



ØSTRE LANDSRET DOM

afsagt den 2. juli 2025

Sag BS-5730/2025-OLR
(10. afdeling)

Rigo Trading S.A.
(advokat Jens Jakob Bugge)

mod

Ankenævnet for Patenter og Varemærker
(advokat Maiken Toftgaard)

Sø- og Handelsretten har den 8. januar 2025 afsagt dom i 1. instans (sag BS-53836/2023-SHR).

Landsdommerne Malou Kragh Halling, Katja Høegh og Uffe Sørensen har deltaget i ankesagens afgørelse.

Påstande

Appellanten, Rigo Trading S.A. ("Rigo"), har gentaget sine påstande for Sø- og handelsretten om, at Ankenævnet for Patenter og Varemærker skal anerkende, at international varemærkeansøgning nr. MP1408424 skal føres til endelig registrering for konfekturvarer i klasse 30, således at Ankenævnet for Patenter og Varemærkers afgørelse i sag nr. AN 2022 00026 omgøres. Subsidiært skal varemærkeansøgningen hjemvises til fornyet behandling ved Ankenævnet for Patenter og Varemærker.

Rigo har – såfremt landsretten måtte finde, at domstolene ikke efter gældende dansk retspraksis har pligt til at foretage fuldstændig prøvelse af Ankenævnet for Patenter og Varemærkers afgørelse, og herunder finder, at der efter denne praksis ikke skal ske tilsidesættelse af nævnets afgørelse, idet den trufne afgø-

relse findes at ligge inden for grænserne for nævnets skøn – endvidere nedlagt påstand om, at landsretten skal stille præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen efter Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) artikel 267, stk. 3, om hvorvidt en national domstol som Østre Landsret i et tilfælde som det foreliggende har pligt til at foretage en fuldstændig prøvelse af, om betingelserne for registrering efter varemærkeloven og det til grund herfor liggende varemærkedirektiv er opfyldt.

Indstævnte, Ankenævnet for Patenter og Varemærker ("Ankenævnet"), har principalt påstået frifindelse, subsidiært at sagen skal hjemvises til fornyet behandling ved Ankenævnet for Patenter og Varemærker.

Ankenævnet har påstået, at der ikke skal ske præjudiciel forelæggelse.

Supplerende sagsfremstilling

Dansk Industri v/chefkonsulent Lars Zøfting-Larsen har i en erklæring af 12. januar 2021 anført:

"1. Indledning

Rigo Trading S.A.'s advokater har anmodet DI Fødevarer om at forholde sig til sit kendskab til



som i daglig tale kendes under navne som Guldbamsen, Bløde Bjørn, Barnsetter, Goldbears, Goldbaren eller blot vingummibamse (i det følgende *Guldbamsen*).

2. DI Fødevarer

DI Fødevarer er et branchefællesskab under DI, der også organiserer virksomheder inden for chokolade- og konfekturområdet i undersektionen Bageri, Konfektur og Cerealier (BKC).

Haribo Produktion A/S er medlem af DI Fødevarer og BKC. DI Fødevarer er bekendt med, at der mellem Haribo Produktion A/S (som står for produktion) og Rigo Trading S.A. (som ultimativt ejer Haribo) er en klar forbindelse.

3. DI Fødevarers kendskab til *Guldbamsen*

På baggrund af DI Fødevarers brancheindsigt samt kendskab til *Guldbamsen* erklærer vi følgende:

Guldbamsen er en vingummi, som er formet som en bjørn. Produktet er rettet mod de fleste forbrugere, bortset fra børn i alderen 0-2 år. Den relevante kundekreds består af gennemsnitsforbrugeren, som er en almindelig dansker, som er oplyst, rimelig opmærksom og velunderrettet.

Det er DI Fødevarers vurdering, at *Guldbamsen* ved sin lancering var original og adskilte sig i forhold til andre vingummiprodukter. Det er også DI Fødevarers vurdering, at den relevante kundekreds tidligt forbandt *Guldbamsen* med Haribo.

DI Fødevarer er bekendt med, at *Guldbamsen* af Haribo kontinuerligt er blevet anvendt som et kendetegn i Danmark for et konfekturprodukt (vingummi).

Efter DI Fødevarers opfattelse har *Guldbamsen* i en lang årrække haft en meget fremtrædende position på det danske marked for konfektur. Det er DI Fødevarers vurdering, at *Guldbamsen* har været et stærkt indarbejdet og meget velkendt kendetegn i Danmark for et konfekturprodukt (vingummi), som er blevet forbundet - og fortsat forbindes - med Haribo, herunder den 16. maj 2018, hvor Rigo Trading S.A. indleverede en varemærkeansøgning omfattende Danmark.

Guldbamsen er vedvarende og intensivt blevet markedsført af Haribo i mange årtier. *Guldbamsen* fandtes- og findes stadig - i stort set enhver kiosk, på enhver tankstation og i ethvert supermarked i Danmark. Hertil kommer utallige reklamer i aviser, magasiner, biografer, o.l. gennem flere årtier. Markedsføringen har bidraget til, at *Guldbamsen* for flere årtier siden blev en sværvægter i konfekturbranchen og opnåede status som en klassiker. I dag er *Guldbamsen* fortsat blandt de mest populære konfektur- og slikprodukter i Danmark.

Guldbamsen er blevet - og bliver fortsat - solgt i en cellofanpose, hvis midterste del er transparent, således den relevante kundekreds kunne - og fortsat kan - se *Guldbamserne*, som er inde i posen:



Den gule bjørn - som er og opfattes som en klar reference til *Guldbamsen* - bruges desuden som et centralt og iøjnefaldende kendetegn på cellofanposen og som et gennemgående kendetegn for Haribo-koncernen:



Guldbamsen blev - og bliver fortsat - solgt i kiosker, supermarkeder og lignende steder som bland-selv-slik, hvor *Guldbamsen* ligeledes fortsat kan ses via transparente montre og displays. Det er vores vurdering, at den relevante kundekreds i den forbindelse ikke er i tvivl om, at *Guldbamsen* stammer fra Haribo

Blev den relevante kundekreds således spurgt, hvad de tænker/tænkte på, når de så/ser *Guldbamsen*, eller hvem der stod/står bag *Guldbamsen*, er det DI Fødevarers opfattelse, at svaret i begge tilfælde i meget overvejende grad var og ville være Haribo.

Sammenfattende er det således DI Fødevarers opfattelse, at *Guldbamsen* igennem flere årtier og stadig den dag i dag i Danmark udgør et stærkt og velkendt kendetegn for et konfektprodukt (vingummi), som af den relevante kundekreds forbindes med Haribo."

Det fremgår af en erklæring af 13. januar 2021 afgivet af Mærkevareleverandørerne (MLDK) v/administrerende direktør Niels Jensen:

"Rigo Trading S.A.'s advokater har anmodet Mærkevareleverandørerne (MLDK) om at forholde sig til sit kendskab til



som i daglig tale kendes under navne som Guldbamsen, Bløde Bjørn, Barnsetter, Goldbears, Goldbaren eller blot vingummibamse (i det følgende *Guldbamsen*).

2. MLDK

MLDK er et kommercielt interessefællesskab for leverandører til dansk detail og Away from Home. Medlemmerne af MLDK tæller bl.a. Bisca, Carletti, Carlsberg, Dan Cake, DK KONFEKTURE, Dr. Oetker, Findus, Mars Danmark, Premier IS, Nestle, Orkla, Toms og Haribo.

MLDK er bekendt med, at der mellem Haribo og Rigo Trading S.A. (som ultimativt ejer Haribo) er en klar forbindelse.

3. MLDK's kendskab til *Guldbamsen*

På baggrund af MLDK's brancheindsigt samt kendskab til *Guldbamsen* erklærer vi følgende:

Guldbamsen er en vingummi, som er formet som en bjørn. Produktet er rettet mod de fleste forbrugere, bortset fra børn i alderen 0-2 år. Den relevante kundekreds består af gennemsnitsforbrugeren, som er en almindelig dansker, som er oplyst, rimelig opmærksom og velunderrettet.

Det er **MLDK**'s vurdering, at *Guldbamsen* i 1949, hvor *Guldbamsen* af Haribo blev introduceret i Danmark og i 1978, hvor *Guldbamsen* fik sin nuværende form, var original og adskilte sig væsentligt i forhold til andre konfekturprodukter og i særdeleshed i forhold til andre vingummiprodukter. Det er MLDK's vurdering, at den relevante kundekreds allerede få år efter introduktionen i Danmark i 1949 forbandt *Guldbamsen* med Haribo. Denne blev i 1978 ændret en smule. Det er MLDK's vurdering, at den relevante kundekreds også i 1978 forbandt den beskeden ændrede *Guldbamse* med Haribo.

MLDK er bekendt med, at *Guldbamsen* siden 1949 og 1978 (se ovenfor) af Haribo kontinuerligt er blevet anvendt som et kendetegn i Danmark for et konfekturprodukt (vingummi).

Efter MLDK's opfattelse har *Guldbamsen* (i de to meget nærliggende udgaver omtalt ovenfor) i ca. 70 år haft en meget dominerende position på det danske marked for konfektur. Det er MLDK's vurdering, at *Guldbamsen* i ca. 70 år på samme vis har været et stærkt indarbejdet og meget velkendt kendetegn i Danmark for et konfekturprodukt (vingummi), som utvetydigt er blevet forbundet - og fortsat forbindes - med Haribo, herunder den 16. maj 2018, hvor Rigo Trading indleverede en varemærkeansøgning omfattende Danmark.

Guldbamsen er vedvarende og intensivt blevet markedsført af Haribo i mange årtier. *Guldbamsen* fandtes - og findes stadig - i stort set enhver kiosk, på enhver tankstation og i ethvert supermarked i Danmark. Hertil kommer utallige reklamer i aviser, magasiner, biografer, o.l. gennem flere årtier. Markedsføringen har bidraget til, at *Guldbamsen* for flere årtier siden blev en sværvægter i konfekturbranchen og opnåede status som en klassiker. I dag er *Guldbamsen* fortsat blandt de mest populære konfektur- og slikprodukter i Danmark.

Guldbamsen er blevet - og bliver fortsat - solgt i en cellofanpose, hvis midterste del er transparent, således den relevante kundekreds kunne - og fortsat kan - se *Guldbamserne*, som er inde i posen:



Den gule bjørn - som er og opfattes som en klar reference til *Guldbamsen* - bruges desuden som et centralt og iøjnefaldende kendetegn på cellofanposen og som et gennemgående kendetegn for Haribo-koncernen:



Guldbamsen blev - og bliver fortsat - solgt i kiosker, supermarkeder og lignende steder som bland-selv-slik, hvor *Guldbamsen* ligeledes fortsat kan ses via transparente montre og displays. Det er vores vurdering, at den relevante kundekreds i den forbindelse ikke er i tvivl om, at *Guldbamsen* stammer fra Haribo

Blev den relevante kundekreds således spurgt, hvad de tænker/tænkte på, når de så/ser *Guldbamsen*, eller hvem der stod/står bag *Guldbamsen*, er det MLDK's opfattelse, at svaret i begge tilfælde enten udelukkende - eller i meget overvejende grad - var og ville være Haribo."

Sammenfattende er det således MLDK's opfattelse, at *Guldbamsen* igennem flere årtier og stadig i dag i Danmark udgør et meget stærkt og velkendt kendetegn for et konfektprodukt (vingummi), som af den relevante kundekreds forbindes med Haribo."

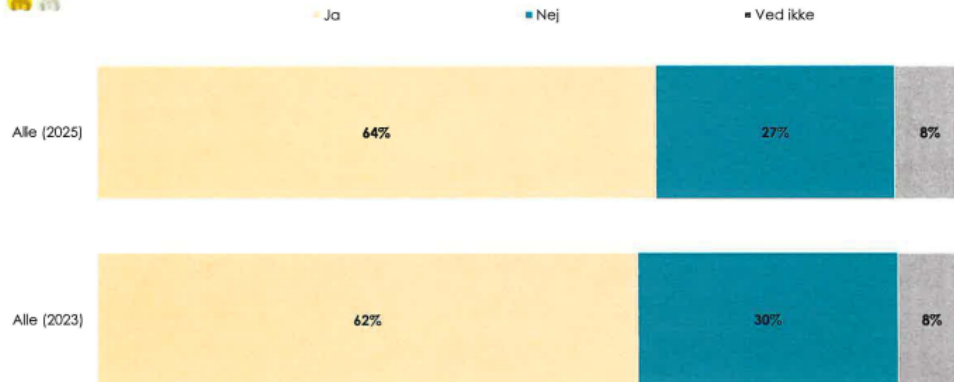
Der er for landsretten fremlagt en række udaterede fotos, angiveligt fra perioden 2011-2024, af butikskampagner og kampagner på sociale medier samt merchandise med vingummiproduktet, GULDBAMSEN.

Af en markedsundersøgelse af 21. februar 2025, som er udarbejdet af Verian Group for Rigo, fremgår bl.a.:

"

Verian om udseende af fødevareprodukt

Q1: Dette er et foto af et fødevareprodukt. Har du set et fødevareprodukt med dette udseende tidligere?

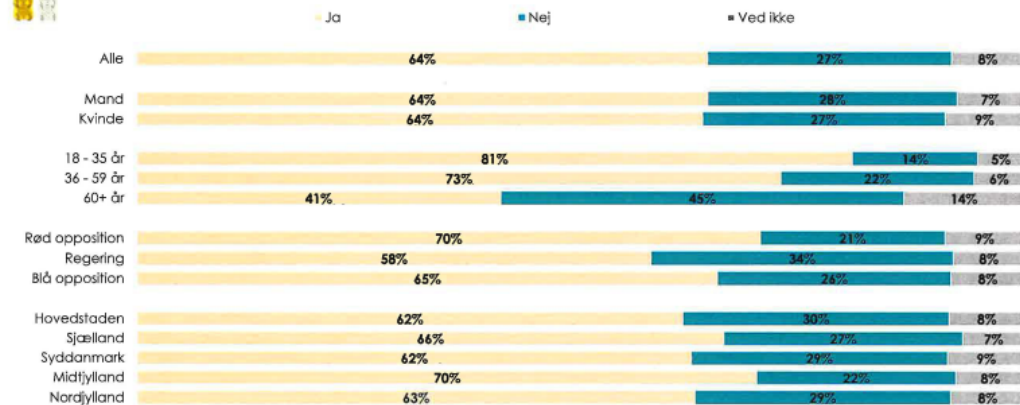


n = 1.549 Verian for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 13/12 – 19/02/ 2025 og er baseret på webinterview med 1.549 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

Verian |

Verian om udseende af fødevareprodukt

Q1: Dette er et foto af et fødevareprodukt. Har du set et fødevareprodukt med dette udseende tidligere?



n = 1.549 Verian for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 13/12 – 19/02/ 2025 og er baseret på webinterview med 1.549 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

Verian |

Verian om slikprodukts udformning

Q2: Når du ser et slikprodukt med denne udformning, hvilket af nedenstående udsagn stemmer så bedst overens med din opfattelse?



- Et produkt med dette udseende kommer fra et bestemt varemærke/virksomhed
- Et produkt med dette udseende kan komme fra mange forskellige varemærker/virksomheder
- Ved ikke



n = 1.549 Verian for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 13/12 – 19/02/ 2025 og er baseret på webinterview med 1.549 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

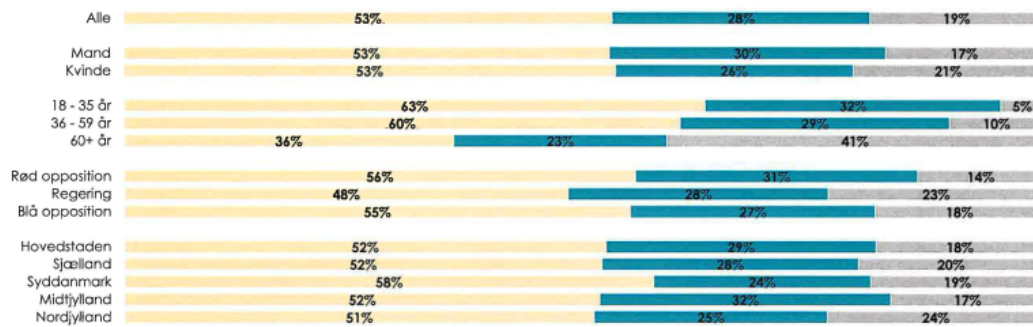
Verian |

Verian om slikprodukts udformning

Q2: Når du ser et slikprodukt med denne udformning, hvilket af nedenstående udsagn stemmer så bedst overens med din opfattelse?



- Et produkt med dette udseende kommer fra et bestemt varemærke/virksomhed
- Et produkt med dette udseende kan komme fra mange forskellige varemærker/virksomheder
- Ved ikke



n = 1.549 Verian for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 13/12 – 19/02/ 2025 og er baseret på webinterview med 1.549 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

Verian |

...

Verian om binding mellem produkt og mærke/virksomhed

Q3: Hvilket mærke eller hvilken virksomhed kommer du til at tænke på, når du ser produktet?



Alle (2025)

Alle (2023)



960 (62%) har nævnt Haribo



969 (62%) har nævnt Haribo

n = 1.549 Verian for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 13/12 – 19/02/2025 og er baseret på webinterview med 1.549 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.
Verian |

”

Statistisk usikkerhed

De procenttal, der gengives i denne rapport, er behæftet med en vis usikkerhed, da vi ikke har spurgt hele populationen (befolkningen eller målgruppen), men kun et repræsentativt udvalg.

Usikkerheden kan angives med en 95% sikkerhedsgænse. Det betyder, at det sande procenttal (i hele populationen) med 95% sikkerhed ligger indenfor et givent interval. Dette interval afhænger af både basestørrelsen og procenttallet.

Tabellerne til højre viser basestørrelserne for undersøgelsen i denne rapport samt usikkerheden for en række forskellige basestørrelser og procenttal.

Et eksempel: Hvis basestørrelsen er 500, er usikkerheden for et resultat på 75% på +/-3,8 procentpoint – se markering i tabel til højre. Dvs. at resultatet i hele populationen med 95% sikkerhed ligger mellem 71,2% og 78,8%.

Basestørrelser i denne undersøgelse

	Basestørrelse
Alle	1.549
Mand	834
Kvinde	706
18-35 år	293
36-59 år	580
60 år +	676
Rød opposition	373
Regering	628
Blå opposition	260
Hovedstaden	486
Sjælland	236
Syddanmark	330
Midtjylland	332
Nordjylland	165

Usikkerhed (95%) i procentpoint for forskellige basestørrelser og procenttal

		Procenttal									
		5% + 95%	10% + 90%	15% + 85%	20% + 80%	25% + 75%	30% + 70%	35% + 65%	40% + 60%	45% + 55%	50%
Base-størrelse	50	6,0	8,3	9,9	11,1	12,0	12,7	13,2	13,6	13,8	13,9
	75	4,9	6,8	8,1	9,1	9,8	10,4	10,8	11,1	11,3	11,3
	100	4,3	5,9	7,0	7,8	8,5	8,9	9,3	9,6	9,8	9,8
	150	3,5	4,8	5,7	6,4	6,9	7,3	7,6	7,8	8,0	8,0
	200	3,0	4,2	4,9	5,5	6,0	6,4	6,6	6,8	6,9	6,9
	250	2,7	3,7	4,4	5,0	5,4	5,7	5,9	6,1	6,2	6,2
	300	2,5	3,4	4,0	4,5	4,9	5,2	5,4	5,5	5,6	5,7
	400	2,1	2,9	3,5	3,9	4,2	4,5	4,7	4,8	4,9	4,9
	500	1,9	2,6	3,1	3,5	3,8	4,0	4,2	4,3	4,4	4,4
	600	1,7	2,4	2,9	3,2	3,5	3,7	3,8	3,9	4,0	4,0
	700	1,6	2,2	2,7	3,0	3,2	3,4	3,5	3,6	3,7	3,7
	800	1,5	2,1	2,5	2,8	3,0	3,2	3,3	3,4	3,5	3,5
	900	1,4	2,0	2,3	2,6	2,8	3,0	3,1	3,2	3,3	3,3
	1.000	1,4	1,9	2,2	2,5	2,8	3,0	3,0	3,0	3,1	3,1
	1.200	1,2	1,7	2,0	2,3	2,5	2,6	2,7	2,8	2,8	2,8
	2.000	1,0	1,3	1,6	1,8	1,9	2,0	2,1	2,1	2,2	2,2
	2.500	0,9	1,2	1,4	1,6	1,7	1,8	1,9	1,9	2,0	2,0

”

Anbringender

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

Rigo Trading S.A. har yderligere gjort følgende gældende, som fremgår af selskabets sammenfattende processkrift af 9. juni 2025 (afsnitsnummerering og henvisninger til dom, ekstrakt og bilag udeladt):

”RiGO har med fremlæggelsen af den nye spørgeundersøgelse vedr. GULDBAMSEN og Karina Terkildsens forklaring for Sø- og Handelsretten yderligere dokumenteret, at GULDBAMSEN utvivlsomt udgør et indarbejdet varemærke, herunder på ansøgningstidspunktet

Det fremgår af spørgeundersøgelse af 21. februar 2025, der er lavet i fuldstændig overensstemmelse med den af bl.a. EU-Domstolen anerkendte ”tre-trins-metode” for vurdering af særpræg, at 53% af respondenterne ved forevisning af et foto af GULDBAMSEN tilkendegav, at dette er et produkt, der kommer fra et bestemt varemærke/virksomhed, mens 62% af respondenterne på det efterfølgende spørgsmål svarede, at de kom til at tænke på Haribo, når de så GULDBAMSEN.

Det gøres gældende, at denne spørgeundersøgelse yderligere understøtter, at GULDBAMSEN, herunder på tidspunktet for indgivelsen af varemærkeansøgningen, var og er et stærkt indarbejdet varemærke med en betydelig grad af særpræg. Dette understøttes yderligere af Karina Terkildsens forklaring. Ansøgningen skal også derfor føre til registrering.

Hjemvisning til Ankenævnet er meningsløs ift. vurdering af nye beviser, idet Ankenævnet allerede har taget stilling til disse

Ift. den nye spørgeundersøgelse fremlagt som bilag 49, tilkendegiver Ankenævnet i ankesvarskriftet, at hverken denne eller den tidligere spørgeundersøgelse dokumenterer oprindeligt særpræg, eller at særpræg er opnået via indarbejdelse.

Dette skal sammenholdes med, at Ankenævnets subsidiaire påstand lyder, at der skal ske hjemvisning til Ankenævnet i overensstemmelse med Sø- og Handelsrettens dom.

En hjemvisning, hvorefter Ankenævnet - i overensstemmelse med Sø- og Handelsrettens dom, jf. tillige dens præmisser vedrørende spørgeundersøgelsen og behovet for Ankenævnets vurdering heraf ift. spørgsmålet om indarbejdelse – skal foretage en fornyet vurdering, viser, at denne retsfølge er helt meningsløs og svaret givet på forhånd, idet Ankenævnet ifølge egne erklæringer *allerede har foretaget* den fornyede prøvelse i forbindelse med nærværende retssag.

Det understreger, at Østre Landsret også under disse omstændigheder er nødt til selv at vurdere bevisværdien af de fremlagte bilag, vidneforklaringer m.v. ift. spørgsmålet om indarbejdelse m.v.

Østre Landsret skal foretage en fuld prøvelse også af Ankenævnets skøn

RiGO har uddybet sin argumentation på dette punkt, idet det yderligere er fremhævet, at prøvelsesintensiteten af varemærkeansøgninger i EU skal være ens, hvilket følger af betragtning 10 til varemærkedirektivet, varemærkeforordningens artikel 123, stk. 1, EUDomstolens praksis, herunder C-348/04 (Boehringer II), præmis 51, jf. i øvrigt de grundlæggende principper i EU's Charter artikel 47.

Det kan i den forbindelse lægges til grund, at EU-Domstolen foretager en fuld prøvelse af varemærkemyndighedens afgørelser efter varemærkeforordningen, herunder den skønsmæssige vurdering, og pålægger Retten at gøre det samme, jf. fx C-328/18 og C-383/99 P (Proctor & Gamble). Det er i øvrigt i denne sammenhæng tilstrækkeligt, at EU-Domstolen de facto foretager en fuld prøvelse også af skønnet, hvis landsretten i øvrigt måtte være enig med Ankenævnet, jf. dennes ankeduplik s. 6 – hvad den ikke bør – at retten alene kunne men ikke skulle foretage en egen skønsmæssig vurdering.

EU-Domstolen har fastslået, at nationale domstole er forpligtet til at foretage en fuld prøvelse af myndighedernes afgørelser efter varemærkedirektivet, jf. C-334/22 (Audi), hvilket tillige følger af, at der sker fuldstændig prøvelse af administrative afgørelser i andre medlemslande, jf. bl.a. flere tyske højesteretsafgørelser fremlagt under sagen.

RiGO har krav på effektive retsmidler efter EU's Charter om grundlæggende rettigheder artikel 47, hvilket skal sammenholdes med TEU artikel 19, stk. 2 om medlemsstaternes pligt til at tilvejebringe den nødvendige adgang til domstolsprøvelse. Hvis Sø- og Handelsretten og Østre Landsret undlader at vurdere Ankenævnets skønsmæssige vurdering udover princippet om "sikkert grundlag", vil dette være i strid med førnævnte bestemmelser.

Dansk retspraksis ændrer ikke og kan ikke ændre den EU-retlige forpligtelse til fuld domstolsprøvelse, og hvis Østre Landsret måtte mene noget andet, er en præjudiciel forelæggelse påkrævet, idet der i så fald eksisterer tvivl om rækkevidden af domstolsprøvelsen på det indre marked.

Det bemærkes samtidig, at varemærkelovens § 13, tk. 1, nr. 2 og stk. 2 ikke kan karakteriseres som "vage skønsmæssige bestemmelser" i lyset af særligt EU-Domstolens omfattende og detaljerede praksis, hvorfor domstolene alene derfor ikke skal være tilbageholdende med en prøvelse af det forvaltningsmæssige skøn efter almindelig dansk forvaltningsret

Som en subsidieret mulighed kan Østre Landsret hjemvise sagen til fornyet behandling ved Sø- og Handelsretten, da dommen er behæftet med retlige fejl, idet retten alene har forholdt sig til, om der var et sikkert grundlag for at tilsidesætte Ankenævnets skønsmæssige vurdering."

Ankenævnet har yderligere gjort følgende gældende, som fremgår af nævnets påstandsdokument af 4. juni 2025 (henvisninger til ekstrakt, materialesamling og øvrige afsnit i påstandsdokumentet udeladt):

”RiGO har anført, at Wunderbaum-sagen ikke medfører, at Sø- og Handelsretten var berettiget til at foretage en begrænset og tilbageholdende prøvelse i denne sag. Ankenævnet gør gældende, at denne læsning af dommen ikke er korrekt, at Sø- og Handelsretten har forholdt sig indgående til Ankenævnets vurdering af mærkets særpræg og på den baggrund ikke fundet fornødent sikkert grundlag for at tilsidesætte denne, og at denne sag således er fuldt sammenlignelig med Wunderbaum-sagen.

Ankenævnet gør gældende, at danske domstole ikke er bundet af retspraksis fra andre EU-medlemsstater, og at en eventuel fuldstændig prøvelse af administrative afgørelser i andre medlemsstater, f.eks. Tyskland, ikke medfører, at også danske domstole skal foretage en fuldstændig prøvelse.

RiGO har gjort gældende, at EU-Domstolens dom af 4. marts 2020 i sag C-328/18 P, *Equivalenza Manufactory*, medfører en pligt for danske domstole til at foretage sin egen vurdering af de faktiske omstændigheder. Ankenævnet gør gældende, at hverken *Equivalenza Manufactory*-dommen eller andre domme eller retskilder fremlagt af RiGO understøtter påstanden om, at den danske retspraksis vedrørende prøvelse af Ankenævnets afgørelser er i strid med EU-retten.

Ankenævnet gør gældende, at den nye spørgeundersøgelse foretaget af Verian, som RiGO har fremlagt under ankesagen, ikke dokumenter, at GULDBAMSEN havde iboende særpræg, eller at GULDBAMSEN har opnået særpræg gennem brug. Spørgeundersøgelserne udgør ensidigt indhentede erklæringer, som bør tillægges lav bevismæssig værdi.

Ankenævnet gør gældende, at eksemplerne på butiks- og SOME-kampagner samt fotos af merchandise med GULDBAMSEN hverken dokumenterer, at GULDBAMSEN oprindeligt havde iboende særpræg, eller at GULDBAMSEN har opnået særpræg gennem brug.

Ankenævnet bemærker, at Sø- og Handelsretten hjemviste sagen til fornyet behandling hos Ankenævnet med henvisning til, at Ankenævnet ikke havde taget stilling til spørgeundersøgelsen af 2023. Ankenævnet har heller ikke taget stilling til spørgeundersøgelsen af 2025. Såfremt Østre Landsret på samme vis som Sø- og Handelsretten kommer frem til, at der under sagen er fremkommet nye oplysninger, der – i forhold til da sagen blev behandlet af Ankenævnet – giver anledning til tvivl om rigtigheden af Ankenævnets kendelse, bør sagen derfor hjemvises til fornyet behandling i Ankenævnet.

Ankenævnet gør gældende, at der ikke skal ske præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen. Der er ikke noget, ej heller EU-Domstolens præmisser i *Cilfit II*-sagen, som tilsiger, at det skulle være nødvendigt for Østre Landsret at forelægge præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen

i denne sag, idet der ikke er tvivl om forståelsen af EU-regler af betydning for landsrettens afgørelse af sagen.”

Retsgrundlag

I den ved varemærkeloven som affattet ved lov nr. 341 af 6. juni 1991 skete gennemførelse af Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker bibeholdt man i Danmark den hidtil gældende mulighed for at stifte varemærkeret ved brug, jf. gennemførselslovens § 3, stk. 1, nr. 2, jf. stk. 3. Muligheden for at stifte varemærker ved brug er opretholdt ved gennemførelsen af det efterfølgende varemærkedirektiv (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/95/EF af 22. oktober 2008 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker) og ved gennemførelsen det gældende varemærkedirektiv (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/2436 af 16. december 2015 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker), jf. nu gældende varemærkelovs § 3, stk. 1, nr. 3, jf. stk. 3.

Af forarbejderne til bestemmelserne om stiftelse ved brug fremgår af de almindelige bemærkninger (Folketingstidende 1958-59, tillæg A, Forslag til Varemærkelov, fremsat den 28. oktober 1958, s. 1071):

”Efter forslaget regler kan en varemærkeret stiftes såvel ved registrering som ved brug. Medens den gældende varemærkelov kun lader førstebrugers ret fremgå indirekte af loven, se § 10, smh. med § 4, stk. 2, ligestiller forslaget i de indledende paragraffer direkte varemærkerettens erhvervelse ved brug med rettens erhvervelse ved registrering, selv om der ikke ved brugen endnu har fundet en egentlig indarbejdelse sted...”

Af betænkning nr. 199/1958 vedrørende en ny dansk varemærkelov, s. 120, fremgår:

”...

I § 13, 2. stk., siges, at der ved bedømmelsen af, om et varemærke har fornødent særpræg, skal tages hensyn til alle foreliggende forhold, herunder særlig den tid og det omfang, hvori mærket har været anvendt. Reglen findes i den gældende varemærkelovs § 4 nr. 1 in fine, hvor det siges, at hensyn må tages til alle foreliggende forhold, særlig også varigheden af den brug, der måtte være gjort af mærket. I udkastet er der således ved siden af tiden peget på brugens omfang, idet en omfattende anvendelse af et i sig selv deskriptivt mærke ret hurtigt kan gøre dette til et egentligt varemærke. Gennem brug kan således meget enkle figurer, f.eks. en farvet prik, såvel som deskriptive ord, der gennem brug har fået sekundær betydning ved siden af det pågældende ords primære beskrivende indhold, anses for et egentligt varemærke. At mærket ikke altid behøver at have været anvendt så meget, at det er blevet indarbejdet, er påpeget i de almindelige motiver. Som regel må

brugen have fundet sted eller mærket være blevet kendt her i landet, men absolut nødvendigt er dette ikke.

Reglen gælder alle arter af varemærker og enhver form for deskriptivitet. Hvor det drejer sig om meget enkle figurer, stærkt deskriptive mærker og endnu mere, hvor det er rent generiske ord, der søges registreret, må der kræves en overbevisende dokumentation for, at distinktivitet er opnået.

...”

Ved lov nr. 1533 af 18. december 2018 om ændring af varemærkeloven mv. blev det nugældende varemærkedirektiv (EU) 2015/2436 af 16. december 2015 gennemført. I lovforslag nr. 49 af 3. oktober 2018 er anført følgende om varemærkelovens § 13, stk. 2, som blev indsat ved ændringsloven:

”Det foreslås i stk. 2, at et varemærke ikke må udelukkes fra registrering efter stk. 1, nr. 2-4, hvis det inden datoen for ansøgning om registrering, som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg.

Bestemmelsen, der gennemfører direktivets artikel 4, stk. 4, er en videreførelse af den gældende varemærkelovs § 13, stk. 3.

Efter den foreslåede bestemmelse kan et ansøgt varemærke, når dette skal afslås efter bestemmelserne i den foreslående nyaffattelse af § 13, stk. 1, nr. 2-4 om varemærker uden særpræg mv. alligevel accepteres til registrering, såfremt det af ansøgeren dokumenteres, at varemærket inden ansøgningsdatoen har fået fornødent særpræg. Et varemærke anses for at have opnået det fornødne særpræg, når det har været anvendt så længe og så intensivt, at mærket inden for vedkommende omsætningskreds her i landet er almindeligt kendt som kendetegn for indehaverens varer og tjenesteydelser.”

Landsrettens begrundelse og resultat

Anmodningen om præjudiciel forelæggelse

Landsretten skal ved prøvelsen af Ankenævnets afgørelse om at nægte at registrere Rigos tredimensionelle vingummibamse GULDBAMSEN som varemærke, jf. varemærkelovens § 2, nr. 1, som følge af manglende særpræg, jf. varemærkelovens § 13, stk. 1, nr. 2, og stk. 2, påse, om Ankenævnet ved sin afgørelsen følger de retningslinjer, der fremgår af retspraksis fra EU-Domstolen i navnlig de af Sø- og Handelsretten nævnte domme om fortolkningen af de til varemærkelovens § 13, stk. 1, nr. 2, og stk. 2, svarende bestemmelser i artikel 3 og artikel 4, stk. 4, jf. stk. 1, litra b, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/2436 af 16. december 2015 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (varemærkedirektivet) og de tilsvarende bestemmelser i artikel 4 og artikel 7, stk. 3, jf. stk. 1, litra b, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2017/1001 af 14. juni 2017 om EU-varemærker (varemærkeforordningen).

Efter landsrettens opfattelse fremgår det klart af retspraksis fra Domstolen, hvilke betingelser der skal være opfyldt, for at et varemærke kan anses for at have fornødent særpræg. Herefter, og da der efter landsrettens opfattelse ikke er nogen rimelig tvivl om forståelsen af Domstolens praksis eller om, hvorledes landsrettens prøvelse skal ske, er der ikke nødvendigt at foretage præjudiciel forelæggelse, jf. TEUF artikel 267, stk. 3.

Varemærkeretlig bedømmelse

Rigo har gjort gældende, at Rigo har en ved Haribo-koncernens brug stiftet varemærkeret til GULDBAMSEN, at denne varemærkeret er stiftet, længe før ansøgningen om registrering af varemærket blev indgivet, og at dette skulle have været taget i betragtning af Ankenævnet og ført til registrering af varemærket.

Ankenævnet har fastholdt, at det alene er forholdene på ansøgningstidspunktet, som skal tages i betragtning, og at GULDBAMSEN på det tidspunkt manglede særpræg, jf. varemærkelovens § 13, stk. 1, nr. 2, og stk. 2, og derfor ikke kunne registreres. Landsretten forstår Ankenævnets anbringender vedrørende de af Rigo for Ankenævnet påberåbte beviser og vedrørende de efterfølgende indhente markedsundersøgelser af 12. december 2023 og af 21. februar 2025 sådan, at Ankenævnet tillige gør gældende, at Rigo hverken for Ankenævnet eller efterfølgende har godtgjort, at Rigo på noget tidligere tidspunkt forud for ansøgningstidspunktet har stiftet en varemærkeret til GULDBAMSEN ved brug.

Som anført af Sø- og Handelsretten følger det af fast praksis fra Domstolen i bl.a. de forenede sager C-108/97 og C-109/97, Windsurfing Chiemsee, præmis 51 og 54, og de forenede sager C-217/13 og C-218/13, Oberbank m.fl., præmis 40 og 43, at der skal foretages en konkret undersøgelse og en samlet vurdering af de elementer, som kan godtgøre, at varemærket er blevet egnet til at identificere den pågældende vare som hidrørende fra en bestemt virksomhed, idet der herunder kan tages hensyn til varemærkets markedsandel, intensiteten, den geografiske udstrækning og varigheden af brugen af dette varemærke, størrelsen af de investeringer, som virksomheden har foretaget for at fremme varemærket, den andel af de relevante omsætningskredse, der identificerer produktet som hidrørende fra en bestemt virksomhed på grund af varemærket, samt erklæringer fra industri- og handelskamre eller andre faglige sammenslutninger.

Efter varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 1 og 3, kan et varemærke stiftes både ved registrering og brug. Har et mærke ikke fornødent særpræg ved ibrugtagningen, kan det stiftes ved indarbejdelse, jf. varemærkelovens § 3, stk. 3. Denne sidestilling af stiftelse ved registrering og stiftelse ved brug blev bibeholdt i dansk ret også efter gennemførelsen af varemærkedirektivet og varemærkeforordningen samt efterfølgende ændringer heraf. Herefter og efter den ovennævnte praksis fra Domstolen finder landsretten, at Ankenævnet ved behand-

lingen af Patent- og Varemærkestyrelsens afslag på Rigos ansøgning om registrering af varemærket skulle have foretaget en vurdering af, hvorvidt GULDBAMSEN besad fornødent særpræg på det tidspunkt, hvor den blev taget i brug/markedsført, og Rigo dermed havde opnået en varemærkeret, og hvis det ikke var tilfældet, om Rigo på ansøgningstidspunktet havde opnået en ved indarbejdelse etableret varemærkeret til GULDBAMSEN, samt om en sådan varemærkeret var fortabt eller på anden måde ophørt.

Landsretten lægger efter de foreliggende oplysninger til grund, at Haribo-koncernen siden 1949 vedvarende har markedsført og solgt den tredimensionelle vingummifigur, GULDBAMSEN, i Danmark, og at dette siden 1978 er sket i den form, hvori det tredimensionelle varemærke er søgt registreret af Rigo. Ifølge de af Rigo fremlagte brancheerklæringer fandtes der ikke tilsvarende produkter, da GULDBAMSEN blev bragt på det danske marked.

Landsretten finder, at selv hvis GULDBAMSEN ikke havde oprindeligt særpræg, må det efter brancheerklæringerne, det oplyste om Haribo-koncernens markedsføring og salg af GULDBAMSEN gennem tiden, omsætningstallene vedrørende GULDBAMSEN i 2010-2016, det oplyste om GULDBAMSENS markedsandel og det i øvrigt af Rigo for Ankenævnet påberåbte materiale lægges til grund, at GULDBAMSEN på et tidspunkt betydeligt før ansøgningstidspunktet havde opnået særpræg gennem indarbejdelse og dermed havde opnået varemærkeretlig beskyttelse ved brug, jf. varemærkelovens § 3, stk. 3.

At det forholder sig således, er yderligere bestyrket ved de af Rigo efterfølgende indhentede markedsundersøgelser fra Kantar Public af 12. december 2023 og fra Verian af 21. februar 2025, hvoraf fremgår navnlig, at en betydelig del af den relevante omsætningskreds på 62% i begge undersøgelser forbinder en afbildning af GULDBAMSEN med Haribo, og at 55% henholdsvis 53% af respondenterne ved forevisning af GULDBAMSEN angiver, at "et produkt med dette udseende kommer fra én bestemt virksomhed".

Det fremgår af Patent- og Varemærkestyrelsen indhentede markedsoplysninger og Zebra A/S' henvendelse til styrelsen af 10. december 2020, at der på ansøgningstidspunktet på det danske marked blev markedsført og solgt andre vingummibamseprodukter med en form og udseende, der ligner GULDBAMSEN. Det er uoplyst, hvornår de pågældende vingummiprodukter er blevet bragt på det danske marked, og omfanget af salget af de pågældende produkter er heller ikke oplyst.

Efter ordlyden af varemærkelovens § 26, stk. 1, nr. 1, – der efter stk. 2 tillige finder anvendelse på varemærker stiftet ved brug – om fortabelse af varemærker, der som følge af indehaverens virksomhed eller passivitet er blevet til en almindelig betegnelse inden for handelen for en vare eller tjenesteydelse, der er

omfattet af varemærket, synes bestemmelsen ikke at kunne finde anvendelse, når der som her er tale om tredimensionelle varemærker. Dette støttes af de hertil svarende bestemmelser i varemærkedirektivets artikel 20, litra a, og varemærkeforordningens artikel 58, stk. 1, litra b, samt de af Rigo påberåbte Trademark Guidelines fra Den Europæiske Varemærkemyndighed (EUIPO) og den påberåbte praksis fra EUIPO's Cancellation Division i afgørelser af 21. november 2019 i sag 15403 C og af 19392 C (begge angående Freixenet-flasken) og afgørelse af oktober 2022 i sag C 48 787, Eckes-Granini. Domstolen ses dog ikke at have taget stilling hertil. Selv hvis bestemmelsen måtte finde anvendelse på tredimensionelle mærker, giver de foreliggende oplysninger om andre vingummibamseprodukter efter landsrettens opfattelse imidlertid ikke fornødent grundlag for at anse den ved brug stiftede varemærkeret til GULDBAMSEN for ophørt.

På baggrund af ovenstående finder landsretten det godtgjort, at betingelsen om særpræg i varemærkelovens § 13, stk. 1, nr. 2, var opfyldt for GULDBAMSEN på ansøgningstidspunktet, og at Rigos internationale varemærkeansøgning nr. MP1408424 vedrørende det tredimensionelle varemærke GULDBAMSEN dermed ikke skulle have været nægtet registrering for konfekturvarer i klasse 30.

Rigos principale påstand tages herefter til følge.

Efter sagens udfald skal Ankenævnet i sagsomkostninger for begge retter betale 126.500 kr. til Rigo, hvoraf 125.000 kr. er til dækning af udgifter til advokatbi-stand ekskl. moms og 1.500 kr. til retsafgift. Der er ved fastsættelsen af beløbet til advokat taget hensyn til sagens betydning, karakter og omfang.

THI KENDES FOR RET:

Sø- og Handelsrettens dom ændres således, at Ankenævnet for Patenter og Varemærker skal anerkende, at international varemærkeansøgning nr. MP1408424 skal føres til endelig registrering for konfekturvarer i klasse 30, således at Ankenævnet for Patenter og Varemærkers afgørelse i sag nr. AN 2022 00026 omgøres.

I sagsomkostninger for begge retter skal Ankenævnet for Patenter og Varemærker inden 14 dage betale 126.500 kr. til Rigo Trading S.A. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.