens § 15, stk. 1, nr. 2. Indsiger henviste endvidere til, at det angrebne mærke kan medføre en utilbørlig udnyttelse af eller skade på indsigers velkendte varemærke RED BULL’s særpræg eller renommé. Der blev i den forbindelse henvist til varemærkelovens § 15, stk. 3, nr. 1 og § 15, stk. 4, nr. 1. Indsiger henviste til støtte for indsigelsen bl.a. til, at indsigers mærke RED BULL er et yderst velkendt varemærke, og har indsendt diverse materiale til dokumentation herfor. Endvidere blev der henvist til, at ordet BULL er det dominerende element i mærkerne RED BULL og BULLDOG, hvorfor der er både synsmæssig og lydlig lighed mellem mærkerne. Endvidere

blev der henvist til, at ordet ”bulldog” betegner en hunderace, der oprindeligt blev brugt i tyrefægtning, og at begge mærker refererer til aggressive firbenede pattedyr, hvorfor mærkerne således også begrebsmæssigt ligner hinanden.

Med hensyn til henvisningen til, at det angrebne mærke krænker indsigers velkendte mærke henviste indsiger bl.a. til, at indsigers mærke er et yderst velkendt varemærke i hele EU i relation til varen ”energidrikke”. Endvidere, at den høje grad af lighed mellem mærkerne må føre til, at der skabes en sammenhæng mellem disse i omsætningskredsens bevidsthed, og at brugen af det dominerende element BULL i det angrebne mærke utvivlsomt må føre til, at indsigers varemærkes omdømme og prestige udnyttes. Endelig henviste indsiger til en række tidligere afgørelser fra forskellige myndigheder og domstole i EU, der har fastslået at det angrebne mærke krænker indsigers mærke.

Indehaver anførte heroverfor bl.a., at mærkerne RED BULL og BULLDOG har forskellig betydning, og at de ikke er forvekslelige, samt at indehavers mærke ikke krænker indsigers velkendte mærke. Indehaver henviste endvidere til, at mærkerne sameksisterer i Det Forenede Kongerige (UK) og Frankrig, idet indehaver har vundet tilsvarende sager der. Ligeledes henvist til, at indehaver tillige ved OHIM’s Board of Appeal i sagen R 107/2012-2 fik medhold i, at indehavers mærke ikke krænker indsigers rettigheder, og at denne afgørelse fra Board of Appeal nu er indbragt for Retten, jf. den verserende sag T-78/13)...”

Den 5. december 2014 traf Patent- og Varemærkestyrelsen afgørelse i sagen. Styrelsen tog indsigelsen til følge og ophævede registreringen med følgende begrundelse:

## **2. ”... Lovgrundlaget**

I varemærkelovens § 15, stk. 1, nr. 2 står der, at et varemærke ikke kan registreres, hvis

*”2) der er risiko for forveksling, herunder at det antages, at der er en forbindelse med det ældre varemærke, fordi det yngre mærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art.”*

Endvidere fremgår det af varemærkelovens § 15, stk. 3, nr. 1, at et varemærke tillige er udelukket fra registrering hvis:

*”1) det er identisk med eller ligner et ældre EF-varemærke, jf. stk. 2, og det søges registreret for varer eller tjenesteydelser af en anden art end dem, for hvilke det ældre EF-varemærke er registreret, når det ældre EF-varemærke er velkendt i Den Europæiske Union, og brugen af det yngre varemærke vil medføre en utilbørlig udnyttelse af det ældre EF-varemærkes særpræg eller renommé eller en sådan brug ville skade dette særpræg eller renommé,”*

Endelig fremgår det af varemærkelovens § 15, stk. 4, nr. 1, at et varemærke tillige er udelukket fra registrering, hvis:

*”1) varemærket er identisk med eller ligner et ældre dansk varemærke efter stk. 2, og det søges registreret for varer eller tjenesteydelser af anden art end dem, for hvilke det ældre varemærke er registreret, når det ældre varemærke er velkendt her i landet, og brugen af det yngre varemærke ville medføre en utilbørlig udnyttelse af det ældre varemærkes særpræg eller renommé, eller sådan brug ville skade dette særpræg eller renommé,”*

Det skal i den forbindelse bemærkes, at anvendelsen af bestemmelserne i varemærkelovens § 15, stk. 4, nr. 1 og § 15, stk. 3, nr. 1, forudsætter,

- at det ældre varemærke er velkendt i den relevante omsætningskreds,
- at der i den relevante omsætningskreds’ bevidsthed skabes en sammenhæng eller association mellem mærkerne, og
- at brugen af det yngre mærke – uden skellig grund – vil medføre en utilbørlig udnyttelse af eller skade på det velkendte varemærkes særpræg eller renommé.

Efter styrelsens og Ankenævnet for Patentet og Varemærkers praksis indebærer disse krav bl.a., at en sammenhæng eller association mellem et yngre dansk registreret mærke og et ældre varemærke alene kan anses for at være opstået som følge af den til det ældre varemærke knyttede velkendthed, såfremt varemærket er velkendt i den danske omsætningskreds., jf. bl.a. AN 2011 00002.

### **3. Indsigers mærkes velkendthed**

Det skal indledningsvist bemærkes, at styrelsen allerede i tre afgørelser, nemlig indsigelsesafgørelse af 6. januar 2005 i sagen VR 2004 00525, figurmærket RED BAT, indsigelsesafgørelse af 28. maj 2013 i sagen VR 2011 02615, figurmærket PITBULL RELOADSOUL ENERGY DRINK, og indsigelsesafgørelse af 4. april 2014 i sagen VR 2013 00083, figurmærket TORO LOCO ENERGY DRINK, har konstateret, at indsigers mærke RED BULL er yderst velkendt i Danmark og EU for ”energidrikke” i klasse 32.



Det i nærværende sag oplyste om bl.a. indsigers markedsføringsudgifter i Danmark og EU i forbindelse med varemærket RED BULL bekræfter blot denne konstatering, hvorfor styrelsen også i denne sag finder, at indsigers mærker RED BULL må anses for utvivlsomt velkendte for ”energidrikke” i klasse 32.

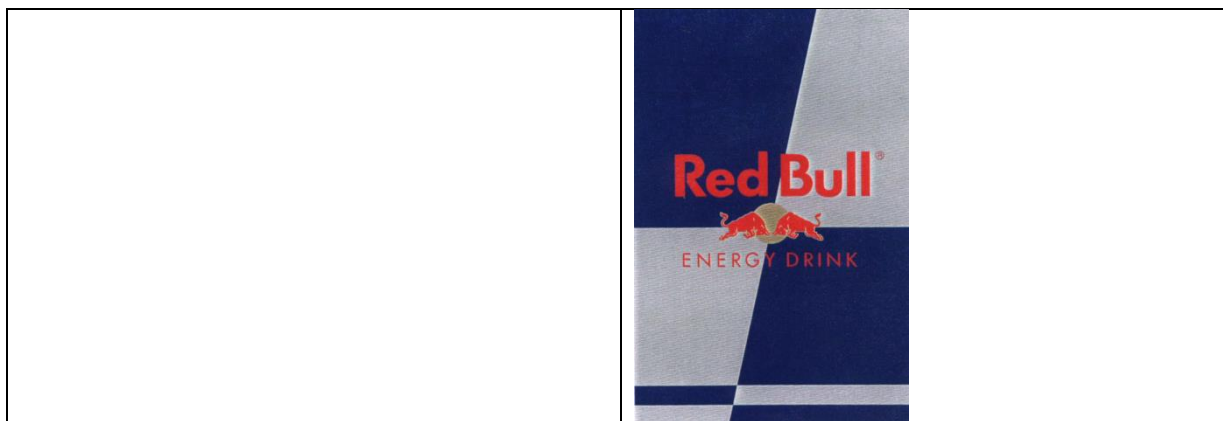
### **4. Vurdering af om det angrebne mærke skaber associationer til det velkendte mærke**

I vurderingen af, om et yngre mærke skaber associationer til et ældre, velkendt varemærke skal indgå alle relevante faktorer, herunder ligheden mellem mærkerne, ligheden mellem varerne, mærkernes særpræg og den grad med hvilken det ældre mærke er velkendt.

Indledningsvist skal bemærkes, at mærkerne vedrører identiske varer, nemlig ”energidrikke” i klasse 32.

Mærkerne ser således ud:

Det angrebne mærke	Indsigers velkendte mærker
	



Såvel det angrebne mærke som indsigers velkendte mærke indeholder ordet BULL.

I indsigers mærke fremstår ordet BULL som det klart dominerende element, idet ordet RED, der betyder ”rød”, blot lægger sig til ordet BULL, der betyder ”tyr”. Betydningen af mærket, nemlig ”rød tyr”, må i øvrigt anses for almindeligt kendt af den almindelige danske gennemsnitsforbruger.

Ordet BULLDOG i det angrebne mærke, er det eneste særprægede element i dette mærke. BULLDOG er på dansk betegnelsen for en hunderace, hvorved mærket begrebsmæssigt adskiller fra det velkendte mærke RED BULL, idet mærkerne således giver associationer til henholdsvis en ”rød tyr” og en særlig hunderace.

Om end en sådan begrebsmæssig forskel efter omstændighederne kan bevirke, at der ikke består en risiko for forveksling mellem to mærker, jf. bl.a. Ankenævnet for Patenter og Varemærkers kendelse af 29. januar 1999 i sagen V-13/97, ROCKET vs. POCKET, så er en sådan forskel ikke tilstrækkelig i sig selv til, at det kan udelukkes, at der i omsætningskredsens bevidsthed skabes en sammenhæng mellem det angrebne mærke og det velkendte mærke.

Det bemærkes i den forbindelse, at det fremgår af EU-Domstolens praksis bl.a. i sagen C-252/07, Intel, præmis 58, at der ikke stilles noget krav om, at det yngre mærke og det velkendte mærke kan forveksles for at fastslå, at der skabes en sammenhæng mellem disse i den relevante omsætningskreds' bevidsthed.

Endvidere fremgår det af samme afgørelses præmis 60, at den kendsgerning, at det yngre varemærke hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger leder tanker hen på det ældre varemærke, i sig selv fører til, at der er den krævede ”sammenhæng” mellem mærkerne.

Indsigers mærke RED BULL giver – i lyset af de omhandlede varer – associationer til, at varerne giver en ”rasende” styrke og energi, idet sådanne egenskaber typisk forbindes med tyre og dette dyrs kobling med farven rød. Det er netop sådanne egenskaber ved varen, som omsætningskredsen for energidrikke må forventes at efterspørge.

Det forhold, at mærket RED BULL kan give sådanne associationer til egenskaber ved varen indebærer ikke i sig selv, at mærket må anses for at have et iboende svagt særpræg, og under alle omstændigheder må det fastslås, at det forhold, at RED BULL er yderst velkendt bevirker, at RED BULL i det mindste gennem indarbejdelse har opnået et særdeles stærkt særpræg.

Hertil kommer, at det er muligt at alludere til, at en energidrik besidder egenskaber af lignende karakter på et utal af måder, herunder ved brug af ord, symboler, begreber og dyr, hvorfor det virker

påfaldende, at indehaver af det angrebne mærke har valgt at anvende netop et dyr, i hvis navn ordet BULL indgår.

Når der i øvrigt henses til, at indsigers mærke RED BULL må anses for at være særdeles velkendt for netop ”energidrikke”, som er identiske med de varer, der er omfattet af det angrebne mærke, at ordet BULL må anses for det dominerende element i indsigers velkendte mærke og i øvrigt må anses for at være stærkt særpræget for de omhandlede varer, samt at ordet BULL har en fremtrædende plads i det angrebne mærke, er det styrelsens opfattelse, at mærket BULLDOG umiddelbart og utvivlsomt vil lede omsætningskredsens tanker hen på det velkendte mærke RED BULL.

Det er følgelig styrelsens opfattelse, at kravet om, at det angrebne mærke skal skabe associationer til indsigers velkendte mærke i omsætningskredsens bevidsthed er opfyldt.

Det skal herefter vurderes, om de øvrige krav for anvendelsen af varemærkelovens § 15, stk. 3, nr. 1 og § 15, stk. 4, nr. 1 er opfyldt, nemlig om brugen af det angrebne mærke – uden skellig grund – vil medføre en utilbørlig udnyttelse af eller skade på det velkendte mærkes særpræg eller renommé.

### **5. Vurdering af skade på varemærkets særpræg**

Om skade på særpræg udtaler EU-Domstolen følgende i den præjudicielle afgørelse af den 18. juni 2009 i sagen C-487/07, L’Oréal, præmis 39:

Hvad nærmere angår skade på varemærkets særpræg, der også betegnes med ordene »udvanding«, »nedslidning« eller »udviskning«, foreligger denne skade, når dette varemærkes evne til at identificere de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, svækkes, idet tredjemands brug af et identisk eller lignende tegn medfører en opløsning af varemærkets identitet og af dets bekendthed i offentlighedens bevidsthed. Dette er bl.a. tilfældet, når det varemærke, der gav anledning til en umiddelbar association med de varer eller tjenesteydelser, som det er registreret for, ikke længere kan gøre det (jf. i denne retning Intel Corporation-dommen, præmis 29).

Hvad der nærmere forstås ved ”skade på særpræg” har endvidere været genstand for yderligere fortolkning af EU-Domstolen i dom af 14. november 2013 i sagen C-383/12 P, WOLF Jardin, i hvilken EU-Domstolen bl.a. anfører følgende i præmis 34:

”...beviset for, at brugen af det yngre varemærke skader eller ville skade det ældre varemærkes særpræg, forudsætter, at det er godtgjort, at der er sket en ændring i den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren af de varer eller tjenesteydelser, som det ældre varemærke er registreret for, der er forårsaget af brugen af det yngre varemærke, eller at der er en alvorlig risiko for, at en sådan ændring vil forekomme i fremtiden...”

Det er således ikke nødvendigt, at der bevises en faktisk sket ændring i den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren, men tilstrækkeligt at det bevises, at der er en alvorlig risiko herfor.

Om ”beviset” for denne risiko anfører EU-Domstolen videre i sidstnævnte doms præmis 40, 42 og 43 følgende:

”40 Domstolen har [...] klart givet udtryk for behovet for at kræve en højere bevisstandard for at kunne konstatere skaden eller risikoen for skade på det ældre varemærkes særpræg [...]”

”42 Forordning nr. 207/2009 og Domstolens praksis kræver ganske vist ikke, at der føres bevis for en reel skade, men den anerkender også den seriøse risiko for en sådan skade og tillader, at der drages logiske slutninger.”

”43 Sådanne slutninger må dog ikke være resultatet af blotte antagelser, men [...] fremkommer ved »en sandsynlighedsanalyse og under hensyntagen til almindelig praksis inden for den relevante erhvervssektor samt til alle øvrige omstændigheder i sagen«.”

Som det fremgår heraf, kan det krævede ”bevis” bestå i en ”sandsynlighedsanalyse”, der tager hensyn til almindelig praksis i den relevante erhvervssektor, samt alle øvrige omstændigheder i sagen.

Indsiger har bl.a. henvist til, at ”almindelig erfaring tilsiger, at vellykkede forbrugerprodukter ofte kopieres af billigere ”kopier”, som sælges under et varemærke eller i [...] indpakninger, som leder tankerne imod den berømte original”, og at følgerne heraf ”uden tvivl [vil udgøre] en ”ændring i den økonomiske adfærd”, hvilket uomtvisteligt ville formindske eksklusivitet og glansen – med andre ord, det stærke særpræg – af indsigers ”RED BULL”-mærker.”

Det er styrelsens opfattelse, at indsigers betragtninger er af så generel en karakter, at disse ikke kan betegnes som en sandsynlighedsanalyse, der tager de konkrete forhold i den relevante erhvervssektor i betragtning, eller i øvrigt forholder sig tilstrækkeligt præcist til de øvrige omstændigheder i nærværende sag.

Styrelsen skal dog bemærke, at brugen af ordet ”bull” i varemærker for varen ”energidrikke” må anses for ganske unik, da styrelsen stort set kun kan finde varemærker med gyldighed for Danmark, der er registreret af indsiger, som indeholder dette ord og er registreret for netop energidrikke.

Hertil kommer, at associationen til netop den styrke og vitalitet, der er forbundet med tyre, ikke er nødvendig for andre producenters succesfulde markedsføring af energidrikke. Således ses andre producenter at anvende betegnelser så som Cult, Monster, Shark, X-ray, Burn, Hype, Powerade, Faxe Kondi Booster og Battery, for blot at nævne nogle af de øvrige varemærker, der anvendes for energidrikke. Som det ses af de nævnte mærker, er der en klar tendens indenfor markedssegmentet for energidrikke til at anvende varemærker, der giver associationer om produktets egenskaber eller styrke. En sådan association kan – som det ses af disse eksempler – opnås på mange måder, og kan ikke alene opnås ved brug af ordet ”bull”.

Indehaver har valgt at anvende ordet BULLDOG til at skabe associationer til varens egenskaber, og griber dermed netop ind i den associationsfære, som er knyttet til indsigers mærke RED BULL. Indsiger har i denne henseende anvendt netop ”tyren” som symbol for den styrke og vitalitet, som indsiger ønsker, at omsætningskredsen skal forbinde med indsigers produkter, hvilket er et symbol, der i øvrigt må anses for stærkt indarbejdet hos omsætningskredsen og unikt for netop indsigers produkt. Ordet BULL giver også i ordet BULLDOG associationer til tyrens styrke og vitalitet, idet ordet ”bull” netop genkendes i betegnelsen ”bulldog” som en henvisning til ”tyren”, og derigennem skaber associationer om denne hunderaces styrke og vitalitet.

Når der samtidig henses til, at der i forhold til energidrikke er en klar tendens til at anvende varemærker, der giver associationer om varens opkvikkende og styrkende egenskaber, virker det derfor heller ikke tilfældigt, at indehaver har valgt at anvende ordet BULLDOG i sit mærke. Således syntes det tværtimod netop at have været intentionen, at omsætningskredsen ud fra mærket skal få den tanke, at indehavers energidrik besidder de egenskaber, nemlig styrke og vitalitet, der er forbundet med ordet ”bull”.

Under hensyn hertil, og når der i øvrigt henses til indsigers mærkes grad af kendthed, og de forhold, at denne kendthed knytter sig til den snævre produktgruppe ”energidrikke”, der er sammenfaldende med de varer det angrebne mærke er registreret for, og at ordet BULL i forbindelse med energidrikke må anses for ganske unik, synes det mere end sandsynligt, at brugen af det yngre mærke BULLDOG vil kunne medvirke til at udvande indsigers mærkes særpræg, og dermed svække mærkets evne til at identificere de omhandlede energidrikke som hidrørende fra indsiger.

En sådan afsvækkelse af indsigers mærkes særpræg vil utvivlsomt medføre en alvorlig risiko for, at den relevante omsætningskreds økonomiske adfærd ændres til skade for indsiger, idet indsigers velkendte mærke herved vil blive berøvet en del af den tiltrækningskraft det i dag besidder.

Styrelsen finder følgelig, at brugen af det angrebne mærke BULLDOG ENERGY DRINK uden skellig grund vil kunne medføre en utilbørlig skade på indsigers velkendte mærkes særpræg, jf. varemærkelovens § 15, stk. 3, nr. 1 og § 15, stk. 4, nr. 1.

## **6. Konklusion**

Styrelsen har fundet, at brugen af det angrebne mærke BULLDOG ENERGY DRINK uden skellig grund vil kunne medføre en utilbørlig skade på indsigers velkendte mærkes særpræg.

Registreringen VR 2013 02024, figurmærket BULLDOG ENERGY DRINK, vil følgelig allerede af denne grund blive ophævet i sin helhed.

Styrelsen finder det herefter unødvendigt at tage særskilt stilling til indsigers påstand efter varemærkelovens § 15, stk. 1, nr. 2.

Afgørelsen er truffet i medfør af varemærkelovens § 15, stk. 3, nr. 1 og § 15, stk. 4, nr. 1...”

Denne afgørelse blev med brev af 29. januar 2015 fra Budde Schou A/S på vegne klager, Bulldog Energy Drink Ltd., indbragt for Ankenævnet for Patenter og Varemærker med følgende påstand:

”... På vegne af vor klient, Bulldog Energy Drink Ltd. (herefter Klager) påklages herved Patent- og Varemærkestyrelsens (herefter Styrelsen) afgørelse af 5. december 2014, reference VR 2013 02024 BULLDOG Energy Drink i klasse 32 for ”energidrikke, ikke-alkoholholdige kulsyre energidrikke”, og der nedlægges følgende

### **PÅSTAND**

at styrelsens afgørelse af 5. december 2014 omgøres, og den danske varemærkere registrering af BULLDOG Energy Drink registreres endeligt.

### **BEGRUNDELSE**

Det ansøgte mærke BULLDOG Energy Drink <figurmærke> kan ikke anses for forveksleligt med varemærket RED BULL.

Vi henviser i den forbindelse til den med Patent- og Varemærkestyrelsen førte korrespondance, jf.

- Kopi af vort brev af 3. april 2014
- Kopi af indlæg af 6. juni 2014 fra Patrade med bilag
- Kopi af vort indlæg af 18. august 2014.

### **VAREKOLLISION**

Formel varekollision er til stede.

### **VAREMÆRKELIGHED**

Mærkerne RED BULL og BULLDOG Energy Drink vil give forbrugerne helt forskellige associationer, først og fremmest fordi der for det ene mærkes tilfælde er tale om en tyr, mens der for det andet mærkes vedkommende er tale om en hund.



I Styrelsens afgørelse af 5. december 2014 indgår, at indsigermærket anses for velkendt i Danmark. Beskyttelsen for et velkendt mærke er notorisk bredere end for et "almindeligt" varemærke. Dette forrykker imidlertid ikke den kendsgerning, at der altid vil være tale om en individuel og helt konkret vurdering af forvekslelighedsspørgsmålet, når man tager to mærker op til vurdering.

Netop indenfor området alkoholfrie drikkevarer er der en meget stor trængsel af produkter, der alle tilstræber at tiltrække kundernes udelte opmærksomhed. Samtidig er det en kendsgerning, at forbrugerne er meget opmærksomme på selve mærkets betydning. Sammenligningsmæssigt kan det anføres, at der ikke skal megen forandring af et varemærke som COCA COLA til, for at en forbruger umiddelbart vil gennemskue, at der her ikke er tale om et produkt, der stammer fra Coca Cola-koncernen. Det samme vil være tilfældet i forbindelse med RED BULL-produkter. Denne store mærkebevidsthed hos forbrugerne, der også gør sig gældende for unge mennesker, vil være afgørende for vurderingen af forvekslelighed i den foreliggende sammenhæng. Hvis man plejer at drikke RED BULL, vil man på ingen måde blive misledt til at købe et BULLDOG Energy Drink-produkt. Forskellene mellem de respektive mærker er så evidente, at forbrugerne i alle aldre umiddelbart vil gennemskue disse og gå efter det produkt, man er vant til at købe.

### **KONKLUSION**

På baggrund af ovenanførte anbringender og den hidtil førte dokumentation og argumentation henstilles det, at Styrelsens afgørelse af 5. december 2014 omgøres, og at mærket registreres.

Såfremt nærværende bemærkninger giver anledning til yderligere kommentarer fra Styrelsen, anmodes det om, at Klager får mulighed for at fremkomme med yderligere bemærkninger..."

Med brev af 7. april 2015 fremsendte Patrade A/S på vegne indklagede, Red Bull GmbH, følgende kommentarer til klagen:

"... Som svar på appellants anke af Styrelsens afgørelse af 5. december 2014, skal indehaver hermed fremkomme med følgende bemærkninger.

#### Appellants anke og indehavers afvisningsbegæring.

Indledningsvis skal indehaver understrege, at Styrelsen har truffet sin afgørelse med henvisning til varemærkelovens § 15, stk. 3, nr. 1 og § 15, stk. 4, nr. 1, samt at afgørelsen specifikt nævner, at varemærkelovens § 15, stk. 1, nr. 2 ikke har indgået i vurderingen. Dette til trods, har appellanten anført, at det juridiske grundlag for anken er, at "ansøgers varemærke ikke er forveksleligt med indehavers", hvilket er en klar reference til varemærkelovens § 15, stk. 1, nr. 2.

Ovenstående indebærer således de facto, at appellanten anmoder Ankenævnet om at tage stilling til et spørgsmål, som Styrelsen ikke først har vurderet, således at Ankenævnet vil fungere som første instans i dette spørgsmål, i strid med varemærkelovens § 46, stk. 1.

Hertil kommer desuden, at skulle Ankenævnet beslutte at hjemvise sagen til Styrelsen til fornyet behandling af spørgsmålet om anvendelsen af varemærkelovens § 15, stk. 1, nr. 2 – og dermed korrekt lade Styrelsen være først instans i dette spørgsmål - vil dette være irrelevant, da Styrelsens afgørelse allerede fastslår, at indehavers varemærker er særdeles velkendte.

Det må derfor kunne konkluderes, at

- hvis Ankenævnet vælger at træffe en afgørelse med henvisning til varemærkelovens § 15, stk. 1, nr. 2, så vil Ankenævnet agere førsteinstans i dette spørgsmål,

- hvis Ankenævnet beslutter at hjemvise sagen til fornyet behandling af spørgsmålet om varemærkelovens § 15 stk. 1, nr. 2, vil indehavers varemærker stadig være velkendte, jf. Styrelsens afgørelse,

- hvis Ankenævnet beslutter at betragte appellants anke, som en anke af spørgsmålet om velkendthed, så insisterer indehaver på, at spørgsmålet om forvekslelighed hjemvises til Styrelsen til behandling, for det tilfælde, at Ankenævnet imod forventning skulle nå til den konklusion, at indehavers varemærker ikke er velkendt.

Med udgangspunkt i ovenstående, og det forhold at sagen medfører store tidsmæssige og økonomiske konsekvenser, skal indehaver på det kraftigste anmode om, at Ankenævnet afviser anken og dermed ligeledes afviser registreringen af "BULLDOG ENERGY DRINK" <fig>.

For det tilfælde, at Ankenævnet skulle vælger ikke at afvise appellants anke, skal indehaver fremkommer med følgende bemærkninger vedrørende varemærkelovens § 15 stk. 3, nr. 1 og § 15, stk. 4, nr. 1, samt varemærkelovens § 15 stk. 1, nr. 2.

#### Velkendthed af indehavers varemærker.

Indledningsvis skal indehaver henvise til argumenterne med tilhørende bilag fra den oprindelige indsigelse, som vedlægges nærværende svar som **Bilag A**.

Endvidere skal indehaver understrege, at der næppe kan være nogen diskussion om, hvorvidt indehavers varemærker er velkendte i både Danmark og i EU, hvilket ligeledes klart bekræftes af både Styrelsen i den appellerede afgørelse, samt i 3 tidligere succesfulde indsigelser nedlagt af indehaver.

VR 2004 00525 "RED BAT" <fig>

VR 2011 02615 "PITBULL RELOADED SOUL ENERGY DRINK" <w>

VR 2013 00083 "TORO LOCO ENERGY DRINK" <fig>

Hertil kommer, at indehavers dokumenterede markedsføringsudgifter, bilagt den oprindelige indsigelse som Bilag 5a, og udtalelsen fra Bryggeriforeningen, bilagt den oprindelige indsigelse som bilag 6, blot bekræfter det åbenbare faktum, at indehavers varemærker er velkendte.

Som Bryggeriforeningen udtaler.

*"Det er foreningens opfattelse, at forbrugerne, både indenfor og udenfor energidrikkesegmentet kender til RED BULL mærket. Det er derfor foreningens opfattelse at varemærket RED BULL er velkendt her i landet i relation til energidrikke."*

Det følger således, at vurderingen af om et yngre varemærke etablerer en forbindelse (link) til et ældre og velkendt varemærke, skal tage alle relevante forhold og omstændigheder i betragtning, herunder ligheden mellem varemærkerne, ligheden mellem varerne, særpræget af varemærkerne og endeligt omfanget af det ældre varemærkes velkendthed.

Som Styrelsen med rette i sin afgørelse fremhæver, er den blotte omstændighed at varemærkerne (måske) kan anses som begrebsmæssigt forskellige, ikke tilstrækkeligt til at konkludere, at de

relevante forbrugere ikke vil etablere en forbindelse (link) mellem varemærkerne, jf. i den forbindelse desuden V-13/97 ROCKET vs. ROCKET. Faktisk slår ligeledes C-252/07, INTEL, klart fast, at det ikke er et krav, at varemærkerne er forvekslelige, så længe en gennemsnitlig, rimeligt informeret forbruger, skaber en forbindelse (link) mellem dem.

Når den høje grad af lighed mellem varemærkerne, særligt at ordet "BULL" er et fremhævet og dominerende element i begge varemærker, samt identiteten af varerne og den høje grad af særpræg i indehavers varemærker tages i betragtning, er det yderst usandsynligt, at forbrugerne ikke vil etablere en forbindelse (link) til "RED BULL", når de møder en energidrik, der indeholder ordet "BULL".

Det er derfor helt korrekt når Styrelsen konkluderer, at appellants varemærke skaber en forbindelse (link) til indehavers ældre velkendte varemærker, og dermed skal vurderingen af, om appellants varemærke bør tillades registrering, ske med henvisning til varemærkelovens § 15, stk. 3, nr. 1 og § 15, stk. 4, nr. 1.

Af både sagerne C-487/07, L'Oréal og C-383/12 WOLF Jardin fremgår det klart, at indehaveren af et velkendt varemærke ikke behøver at bevise økonomiske ændringer i kundernes adfærd for at bevise, at brugen af et yngre varemærke anses som utilbørlig udnyttelse, idet risikoen ændringer i kundernes adfærd er tilstrækkelig.

Selvom Styrelsen bortser fra indehavers bemærkninger i indsigelsen om, at "vellykkede og succesfulde forbrugsvarer ofte kopieres, og at disse billigere kopier ofte sælges under et varemærke eller i en indpakning, som leder tanker i retning af det velkendte produkt" som tilstrækkelig bevis for risikoen for en ændring i den økonomiske adfærd, skal indehaver stadig fastholder, at det må betragtes som relevant for sagen, da det er almindeligt forekommende. Faktisk understreges dette også indirekte i Styrelsens egen afgørelse, hvor det anføres, at andre producenter er i stand til succesfuldt at markedsføre energidrikke, såsom Monster, Shark, X-ray og Burn med aggressive varemærker, uden at dette udgør en krænkelse af "RED BULL".

I den foreliggende sag har appellaten klart det ønske, ikke blot at knytte sit produkt til aggression, men også knytte det til "RED BULL". Dette vil uden tvivl føre til udvanding og skade på omdømmet og særpræget af "RED BULL" og, som påpeget af Styrelsen, føre til en alvorlig risiko for ændring af den økonomiske adfærd og gøre uigenkaldelig skade på indehavers varemærker og tiltrækningskræften heraf.

På baggrund af både den oprindelige indsigelse og argumenterne anført ovenfor, anmoder indehaver om, at Styrelsens afgørelse stadfæstes som korrekt, og at "BULLDOG Energy Drink" <fig> derfor ikke registreres.

#### Risiko for forveksling:

For det tilfælde at Ankenævnet måtte finde det nødvendigt at vurdere risikoen for forvekslelighed, i stedet for korrekt at hjemvise denne afgørelse til Styrelsen, skal indehaver fremkomme med følgende bemærkninger og desuden derudover henviser til argumenterne i den oprindelige indsigelse.

I betragtning af det begrænsede omfang af appellants argumenter, skal indehaver indledningsvis oplyste disse og kommentere dem individuelt.

#### Appellants argumenter.

1. Varemærkerne giver forbrugerne forskellige helhedsindtryk, idet indehavers varemærker er "en tyr", og appellants varemærke er "en hund",
2. Der skal foretages en individuel og konkret vurdering af forveksleligheden, uanset om indehavers varemærke er velkendt,


- a. Indenfor ”alkoholfri drikkevarer” er der mange producenter, som kæmper om forbrugernes gunst,
  - b. Forbrugerne er godt klar over de faktiske varemærker de køber, og betydningen heraf,
  - c. Kun en mindre ændringer i varemærkerne vil gøre det muligt for forbrugerne at skelne mellem varemærkerne (Sammenligning med Coca Cola),
  - d. Varemærkebevisthed, som også er tilstede hos yngre mennesker, vil have en betydelig indflydelse på vurderingen af forveksleligheden,
  - e. Forbrugere, som normalt køber "RED BULL", vil ikke blive vildledt af appellants varemærke og købe dette produkt i stedet,
3. Forskellene mellem varemærkerne er så indlysende, at forbrugere i alle aldre, vil være i stand til at skelne varemærkerne og købe deres sædvanlige produkt.

Inden vurderingen og gennemgangen af de enkelte argumenter, skal indehaver dog først understrege, at vurderingen af risikoen for forvekslelighed skal foretages under hensyntagen til, at varerne i nærværende tilfælde er identiske, og at det af C-39/97, Canon klart fremgår, at en mindre grad af lighed mellem varerne eller tjenesteydelser, kan opvejes af en højere grad af lighed mellem varemærkerne og omvendt.

#### Ad 1.

Det er simpelthen ikke korrekt når appellanten anfører, at helhedsindtrykket af varemærkerne er helt forskellige, da det ene er en hund" og de andre er "en tyr", da begge anvendelser af ordet ”BULL” kan spores til samme oprindelse, som anført i den oprindelige indsigelse.

Hertil kommer at indsigelsen er baseret på følgende varemærker:

Registrerings Nr.	Ansøgningsdato	Varemærke	Klasse
CTM 005225611	27/07- 2006	RED BULL <w>	32
MP961854	18/04 - 2009	RED BULL <w>	32
MP1064924	18/11 - 2010	BULL <w>	32
MP789927	06/06 - 2002		32

og eftersom ordene i ”engery” og ”drink” i appellants varemærke blot er beskrivende, skal vurderingen foretages mellem ”BULLDOG” og ”RED BULL” / ” BULL”.

Som det også blev påpeget i den oprindelige indsigelse, er ordet "BULL" det visuelle, fonetiske og konceptuelle præfiks af appellants varemærke, og uden tvivl den dominerende del heraf. Med tanke på at vurderingen af risikoen for forvekslelighed skal foretages ud fra, at forbrugerne sjældent har mulighed for at sammenligne varemærkerne side-om-side, men kun har det udviskede erindringsbillede at skelne varemærker i, er ordet "BULL" så stærkt tilknyttet indehaveren – især for energidrikke – at det er usandsynligt, at forbrugerne, når disse ser en energidrik med ordet "BULL" (med store bogstaver), ikke vil være i risiko for at forveksle produkternes oprindelse.

#### Ad 2.

Det er heller ikke korrekt, at når indehavers varemærker er velkendt, så skal der foretages en vurdering af risikoen for forvekslelighed. Indehaver henviser i den forbindelse til ovennævnte afsnit, Styrelsens afgørelser og den Europæiske praksis på området. Alle siger klart, at i tilfælde af velkendte varemærker, behøver indehaver blot at bevise, at det yngre varemærke er i stand til at etablere en forbindelse (link) til de(t) velkendte varemærker.

I Styrelsens afgørelse er det grundigt og præcist fremført, at lighederne mellem varemærkerne er tilstrækkelige til at skabe denne forbindelse (link), og ifølge indehaver og den oprindelige indsigelse, er lighederne også tilstrækkelige til at skabe en risiko for forveksling.

I den oprindelige indsigelse har indehaver desuden vist, at der i det mindste er så stor grad af lighed, og eftersom indehavers varemærker er velkendte og varerne er identiske, må det konkluderes, at selv med henvisning til varemærkelovens § 15, stk. 1, nr. 2, må appellantens ansøgning nægtes registrering.

#### **Ad a, b, d, e:**

Appellantens kommentarer i a, b, d og e er af så generel natur og helt ubegrundede og udokumenterede med enten retspraksis, markedsundersøgelser eller andre beviser, at de blot bør afvises som uden betydning.

Naturligvis vil indehaver ikke argumentere imod, at der inden for alkoholfrie drikkevarer, er en række producenter som konkurrerer om forbrugernes gunst. Dette er dog ikke et argument som styrker appellants sag, idet Styrelsen i sin afgørelse anførte en række forskellige producenter, som er i stand til at markedsføre deres produkter, selv med aggressive varemærker, uden at krænke hverken hinanden eller indehaver.

Indehaver vil dog til en hver tid hævde, at forbrugernes opmærksomhed på specifikke varemærker og mindre detaljer - inden for netop dette produktsegment – ikke er høj nok til at skelne mellem varemærkerne i dette konkrete tilfælde, og derfor – måske ved et uheld – køber appellants varer i stedet.

Under alle omstændigheder har appellanten simpelthen ikke fremlagt tilstrækkelige grunde til, at Ankenævnet skulle tage disse argumenter i betragtning.

#### **Ad c:**

Dette argument fremføres ofte i forbindelse med velkendte varemærker og teorien bag synes at være, at fordi det indsigende varemærke er ekstremt velkendt, vil forbrugerne genkende selv mindre ændringer af det, og derfor være klar over, at det yngre varemærke har en anden kommerciel oprindelse end den velkendte varemærke.

Et velkendt varemærke er dog imidlertid også beskyttet mod utilbørlig udnyttelse af omdømme og særpræg, herunder udvanding og tilsmudsning, og kommerciel oprindelse er kun en del af den beskyttelse, der omgiver et velkendt varemærke. Det er derfor uden betydning, om forbrugerne vil være i stand til at skelne oprindelsen af appellants produkter, som værende forskellig fra indehavers produkter, da sidstnævntes varemærker stadig udsættes for utilbørlig udnyttelse og skade på omdømme og den distinktive karakter, herunder udvanding og eventuelt tilsmudsning, hvis appellants produkter ikke opfylder de samme standarder som indehavers produkter.

#### **Ad 3.**

Af de ovenfor anførte grunde, og i betragtning af, at indehavers varemærker er ekstremt velkendte, bedes Ankenævnet se bort fra, at forbrugerne kan være i stand til at skelne mellem varemærkerne ved direkte sammenligning, men kun har det udviskede erindringsbillede at forholde sig til.

I appellantens tidligere kommentarer til sagen, har denne anført, at indehaver tidligere har tabt en lignende sag ved ankeinstansen hos OHIM, hvortil indehaver replicerede, at ankeinstansens afgørelse var forelagt Domstolen i første instans.

Afgørelsen i ovenstående sag forelå den 5. februar 2015 og viser klart, at den vurdering af forveksleligheden mellem varemærkerne, som også indehaver foretog i den oprindelige indsigelse, var korrekte, og at ankeinstansen hos OHIM begik en fejl ved at fastslå, at varemærkerne havde lav visuel og fonetiske lighed. Domstolen fandt desuden at varemærkerne havde en gennemsnitlig lighed på grund af det identiske præfiks.

Desuden konkluderede retten, at varemærkerne ikke var konceptuelt ens, fordi termen ”BULL” ikke ville blive forstået i mange EU-medlemslande og ville hedde noget andet på de respektive nationale sprog, hvilket ville betyde, at selv hvis termen ”BULLDOG” ville blive forstået, så ville ”BULL” ikke. Men selvom ”BULLDOG” vil kunne forstås i alle EU-medlemslande, så kan dette ikke bruges til at udelukke lighed mellem varemærkerne, idet ”disse varemærker ikke er blottet for en vis konceptuel lighed”, da både en bulldog og en tyr refererer til et dyr, som udstråler styrke – en muskulær styrke, som ofte bruges til at udtrykke sig aggressivt over for andre dyr eller mennesker, især når denne styrke udvises i kamp eller tyrefægtning. Ovenstående er præcis de samme argumenter som Styrelsen anvender i den påankede afgørelse og disse er nu også udtryk for gældenden Europæisk praksis.

Endelig skal det fremhæves, at Domstolen ligeledes konkluderede, at ankeinstansen hos OHIM, i forbindelse med spørgsmålet om risikoen for forvekslelighed, ikke lagde tilstrækkelig vægt på identiteten mellem varerne eller tog den gennemsnitlige lighed mellem varemærkerne i betragtning

Hele dommen er vedlagt som bilag B.

#### Konklusion:

I lyset af de overvældende beviser, samt flere afgørelser og brancheerklæringer, er der ingen grund til at betvivle, at indehavers varemærker er velkendte, og at Styrelsens afgørelse dermed er korrekt. Herudover er der, set i lyset af Rettens afgørelse, ingen grund til at betvivle, at appellants varemærke ikke er forveksleligt med indehavers varemærker.

Indehaver har ydermere intensivt og omfattende vist, at Styrelsens afgørelse er korrekt og derfor bør stadfæstes af Ankenævnet, uanset om Ankenævnet følger indehavers anmodning om afvisning på grund af ukorrekt anke eller som følge af indehavers argumenter.

Af de grunde som er fremført i den oprindelige indsigelse, samt i ovenstående, anmoder indehaver venligst Ankenævnet om at stadfæste Styrelsens afgørelse...”

Med brev af 20. april 2015 fremsendte Patent- og Varemærkestyrelsen følgende udtalelse:

”... Som svar på Ankenævnets brev af den 13. april 2015 skal styrelsen udtale følgende:

Klager har påstået styrelsens afgørelse af den 5. december 2014 omgjort, således at den angrebne registrering VR 2013 02024 registreres endeligt. Klager henviser i den forbindelse til, at det angrebne mærke ikke er forveksleligt med indsigers mærke, hvilket må anses som en reference til varemærkelovens § 15, stk. 1, nr. 2.

Styrelsen skal i den forbindelse påpege, at afgørelsen af den 5. december 2014 er afgjort efter varemærkelovens § 15, stk. 3, nr. 1 og § 15, stk. 4, nr. 1, idet styrelsen har fundet, at indsigers mærke er velkendt og at det angrebne mærke uden skellig grund kan medføre en utilbørlig skade på dette mærke. Styrelsen har således ikke særskilt taget stilling til om mærkerne er forvekslelige med henvisning til varemærkelovens § 15, stk. 1, nr. 2. Såfremt Ankenævnet finder, at indsigers mærker ikke er velkendte, så skal styrelsen henstille til, at sagen sendes tilbage til styrelsen således at styrelsen særskilt kan tage stilling til om mærkerne er forvekslelige efter varemærkelovens § 15, stk. 1, nr. 2.

Det skal bemærkes, at styrelsen fastholder, at indsigers mærker RED BULL på baggrund af det i sagen oplyste samt med henvisning til styrelsens tidligere stillingtagen til dette, må anses for utvivlsomt velkendte for ”energidrikke” i klasse 32.

På denne baggrund og med disse yderligere bemærkninger skal styrelsen følgelig fastholde afgørelsen af den 5. december 2015 og den under behandlingen fremførte argumentation og vurdering.

Styrelsen skal således henstille til Ankenævnet, at den trufne afgørelse stadfæstes...”

Brev af 13. maj 2015 fremsendte Patrade A/S på vegne indklagede, Red Bull GmbH, følgende til styrelsens udtalelse:

”... Jeg skal hermed på vegne af Red Bull GmbH meddele Ankenævnet, at Styrelsens høringssvar ikke giver anledning til kommentarer...”

Med brev af 20. maj 2015 fremsendte Budde Schou A/S på vegne klager, Bulldog Energy Drink Ltd., følgende til styrelsens udtalelse:

”... Jeg henviser til Ankenævnets skrivelse af 20. april 2015.

Min ordregiver har oplyst, at afgørelsen i den parallelle sag fra the General Court (Eighth Chamber) i sag T-78/13 er indbragt for the Court of Justice, jf. vedhæftede Acknowledgment of receipt af 5. maj 2015 fra domstolen.

På denne baggrund henstilles det, at behandlingen af den foreliggende sag sættes i bero på udfaldet af denne appelsag...”

Ankenævnets formandskab besluttede ikke at imødekomme henstillingen til at sætte sagen i bero, hvilket blev meddelt parterne i brev af 4. juni 2015.

*Udskriftens og fotokopiens rigtighed bekræftes.*

*Ankenævnet for Patenter og Varemærker, den 21. september 2015.*