



ØSTRE LANDSRET
DOM
afsagt den 11. juli 2022

Sag BS-19068/2020-OLR
(10. afdeling)

Orkla Confectionery & Snacks Danmark A/S
(advokat Anders Valentin)

mod

Estrella ApS

og

Intersnack Knabber-Gebäck GmbH & Co. KG
(med hvem Pellsnack Products GmbH er fusioneret
efter sagsanlægget)

og

(alle v/advokat Frank Henrik Børresen Jørgensen)

og

Ankenævnet for Patenter og Varemærker
(advokat Sanne H. Christensen)

Sø- og Handelsretten har den 27. april 2020 afsagt dom i 1. instans (sag BS-17352/2018-SHR).

Landsdommerne Katja Høegh, Malou Kragh Halling og Julie Arnth Jørgensen samt de sagkyndige dommere Claus Elmeros og Henrik Jeppesen har deltaget i ankesagens afgørelse.

Påstande

Appellanten, Orkla Confectionery & Snacks Danmark A/S ("Orkla"), har gentaget sine påstande for Sø- og Handelsretten:

Overfor Ankenævnet for Patenter og Varemærker:

Principalt: Ankenævnet for Patenter og Varemærker tilpligtes at anerkende, at foreløbig varemærkeregistrering VR 2015 00323 skal registreres endeligt for de ansøgte varer i klasse 29.

Subsidiært: Hjemvisning til Ankenævnet for Patenter og Varemærker.

Overfor Intersnack Knabber-Gebäck GmbH & Co. KG og Estrella ApS:

Intersnack Knabber-Gebäck GmbH & Co. KG og Estrella ApS tilpligtes at anerkende, at Orkla har varemærkeretten til det tredimensionelle mærke afbildet i bilag 12.

Overfor Intersnack Knabber-Gebäck GmbH & Co. KG og Estrella ApS' påstand har Orkla nedlagt påstand om frifindelse.

Indstævnte, Ankenævnet for Patenter og Varemærker ("Ankenævnet"), og de indstævnte, Intersnack Knabber-Gebäck GmbH & Co. KG og Estrella ApS (samlet "Intersnack"), har påstået Orklas principale påstand afvist og i øvrigt stadfæstelse af det om de af Orkla nedlagte påstande over for Ankenævnet og Intersnack bestemte.

Intersnack har herudover nedlagt følgende selvstændige påstande over for Orkla:

- 1) Orkla skal anerkende, at det midlertidigt registrerede mærke VR 2015 00323 er ophævet med rette.
- 2) Orkla skal anerkende, at det midlertidigt registrerede mærke VR 2015 00323 skal ophæves.

Anmodning om præjudiciel forelæggelse

Orkla anmodede ved meddelelse af 21. januar 2021 og processkrift af 26. marts 2021 om, at der stilles præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen. Orkla har foreslået, at der stilles følgende spørgsmål:

- ”1a) Skal varemærkedirektivets artikel 4, stk. 1, litra e), fortolkes således, at varemærkemyndigheden i forbindelse med vurderingen af, om der foreligger en registreringshindring efter den pågældende bestemmelse, ved identifikationen af tegnets væsentlige kendetegn, har pligt til at inddrage gennemsnitsforbrugerens opfattelse eller det forhold, at tegnet gennem indarbejdelse har opnået særpræg, hvis der består en formodning for, at tegnet opfylder kravet om særpræg på baggrund af indarbejdelse?
- 1b) Under forhold som nævnt under 1a), vil svaret da være det samme, hvis formodningen for, at tegnet opfylder kravet om særpræg på baggrund af indarbejdelse, skyldes, at varemærkemyndigheden har vurderet, at tegnet opfylder kravet om særpræg gennem indarbejdelse, og hvor varemærkemyndigheden ikke efterfølgende har ændret sin vurdering af, at tegnet er indarbejdet som varemærke?
- 1c) Såfremt spørgsmål 1a) eller 1b) besvares benægtende, har varemærkemyndigheden da under forhold som nævnt under 1a) eller 1b) pligt til at vurdere, om der er grundlag for at inddrage gennemsnitsforbrugerens opfattelse?
- 2) Såfremt varemærkemyndigheden inddrager gennemsnitsforbrugerens opfattelse i forbindelse med identifikationen af et tegns væsentlige kendetegn efter varemærkedirektivets artikel 4, stk. 1, litra e), indebærer dette så, at varemærkemyndigheden skal foretage en vurdering af, hvordan gennemsnitsforbrugeren vil opfatte det tegn, som der ansøges om registrering for? Dette spørgsmål 2) sigter særligt til en besvarelse af, om begrebet ”gennemsnitsforbrugerens opfattelse” skal forstås på den måde, at begrebet vedrører de visuelle elementer ved et tegn, som gennemsnitsforbrugeren vil identificere eller lægge vægt på, eller om begrebet i stedet eller tillige vedrører andre egenskaber, der forbindes med det produkt, som

det tredimensionelle tegn gengiver, men som ikke kan identificeres visuelt.

- 3a) Såfremt varemærkemyndigheden tidligere i sagsforløbet har vurderet, at det ansøgte tegn opfylder kravet om særpræg gennem indarbejdelse, og hvis denne vurdering ikke efterfølgende er ændret af varemærkemyndigheden, indebærer dette da i sig selv, at der består en opfattelse hos gennemsnitsforbrugeren, som er et relevant bedømmelseskriterium ved identifikationen af et tegns væsentlige kendetegn i forbindelse med vurderingen af, om en af registreringshindringerne i varemærkedirektivets artikel 4, stk. 1, litra e) foreligger?
- 3b) Hvis svaret på spørgsmål 3a) er benægtende, skal begrebet "gennemsnitsforbrugeren opfattelse" i forbindelse med identifikationen af et tegns væsentlige kendetegn efter varemærkedirektivets artikel 4, stk. 1, litra e), da forstås på den måde, at begrebet svarer til begrebet "gennemsnitsforbrugeren opfattelse" ved vurderingen af, om et tegn opfylder kravet om særpræg på baggrund af indarbejdelse efter varemærkedirektivets artikel 4, stk. 4?
- 4a) Skal et tegns væsentlige kendetegn i medfør af varemærkedirektivets artikel 4, stk. 1, litra e) identificeres, før varemærkemyndigheden undersøger, om en af registreringshindringerne/ ugyltighedsgrundene i artikel 4, stk. 1, litra e), pkt. i)-iii) finder anvendelse?
- 4b) Kan der ved identifikationen af et tegns væsentlige kendetegn efter varemærkedirektivets artikel 4, stk. 1, litra e), lægges vægt på, eller kan det inddrages som et relevant bedømmelseskriterium, at ét eller flere kendetegn ved det ansøgte tegn ikke har teknisk funktion efter varemærkedirektivets artikel 4, stk. 1, litra e), pkt. ii)?
- 5) Skal der ved identifikationen af et tredimensionelt tegns væsentlige kendetegn i forbindelse med vurderingen efter varemærkedirektivets artikel 4, stk. 1, litra e), udelukkende foretages en visuel/grafisk vurdering af det pågældende tredimensionelle tegns form, eller kan der lægges vægt på forhold, der ikke har noget at gøre med det tredimensionelle tegns udformning?

- 6) Kan der ved identifikationen af et tredimensionelt tegns væsentlige kendetegn i forbindelse med vurderingen efter varemærkedirektivets artikel 4, stk. 1, litra e) lægges vægt på, hvilke kvalitative egenskaber gennemsnitsforbrugeren efterspørger i forbindelse med det produkt, som det tredimensionelle gengiver, herunder smag og konsistens?
- 7) Er geometriske grundformer per se udelukket fra at udgøre et væsentligt kendetegn i forbindelse med vurderingen efter varemærkedirektivets artikel 4, stk. 1, litra e)?"

Intersnack og Ankenævnet nedlagde ved processkrifter af 16. henholdsvis 25. februar 2021 påstand om, at Orklas påstand om præjudiciel forelæggelse ikke tages til følge.

Landsretten traf ved retsbog af 21. april 2021 følgende afgørelse:

Landsretten bemærker, at EU-Domstolen har udtalt sig om forståelsen af varemærkedirektivets artikel 4 i navnlig dommene i sag C-205/13 (Tripp Trapp), sag C-48/09 (Lego), C-299/99 (Philips) og C-215/14 (Kit Kat).

Henset hertil og til det nedenfor nævnte udestående spørgsmål om syn og skøn henskydes en stillingtagen til, om der skal ske forelæggelse for EU-Domstolen til hovedforhandlingen. Landsretten vil herved kunne træffe bestemmelse om at stille præjudicielle spørgsmål, hvis landsretten, når sagen optages til afgørelse, finder, at det er nødvendigt at få besvaret spørgsmål om forståelsen af varemærkedirektivet, før der afsiges dom i sagen."

Parterne har i forbindelse med hovedforhandlingen gentaget deres påstande vedrørende spørgsmålet om præjudiciel forelæggelse.

Supplerende sagsfremstilling

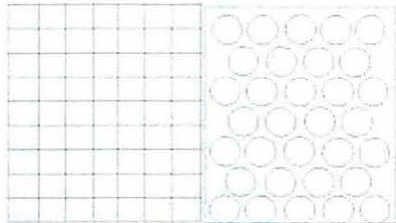
Tekniske erklæringer

Af teknisk erklæring af 26. oktober 2017 udarbejdet af Rolf Nilges, Intersnacks produktionsafdeling, fremgår bl.a.:

"1.Square Shape

This shape ensures that the product can be produced in the most efficient way.

The product is cut from a continuous sheet of dough. With other shapes like round, oval or any figurative shape, which is not interlocking, not the whole sheet can be used, but a part of dough remains, which has to be added back into the sheeting process, called addback. This addback reduces the capacity of the production line and therefore the efficiency of the manufacturing process and is therefore not desired.



Moreover the crinkles give further basis for the binding of flavor, and adds crispness to the product. Furthermore, the square crinkled shape and consequently the end pieces/edges give further firmness/structure to the product so that the product may be used as for example a "dip chip", meaning that the product is not likely to break if it is used to scrape dip from e.g. a bowl or the like - the same would not apply to e.g. a triangular shape, with a different form and less break-resistant structure than the square shape.

2. Crinkled shape expression

The crinkled shape of the product is technically designed to allow a bigger surface area at the same basic footprint area of the product. This will provide firstly a larger area for the flavour/seasoning to stick to the product surface and secondly in the valleys of the crinkles the seasoning is better protected against being rubbed off, so that more seasoning stays on the product, which gives in total a higher taste intensity. The crinkles also lead to a better crunchiness of the product compared to a non-crinkled, flat product.

3. Wavy shape expression

The product gets its wavy shape during the frying process, when the product expands unevenly in the fryer, because not all parts of the product receive the same amount of temperature at any time and the edges of the product expand faster than the middle part of the product, which leads to a certain tension, which results in an overall wavy result.

4. Thickness

The thickness is a design element, which leads to the desired texture and crunchiness and to the desired low level of breakage by being not too thin. On the other side a too thick product would be not really crunchy but rather unpleasantly hard.

5. Colour

The yellowish, golden-brown colour is caused by the potato ingredients used in the product and by the temperature at frying, which leads to a roasting/browning effect."

Lone Andersen, Orklas innovationschef, og Morten Vinther, produktionsudviklingstekniker, har den 24. juni 2019 fremsat følgende bemærkninger til Rolf Nilges erklæring:

"Punkt 1 - Square shape:

Nilges beskriver forskellen mellem runde og firkantede pellets ud fra en forudsætning om, at de begge er produceret ved samme metode, "sheeting", altså at pellets stanses ud på et stort stykke udrullet dej.

Det er - hvad Intersnack som vores tidligere leverandør af pellets jo godt ved - bare ikke den produktionsteknik, der anvendes til fremstilling af de firkantede pellets til KiM's Snack Chips. De er nemlig ikke sheetede, men "die cut", dvs en forbehandlet dej (som har været varmebehandlet og har passeret gennem en "extruder") presses ud gennem et ende-stykke med et antal studser, som giver den ønskede profil på pellets, hvorefter dejstrimlerne afskæres i de ønskede størrelser.

Valget af produktionsteknik kan godt give anledning til en forskel i tekstur, blandt andet i forhold til, om der anvendes "add-back" (eller genanvendelse) af dejen, såfremt der sker en fraskæring ved udstansning. Dejen til det sheetede produkt skal typisk være mere elastisk end dejen til die-cut for at kunne tåle træk og udstansning senere i processen. Mere elasticitet kan opnås via recept og proces.

Der kan både for sheetede og for die-cut produkter laves flere forskellige former. Fx kan sheetede produkter laves runde og ovale (ved fraskæring) eller fx ottekantede, trekantede eller firkantede (uden fraskæring), mens die-cut pellets fx kan være kvadratiske, rektangulære, romber eller rørformede.

Nilges skriver også, at han mener, at den firkantede og rillede facon giver "further firmness/structure to the product". Vi er ikke helt sikre på, hvordan det nærmere skal forstås.

Det er muligt, at det forhold, at et produkt er enten bølget eller rillet, på grund af det større overfladeareal ved stegning kan betyde noget for sprødheden, men vi ved det ikke - og bølger og riller kan under alle omstændigheder udformes på utallige måder.

Hvorfor den firkantede facon skulle have betydning for slutproduktets fasthed eller tekstur forklarer Nilges ikke. Vi forstår ikke lige det synspunkt, og det har vi heller ikke selv erfaring for skulle være tilfældet.

De afgørende parametre for hårdheden/fastheden af de færdige produkter er efter vores erfaring klart

- Den anvendte opskrift eller "recept" på dejen, herunder især mængden af kartoffelgranulat; og
- Graden af kogning og forarbejdning af dejen i ekstruderen (jo mindre dejen koges/bearbejdes, desto hårdere bliver det færdige produkt efter stegning)

Tykkelsen på det færdige emne har selvfølgelig også en betydning.

Vi har for at prøve at opklare, om faconen faktisk kunne have en indvirkning på hårdhed/fasthed af de færdige chips foretaget en række målinger på en ældre TA-TX 2 Texture Analyzer (Stable Micro Systems), som vi råder over i Sønderød (målinger vedhæftet).

Resultaterne viser, at der faktisk er et vist udsving i hårdhed /brudstyrke mellem de enkelte emner i en pose snacks. Det gælder både for vores egne KiM's Snack Chips og for Taffel SuperSnacks. Omvendt er middelværdien for den kraft, der skal til, for at snacks'ne knækker, ikke markant forskellige for de to produkter. Om noget skal der en lidt højere kraft til for at knække Taffel SuperSnacks end for at knække KiM's Snack Chips.

Punkt 2 - Crinkled shape expression:

Bolgede eller rillede snacks har i forhold til plane snacks et større overfladeareal (uanset om de er die-cut eller sheetede). Derfor vil der også være plads til, at der kan bindes mere krydderi. Hvordan bølgerne/rillerne nærmere ser ud, er imidlertid efter vores opfattelse ikke afgørende.

Som nævnt under punkt 1 kan vi ikke afvise, at bølger eller riller også kan have en betydning for sprødhed, som Nilges skriver. Vi kan dog heller ikke påvise, at det skulle være tilfældet.

Punkt 3 - Wavy shape expression:

Vi forstar Nilges' udtryk "wavy shape" som et udtryk for den krumme facon på KiM's Snack Chips, og vi er ikke - for så vidt KiM's Snack Chips - enige i beskrivelsen af, hvordan krumningen opstår.

De pellets, som vi anvender til KiM's Snack Chips, får sin krumme form allerede i forbindelse med formning og tørring af pellets. Og den ønskede/tilladte grad af krumning er en blandt flere parametre i den specifikation af produktet, som Orkla stiller over for leverandører.

Nar vores die-cut pellets under stegning ekspanderer i den varme olie, ekspanderer de typisk i den form, de allerede har fået under produktionen af pellets og "krøller" normalt ikke meget mere op.

Punkt 4 - Thickness:

Vi er enige med Nilges i, at tykkelsen på et snack produkt har betydning for slutproduktets hårdhed eller brudstyrke.

Tykkelsen på de forskellige pellets skal endvidere være den samme, for at der ikke opstår for store udfordringer i forhold til at opnå en ensartet stegning og tekstur."

Yderligere undersøgelser mv.

Intersnack har for landsretten fremlagt blandt andet:

- rapport om "analyse af Oste-Chips" udarbejdet af Epinion for Estrella i maj 2015,
- rapport om "Taffel Lentil Chips and Cornado Follow Up", udarbejdet af Nepa i januar 2019
- et antal udaterede afbildninger af blandt andet "Taffel Flæskesvær"-emballage og
- mail af 22. januar 2021 fra Erna og Arne Nielsen til Torben Juul Andersen om brug af blandt andet "Bacon Snacks pellets" og brochuremateriale herom.

Syn og skøn

Der har efter anmodning fra Orkla under anken været foretaget syn og skøn i form af en markedsundersøgelse (GallupForum webinterview) ved skønsmand, Camilla Kann Fjeldsøe, Senior Client Director, Head of Public Denmark, Kantar A/S. Skønsmanden har udarbejdet en rapport af januar 2022 og en revideret rapport af februar 2022 om resultaterne.

Af den første rapport af januar 2022 fremgår:

"

KANTAR PUBLIC

Gallup Bus om Orkla vs Estella

Bugge Valentin

Camilla Kann Fjeldsøe
65670
Januar 2022



Metode og målgruppe



Metode:

Online i Kantar Gallups internet panel **GallupForum**.



Dataindsamling:

Data blev indsamlet via Gallup Bus #3 17/1- 24/1 2022.



Målgruppe:

Repræsentativt udvalgte **vælgere** landet over på **18 år eller derover**.



Antal interviews:

1.134 gennemførte online interviews.



Databehandling:

Datamaterialet er **vejet** efter køn, alder, region, uddannelse og partivalg ved FV19.



Kreditering:

Enhver offentliggørelse af resultater, der stammer fra denne undersøgelse, skal være anført følgende kildeangivelse.

© Kantar Public for Bugge Valentin

Contents

1	Læseguide	4
2	Sammenligning (Total)	7
3	Sammenligning (Kun stort forbrug)	15
4	Firkantede chips	20
5	Runde chips	30
6	Trekantede chips	40

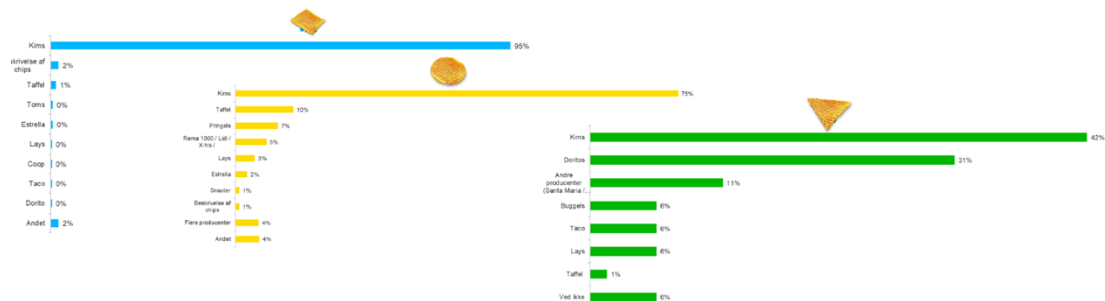
KANTAR PUBLIC

3

Sammenfatning

Den firkantede chip har en høj grad af genkendelse, især blandt respondenter med et stort forbrug af chips

Såvel uhjulpet som hjulpet (både med og uden svarkategorier) er det den firkantede form, der er iøjnefaldende. Og på spørgsmålet; **Hvilket mærke eller hvilken producent laver chips med den viste udformning?** Er respondenterne ikke i tvivl om, at det er Kims, når de ser den firkantede, den runde har også stor genkendelse mod Kims, mens tvivlen bliver lidt større med den trekantede, hvor der også forveksles med 'majschips'.

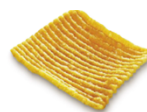


KANTAR PUBLIC

4

...

Læseguide



Firkantede chip



Runde chip



Trekantede chip

Stikprøven opdeles i 3 identiske samples:

- ❖ Sample 1 får: V1_1 - V1_6 (Firkantede Chip) + V2_1 - V2_6 (Runde Chip) + V4 og V5
- ❖ Sample 2 får: V2_1 - V2_6 (Runde Chip) + V1_1 - V1_6 (Firkantede Chip) + V4 og V5
- ❖ Sample 3 får: V3_1 - V3_6 (Trekantede Chip) + V1_1 - V1_6 (Firkantede Chip) + V4 og V5

Dermed vil alle 1.000 tage stilling til den originale firkantede chip og ca 600 vil tage stilling til den runde chip og ca 300 til den trekantede chip.

Desuden er der taget højde for rækkefølgen af de chips, de eksponeres for først. Sample 1 vises først den firkantede chip, sample 2 får vist den runde chip først, og sample 3 får vist den trekantede chip først.

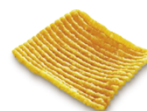
Ved hvert spørgsmål er der vist et billede af den chips, spørgsmålet handler om.

KANTAR PUBLIC

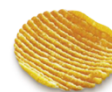
© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

6

Læseguide (Nedbrydninger)



Firkantede chip



Runde chip



Trekantede chip

I de forskellige grafer er der nedbrydninger opdelt således:

- ❖ **Total, Køn, Alder, Partivalg (Rød/blå blok) og Region**

Derudover er de nedbrudt på:

- ❖ Dem, der i V4: "Hvor ofte køber du chips af en hvilken som helst type?" har svaret:
 - ❖ **Stort forbrug** (Dem, der i V4 har svaret: "Dagligt eller næsten dagligt", "Flere gange om ugen" eller "1-4 gange om måneden")
 - ❖ **Lidt forbrug** (Dem, der i V4 har svaret: "Mindre end en gang pr. måned" eller "Sjældent")
 - ❖ **Ingen forbrug** (Dem, der i V4 har svaret: "Aldrig" eller "Ved ikke")
- ❖ Dem, der i V5: "Hvilke af nedenstående chips-mærker køber du af og til?" har svaret:
 - ❖ **KiMs forbrugere** (Dem, der i V5 har svaret: "KiMs")
 - ❖ **Estrella forbrugere** (Dem, der i V5 har svaret: "Estrella")
- ❖ **Sample 1** (Firkant + Rund) // **Sample 2** (Rund + Firkant) // **Sample 3** (Trekant + Firkant)

KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

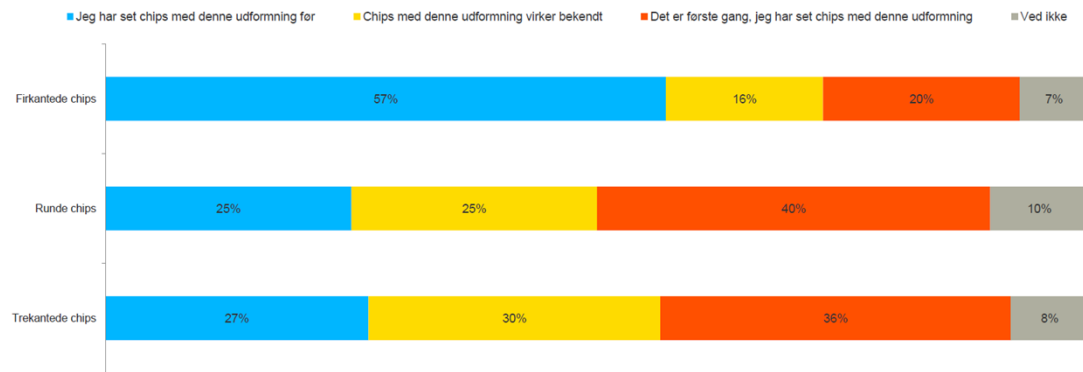
7

...

Gallup Bus om Orkla vs Estella

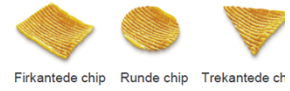


V1_2 + V2_2 + V3_2: Se grundigt på dette foto. Har du nogensinde set chips med den udformning som er vist her, eller er dette første gang, du ser chips med denne udformning? Totalen

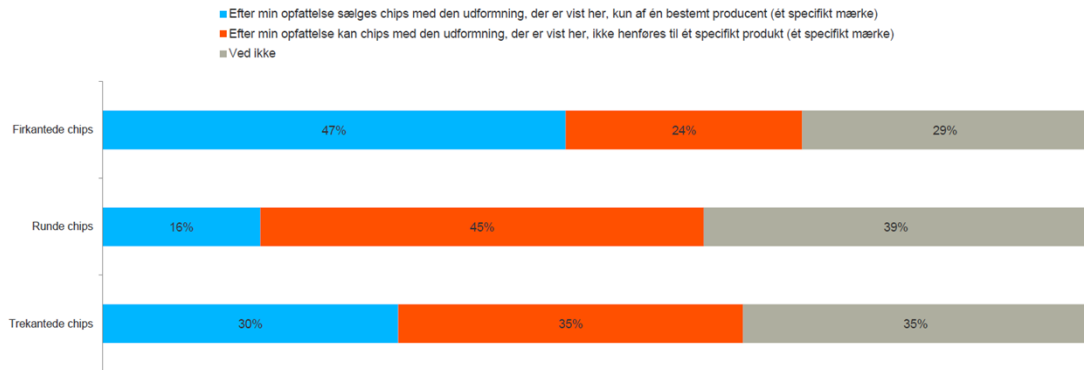


Gallup Bus om Orkla vs Estella

V1_3 + V2_3 + V3_3: Billedet viser et chips produkt lavet af kartofler. Hvilket af nedenstående udsagn passer bedst på din opfattelse? Totalen



Firkantede chip Runde chip Trekantede ch



KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

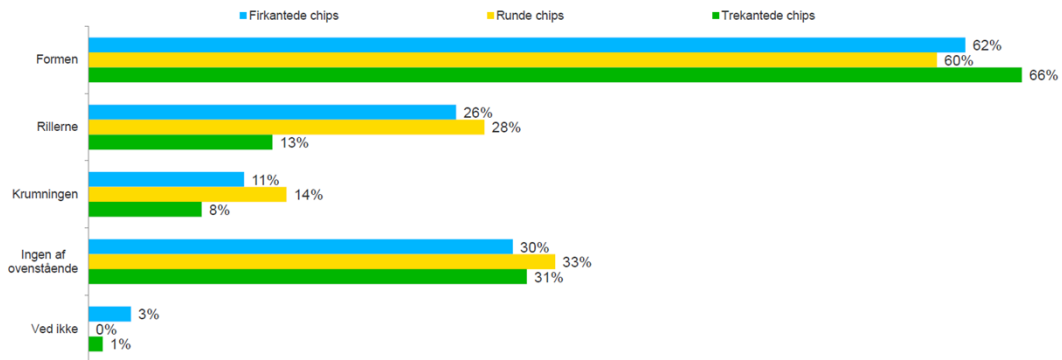
10

Gallup Bus om Orkla vs Estella

V1_5B + V2_5B + V3_5B: Hvordan vil du med dine egne ord beskrive udformningen af dette produkt? Notér (svar er blevet kodet)



Firkantede chip Runde chip Trekantede c



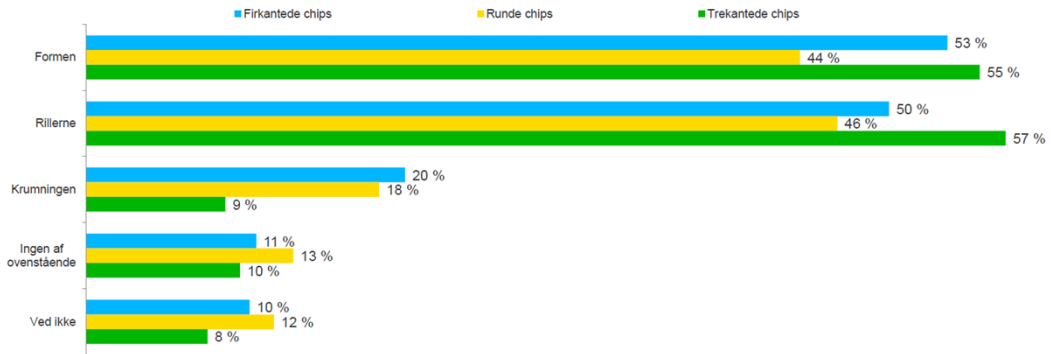
KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

11

Gallup Bus om Orkla vs Estella

V1_6 + V2_6 + V3_6: Er der ét eller flere af nedenstående elementer ved udformningen af dette produkt, som efter din opfattelse er iøjnefaldende? Mulighed for flere svar. Totalen



KANTAR PUBLIC

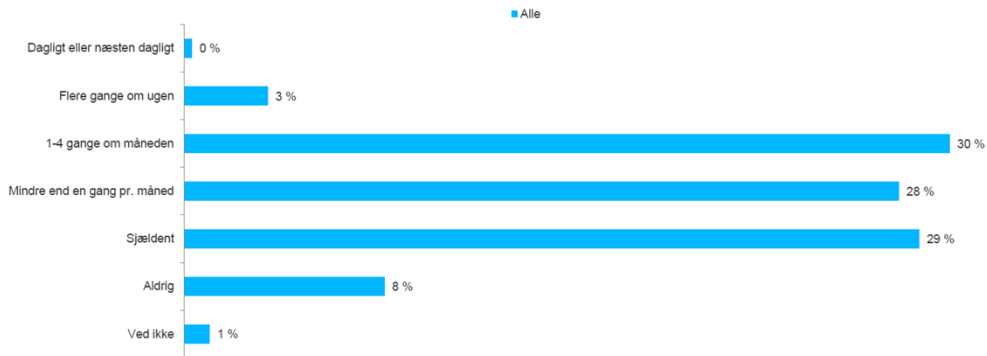
© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

12

Gallup Bus om Orkla vs Estella

V4_A: Hvor ofte køber du chips af en hvilken som helst type?

n: 1.134



KANTAR PUBLIC

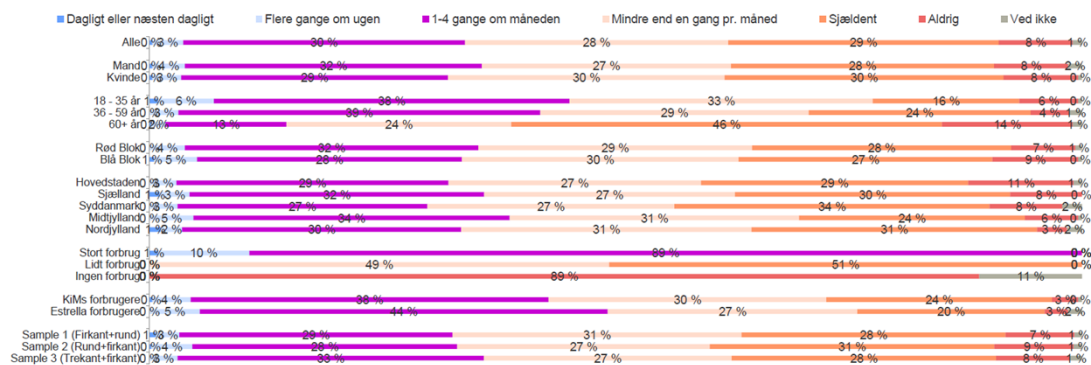
© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

13

Gallup Bus om Orkla vs Estella

V4_B: Hvor ofte køber du chips af en hvilken som helst type?

n: 1.134



KANTAR PUBLIC

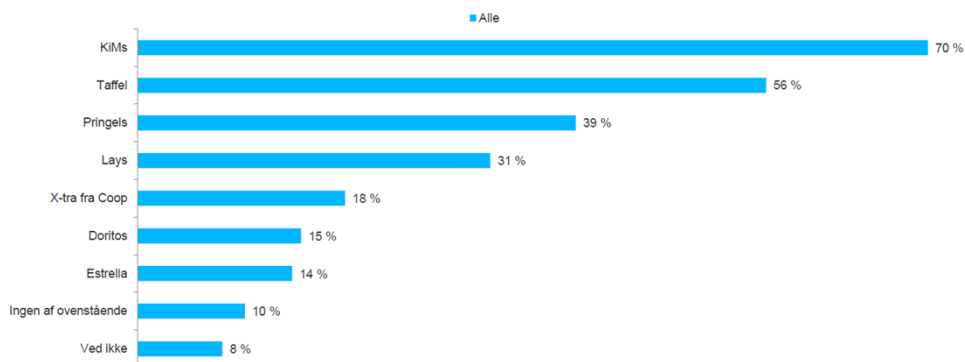
© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

14

Gallup Bus om Orkla vs Estella

V5: Hvilke af nedenstående chips-mærker køber du af og til? Mulighed for flere svar

n: 1.134



KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

15

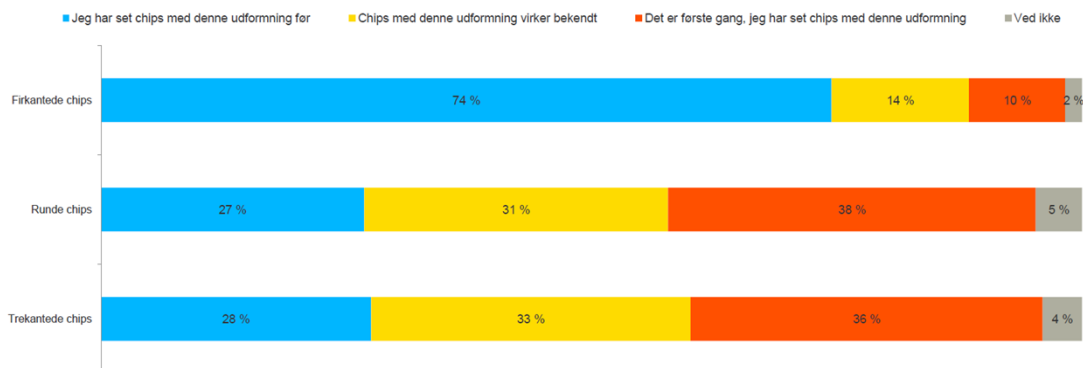
3 Sammenligning (Kun stort forbrug)

Gallup Bus om Orkla vs Estella



V1_2 + V2_2 + V3_2: Se grundigt på dette foto. Har du nogensinde set chips med den udformning som er vist her, eller er dette første gang, du ser chips med denne udformning? Totalen

KUN stort forbrug

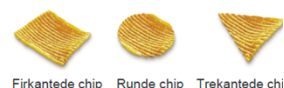


KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

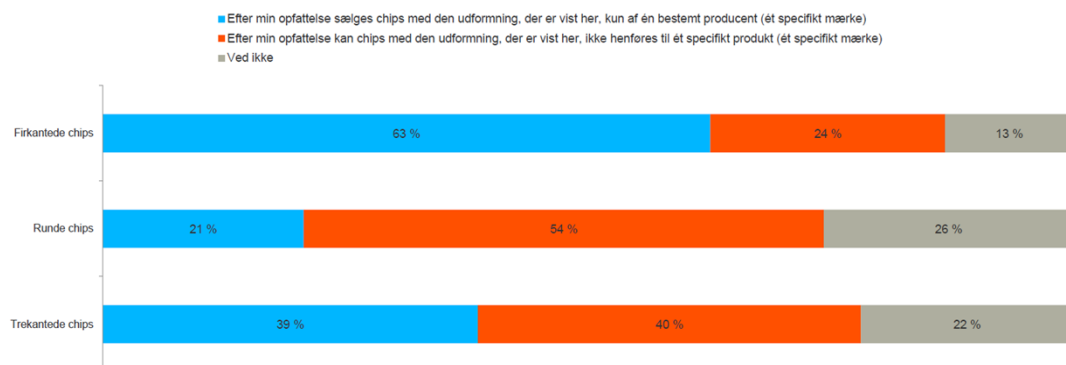
17

Gallup Bus om Orkla vs Estella



V1_3 + V2_3 + V3_3: Billedet viser et chips produkt lavet af kartofler. Hvilket af nedenstående udsagn passer bedst på din opfattelse? Totalen

KUN stort forbrug



KANTAR PUBLIC

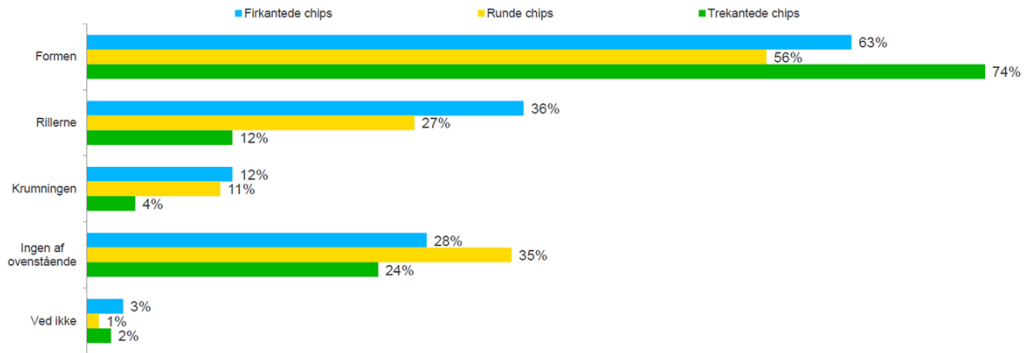
© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

18

Gallup Bus om Orkla vs Estella

V1_5C + V2_5C + V3_5C: Hvordan vil du med dine egne ord beskrive udformningen af dette produkt? Notér (svar er blevet kodet)

KUN stort forbrug



KANTAR PUBLIC

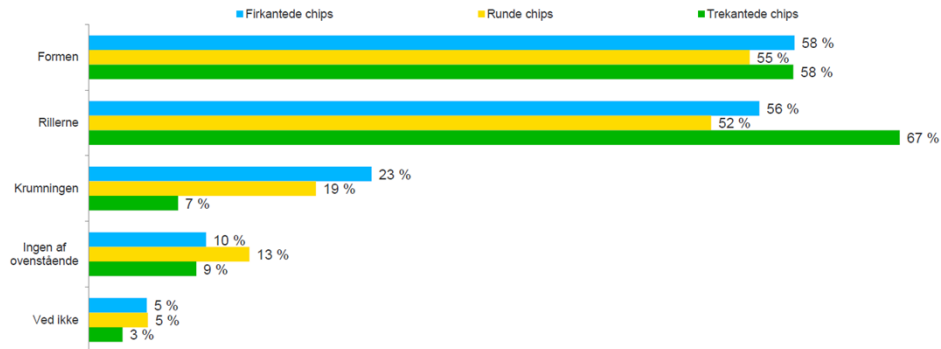
© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

19

Gallup Bus om Orkla vs Estella

V1_6 + V2_6 + V3_6: Er der ét eller flere af nedenstående elementer ved udformningen af dette produkt, som efter din opfattelse er iøjnefaldende? Mulighed for flere svar. Totalen

KUN stort forbrug

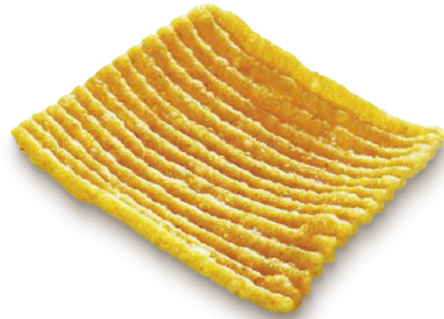


KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

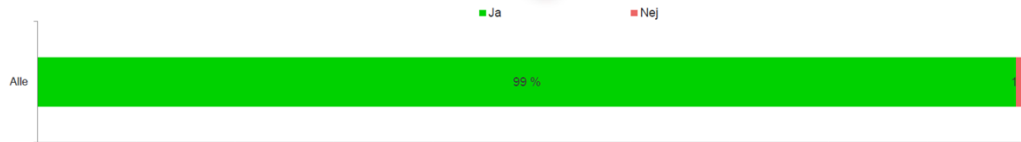
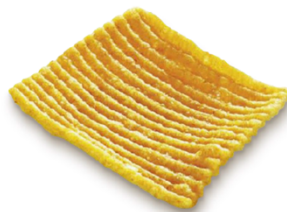
20

4 Firkantede chips



Gallup Bus om Orkla vs Estella

V1_1: De følgende spørgsmål handler om dette produkt. Kan du tydeligt se billedet på skærmen?
n: 1.134



KANTAR PUBLIC

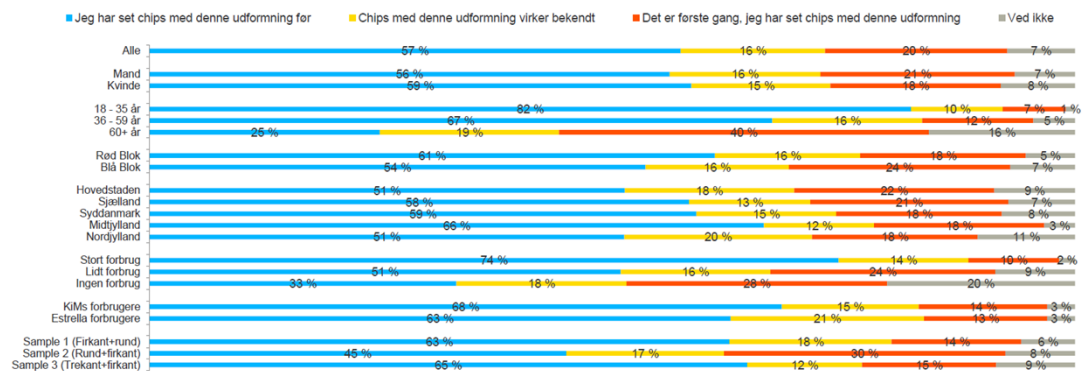
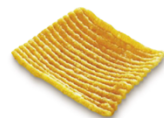
© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

22

Gallup Bus om Orkla vs Estella

V1_2: Se hurtigt på dette foto. Har du nogensinde set chips med den udformning som er vist her, eller er dette første gang, du ser chips med denne udformning?

n: 1.120 (Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "ja" i spørgsmål V1_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")

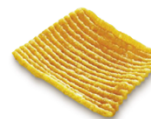


KANTAR PUBLIC

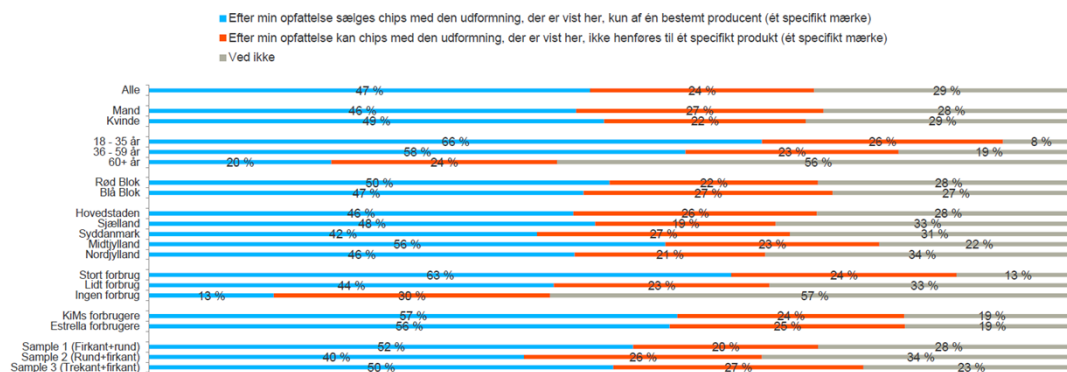
© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

23

Gallup Bus om Orkla vs Estella



V1_3: Billedet viser et chips produkt lavet af kartofler. Hvilket af nedenstående udsagn passer bedst på din opfattelse?
 n: 1.120 (Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "ja" i spørgsmål V1_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")

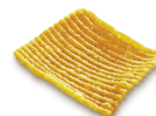


KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

24

Gallup Bus om Orkla vs Estella



V1_4A: Hvilket mærke eller hvilken producent laver chips med den viste udformning? Notér
 (Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "ja" i spørgsmål V1_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")
 507 ud af de 1.120 har afgivet et svar, der fordeler sig om nedenfor anvist

483 har skrevet noget med "Kims"



KANTAR PUBLIC

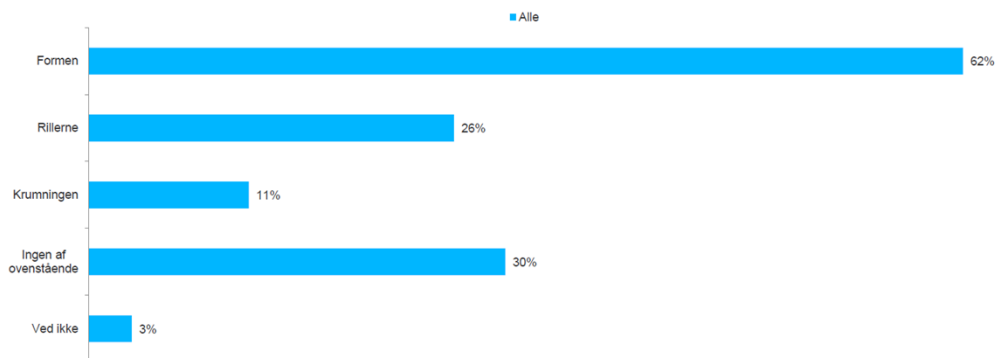
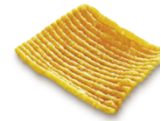
© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

25

Gallup Bus om Orkla vs Estella

V1_5B: Hvordan vil du med dine egne ord beskrive udformningen af dette produkt? Notér (svar er blevet kodet)

n: 684 (Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "ja" i spørgsmål V1_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")



KANTAR PUBLIC

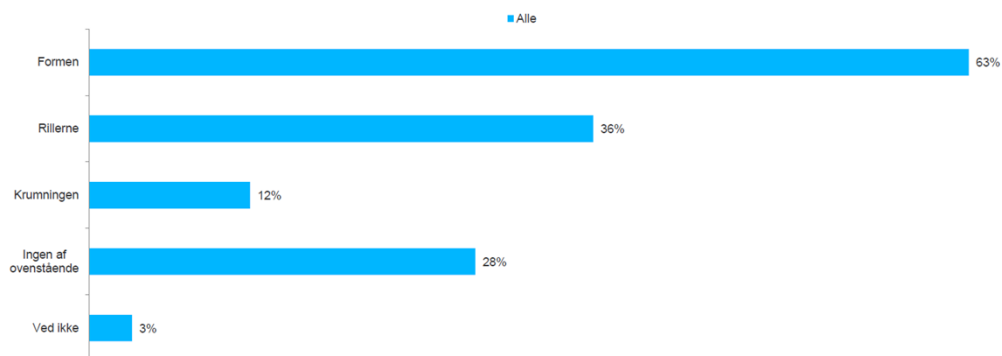
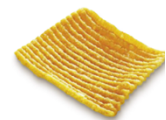
© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

28

Gallup Bus om Orkla vs Estella

V1_5C: Hvordan vil du med dine egne ord beskrive udformningen af dette produkt? Notér (svar er blevet kodet) – Stort forbrug

n: 260 (Det er kun dem, der er i stort forbrug, som er kodet her)



KANTAR PUBLIC

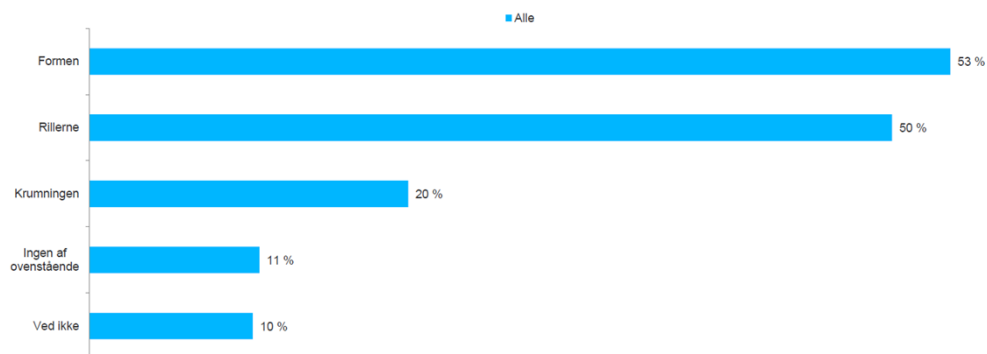
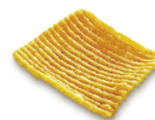
© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

29

Gallup Bus om Orkla vs Estella

V1_6: Er der ét eller flere af nedenstående elementer ved udformningen af dette produkt, som efter din opfattelse er iøjnefaldende?
Mulighed for flere svar

n: 1.120 (Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "ja" i spørgsmål V1_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")



KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valerlin. Undersøgelsen er gennemført 17/11 – 24/11 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 16 år eller derover.

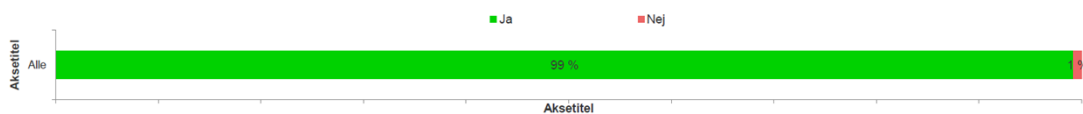
30

5 Runde chips



Gallup Bus om Orkla vs Estella

V2_1: De følgende spørgsmål handler om dette produkt. Kan du tydeligt se billedet på skærmen?
n: 753



KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

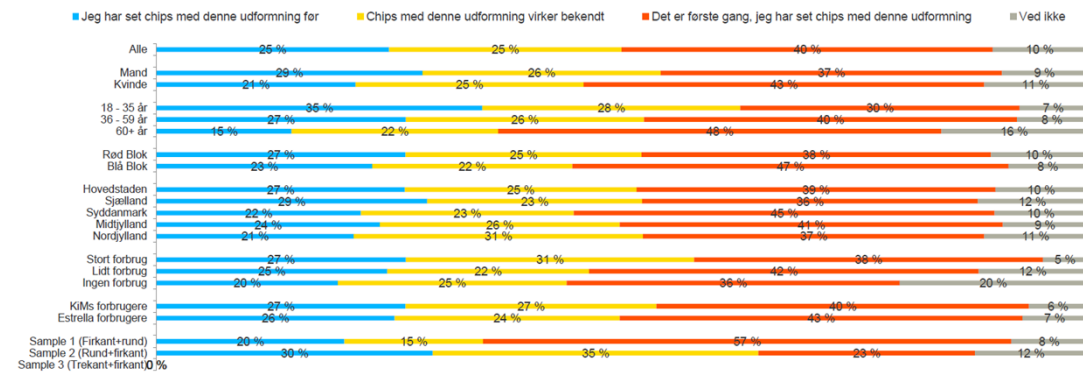
32

Gallup Bus om Orkla vs Estella

V2_2: Se grundigt på dette foto. Har du nogensinde set chips med den udformning som er vist her, eller er dette første gang, du ser chips med denne udformning?



n: 753 (Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "Ja" i spørgsmål V2_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")



KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

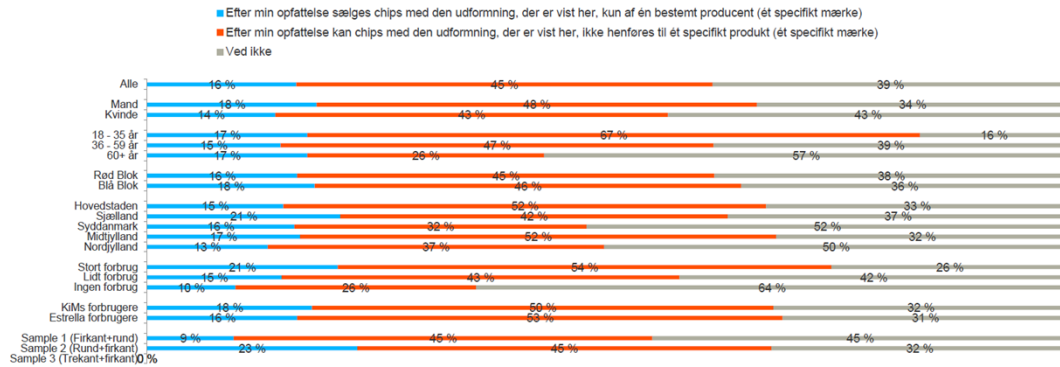
33

Gallup Bus om Orkla vs Estella



V2_3: Billedet viser et chips produkt lavet af kartofler. Hvilket af nedenstående udsagn passer bedst på din opfattelse?

n: 753 (Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "ja" i spørgsmål V2_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")

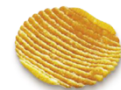


KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

34

Gallup Bus om Orkla vs Estella



V2_4A: Hvilket mærke eller hvilken producent laver chips med den viste udformning? Notér

154 ud af de 753, der har fået dette spørgsmål har skrevet et svar (Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "ja" i spørgsmål V2_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")

115 har skrevet noget med "KiMs"

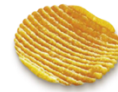


KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

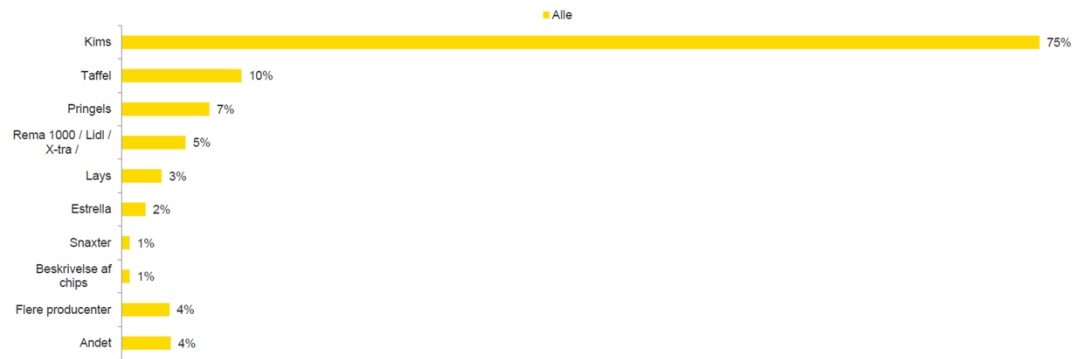
35

Gallup Bus om Orkla vs Estella



V2_4B: Hvilket mærke eller hvilken producent laver chips med den viste udformning? Notér (svar er blevet kodet)

154 ud af de 753, der har fået dette spørgsmål har skrevet et svar (Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "ja" i spørgsmål V2_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")

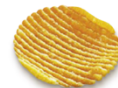


KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

36

Gallup Bus om Orkla vs Estella



V2_5A: Hvordan vil du med dine egne ord beskrive udformningen af dette produkt? Notér

n: 430 (Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "ja" i spørgsmål V2_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")

231 har skrevet noget med "Rundt(i)"



KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

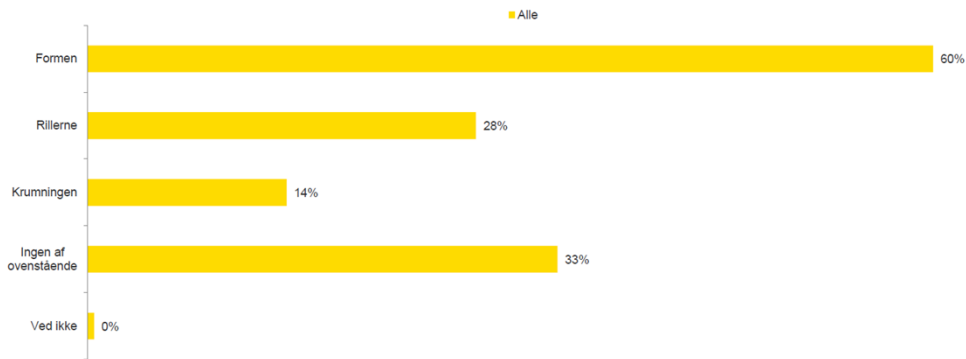
37

Gallup Bus om Orkla vs Estella



V2_5B: Hvordan vil du med dine egne ord beskrive udformningen af dette produkt? Notér (svar er blevet kodet)

n: 430 (Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "ja" i spørgsmål V2_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")

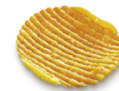


KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

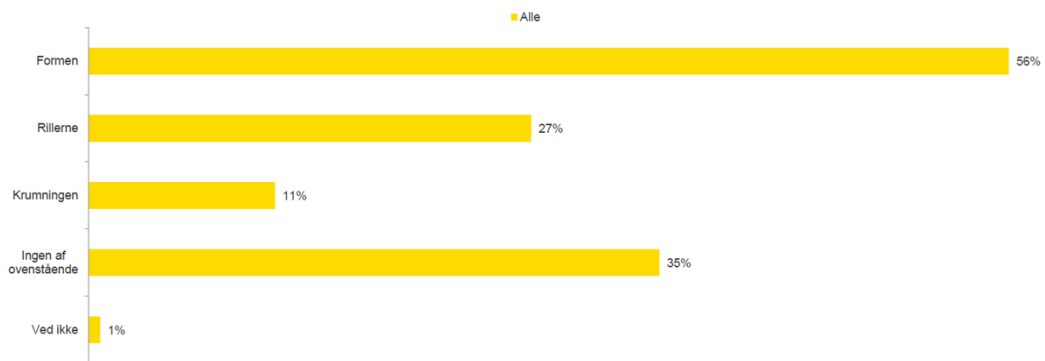
38

Gallup Bus om Orkla vs Estella



V2_5C: Hvordan vil du med dine egne ord beskrive udformningen af dette produkt? Notér (svar er blevet kodet) – Stort forbrug

n: 141 (Det er kun dem, der er i stort forbrug, som er kodet her)

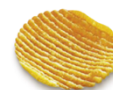


KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

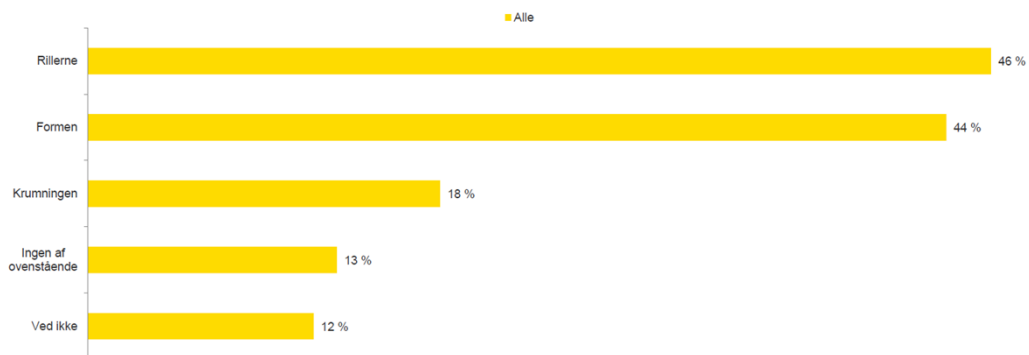
39

Gallup Bus om Orkla vs Estella



V2_6: Er der ét eller flere af nedenstående elementer ved udformningen af dette produkt, som efter din opfattelse er iøjnefaldende?
Mulighed for flere svar

n: 753 (Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret 'ja' i spørgsmål V2_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")

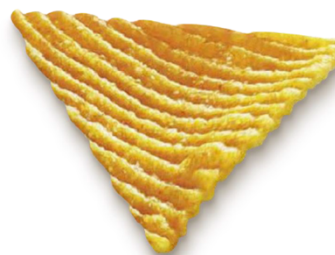


KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

40

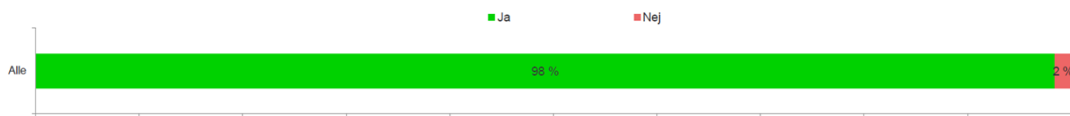
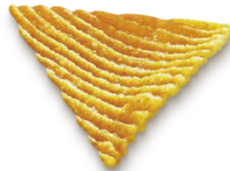
6 Trekantede chips



Gallup Bus om Orkla vs Estella

V3_1: De følgende spørgsmål handler om dette produkt. Kan du tydeligt se billedet på skærmen?

n: 369



KANTAR PUBLIC

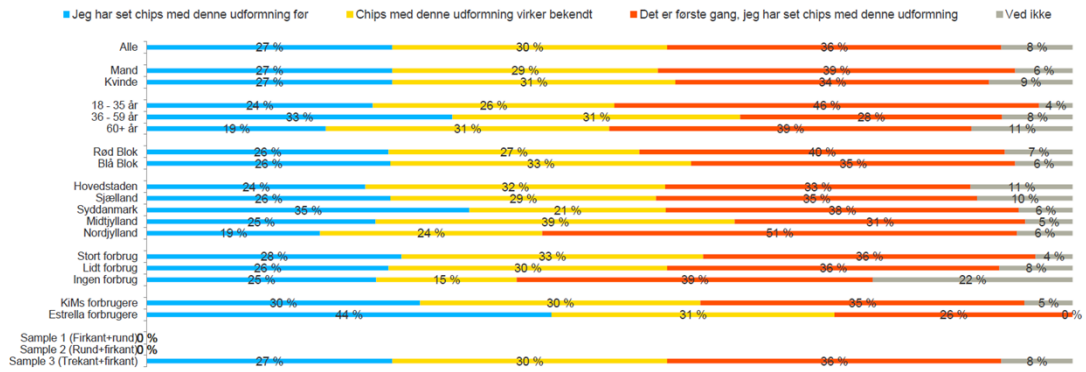
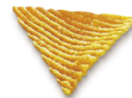
© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

42

Gallup Bus om Orkla vs Estella

V3_2: Se grundigt på dette foto. Har du nogensinde set chips med den udformning som er vist her, eller er dette første gang, du ser chips med denne udformning?

n: 369 (Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "Ja" i spørgsmål V3_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")

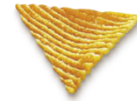


KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

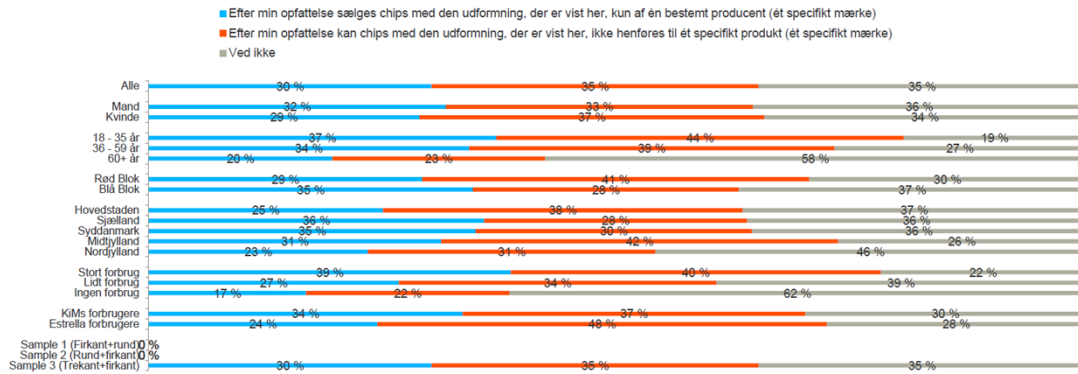
43

Gallup Bus om Orkla vs Estella



V3_3: Billedet viser et chips produkt lavet af kartofler. Hvilket af nedenstående udsagn passer bedst på din opfattelse?

n: 369 (Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "ja" i spørgsmål V3_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")

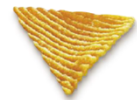


KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

44

Gallup Bus om Orkla vs Estella



V3_4: Hvilket mærke eller hvilken producent laver chips med den viste udformning? Notér

n 72: (Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "ja" i spørgsmål V3_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")

30 har skrevet noget med "KiMs"



KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

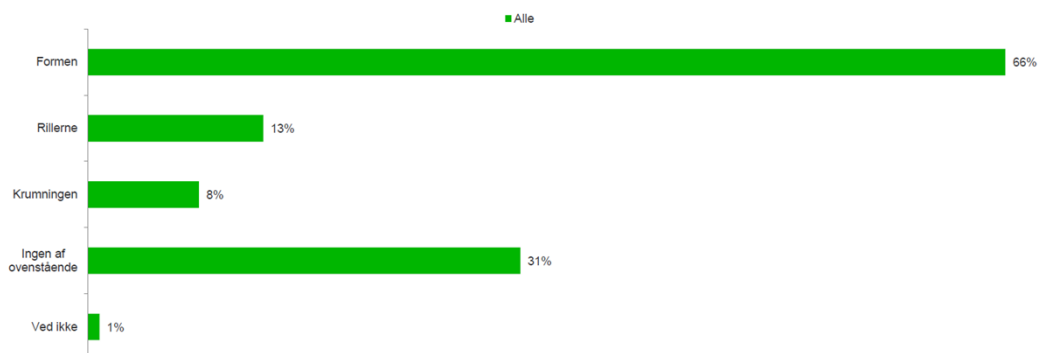
45

Gallup Bus om Orkla vs Estella



V3_5B: Hvordan vil du med dine egne ord beskrive udformningen af dette produkt? Notér (svar er blevet kodet)

n 238: (Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "Ja" i spørgsmål V3_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")

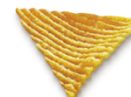


KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

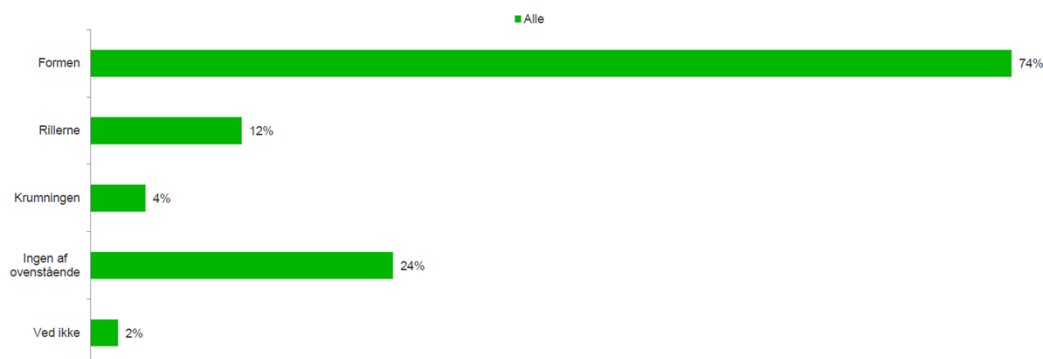
48

Gallup Bus om Orkla vs Estella



V3_5C: Hvordan vil du med dine egne ord beskrive udformningen af dette produkt? Notér (svar er blevet kodet) – Stort forbrug

N: 90 (Det er kun dem, der er i stort forbrug, som er kodet her)



KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

49

Gallup Bus om Orkla vs Estella



V3_6: Er der ét eller flere af nedenstående elementer ved udformningen af dette produkt, som efter din opfattelse er iøjnefaldende?
Mulighed for flere svar

n: 369 (Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "Ja" i spørgsmål V3_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")



KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

50

Statistisk usikkerhed

De procenttal, der gengives i resultatafsnittet, er behæftet med en vis usikkerhed hidrørende fra, at man i stedet for at spørge alle i populationen kun har spurgt et mindre udvalg af dem.

Usikkerheden kan angives som 95% sikkerhedsgrænse. Det betyder, at det sande procenttal med 95 % sikkerhed ligger indenfor et givent interval.

Dette interval er baseret på basestørrelse.

Følgende slides viser en oversigt over størrelsen på de statistiske usikkerheder, samt basestørrelser.

KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

51

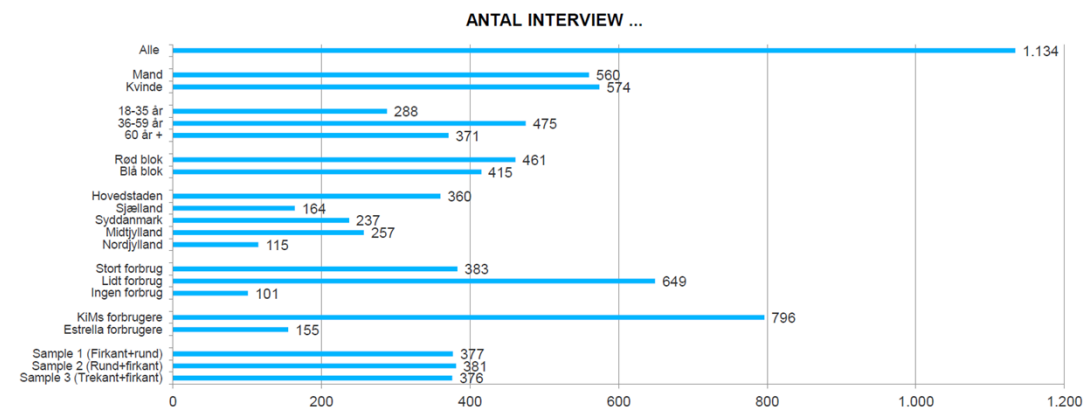
Statistisk usikkerhed

Stikprøve størrelse	5% eller 95%	10% eller 90%	15% eller 85%	20% eller 80%	25% eller 75%	30% eller 70%	35% eller 65%	40% eller 60%	45% eller 55%	50%
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
7.000	0,7	0,8	0,9	1,0	1,1	1,1	1,2	1,2	1,2	1,2

KANTAR PUBLIC

52

Basestørrelser



KANTAR PUBLIC

53

”

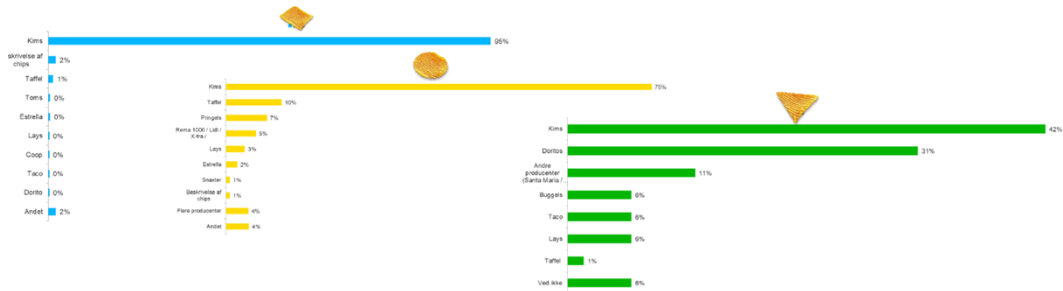
I undersøgelsen af februar 2022 har side 4 i stedet følgende indhold:

”

2.40 Sammenfatning

Den firkantede chip har en høj grad af genkendelse, især blandt respondenter med et stort forbrug af chips

Såvel uhjulpel som hjulpel (både med og uden svarkategorier) er det den firkantede form, der er iøjnefaldende. Og på spørgsmålet; **Hvilket mærke eller hvilken producent laver chips med den viste udformning?** Er respondenterne ikke i tvivl om, at det er Kims, når de ser den firkantede, den runde har også stor genkendelse mod Kims, mens tvivlen bliver lidt større med den trekantede, hvor der også forveksles med 'majschips'.



Undersøgelsens side 26 er endvidere ændret og der er tilføjet en ny side 27 som følger:

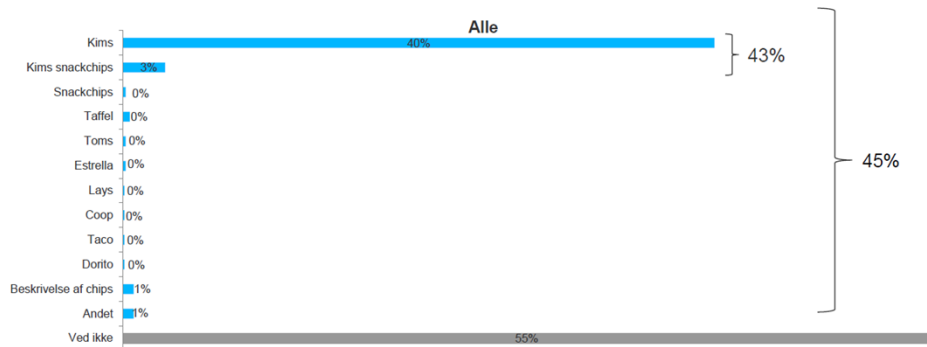
”

Gallup Bus om Orkla vs Estella

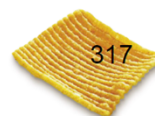
V1_4B: Hvilket mærke eller hvilken producent laver chips med den viste udformning? Notér (svar er blevet kodet)

(Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "ja" i spørgsmål V1_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")

n: 1.120



Gallup Bus om Orkla vs Estella



V1_4B: Hvilket mærke eller hvilken producent laver chips med den viste udformning? Notér (svar er blevet kodet)

(Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "ja" i spørgsmål V1_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")

507 ud af de 1.120 har afgivet et svar, der fordeler sig som nedenfor anvist



KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

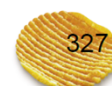
27

De efterfølgende sider har det samme indhold bortset fra, at sidetallet er ændret.

Indholdet af side 36 i undersøgelsen af januar 2022 er i undersøgelsen af februar 2022 erstattet af det som fremgår af de følgende to sider (37 og 38):

”

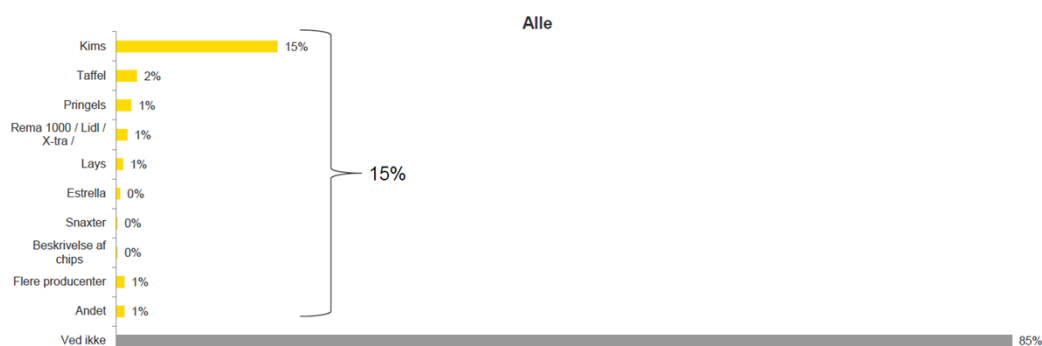
Gallup Bus om Orkla vs Estella



V2_4B: Hvilket mærke eller hvilken producent laver chips med den viste udformning? Notér (svar er blevet kodet)

(Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "ja" i spørgsmål V2_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")

N: 753



KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

37

Gallup Bus om Orkla vs Estella



V2_4B: Hvilket mærke eller hvilken producent laver chips med den viste udformning? Notér (svar er blevet kodet)

(Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "ja" i spørgsmål V2_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")

154 ud af de 753, har afgivet et svar, der fordeler sig som nedenfor anvist



KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

38

”

De efterfølgende sider har det samme indhold bortset fra, at sidetallet er ændret.

Indholdet af side 46 i undersøgelsen af januar 2022 er i undersøgelsen af februar 2022 erstattet af det som fremgår af de følgende to sider (48 og 49):

”

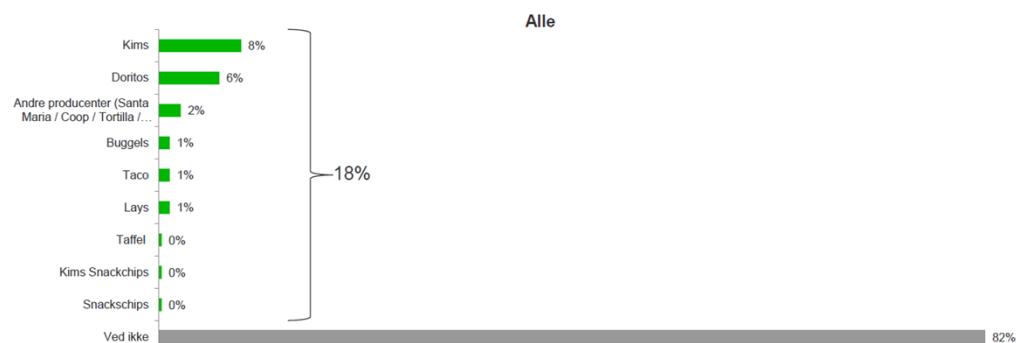
Gallup Bus om Orkla vs Estella



V3_4: Hvilket mærke eller hvilken producent laver chips med den viste udformning? Notér (svar er blevet kodet)

(Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "ja" i spørgsmål V3_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")

n=369



KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

48

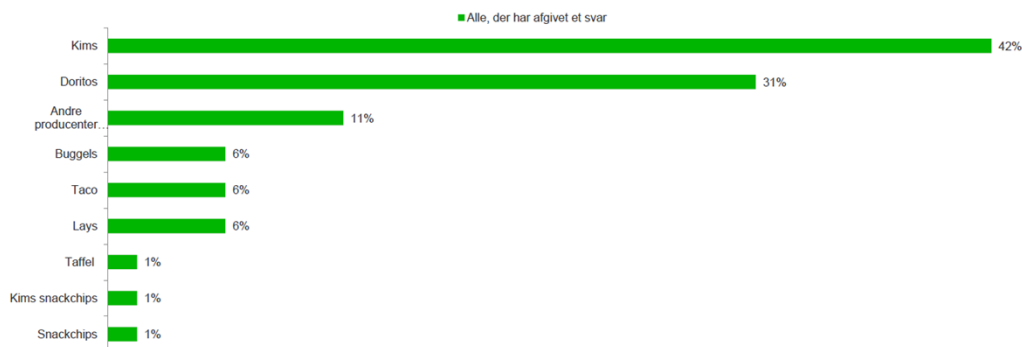
Gallup Bus om Orkla vs Estella



V3_4: Hvilket mærke eller hvilken producent laver chips med den viste udformning? Notér (svar er blevet kodet)

(Dette spørgsmål er stillet til dem, der har svaret "ja" i spørgsmål V3_1: "Kan du tydeligt se billedet på skærmen?")

72 ud af de 369, har afgivet et svar, der fordeler sig som nedenfor anvist



KANTAR PUBLIC

© Kantar Public for Bugge Valentin. Undersøgelsen er gennemført 17/1 – 24/1 2022 og er baseret på GallupForum webinterview med 1.134 repræsentativt udvalgte vælgere landet over på 18 år eller derover.

49

”

De efterfølgende sider har det samme indhold bortset fra, at sidetallet er ændret.

Forklaringer

Anders Hybholdt og skønsmanden, Camilla Kann Fjeldsøe, har afgivet forklaring.

Camilla Kann Fjeldsøe har vedstået den af hende afgivne skønserklæring (markedsundersøgelserapport af januar 2022, som revideret ved rapport af februar 2022), og forklaret blandt andet, at hun er uddannet cand. merc. i økonomisk markedsføring. Hun har tidligere arbejdet med analyser af dagligvarer i analyseinstituttet GFK, men i dag er hun ansat som Senior Client Director, Head of Public, i Kantar Gallup, og beskæftiger sig med politiske undersøgelser og markedsundersøgelser som i denne sag. Af markedsundersøgelsen kan man se, at respondenterne udviser en høj grad af genkendelse af den firkantede chips, en mindre grad af den runde chips og lav genkendelse af den trekantede, som forveksles med blandt andet en majschips. 47 % af respondenterne svarer, at den firkantede chips efter deres opfattelse kun sælges af én bestemt producent, mens 24 % svarer, at den pågældende chips ikke kan henføres til én bestemt producent, og 29 % svarer "ved ikke". Spørger man de respondenter, der har et stort forbrug af chips, svarer 63 % heraf, at den firkantede chips kan henføres til én bestemt producent. Det er efter hendes erfaring med markedsundersøgelser et både retvisende og højt tal. Stiller man samme spørgsmål om den runde chips, kan man se, at procenterne er

noget mindre. Kun 21 % af respondenterne med et stort forbrug af chips forbinder den runde chips med en bestemt producent. 21 % er ikke et lavt tal, men 63% er meget højt. Det er almindelig praksis ved udarbejdelse af kendskabsmålinger først at stille uhjulpne spørgsmål, hvor respondenterne får mulighed for at svare i en tekstboks eller svare "ved ikke". Af de 507 respondenter, der har givet et bud på et mærke eller en producent, når de ved et billede af den firkantede chips er blevet stillet spørgsmålet, "hvilket mærke eller hvilken producent laver chips med den viste udformning?", er der 95%, der har svaret noget med KiMs. Spørgsmålet er kun stillet til de respondenter, der gav et svar på spørgsmålet, om de forbandt chipsen med en bestemt producent. Ved det samme spørgsmål stillet i tilknytning til den runde chips, er det kun 15 %, der har svaret noget med KiMs. Konklusionen er her, at respondenterne også gætter på, at der er tale om chips af mærket KiMs. Hun vil tro, at det er noget ved udseendet på den runde chips, der gør, at respondenterne genkender den som en KiMs chips, selv om et sådant produkt ikke markedsføres. Spørges der til den trekantede chips, er der kun 8 %, der svarer noget med KiMs. Her kan man se, at den forveksles med andre chipsmærker, ligesom der er mange, der svarer "ved ikke". De i rapporten viste figurer, de såkaldte "word-clouds", er en visuel fremstilling af de ord, respondenterne har svaret på spørgsmålet, "hvilket mærke eller hvilken producent laver chips med den viste udformning?". De ord, der er svaret flest gange, står angivet med den største font. Form og firkant er ikke helt det samme ord, så når det af undersøgelsen fremgår, at 359 har skrevet "noget med firkant", så er det netop det ord, der er anvendt. Hun vil tro, at ordet "bølget" ville blive placeret i kategorien "krumning" og ikke "rillerne". Alle de ord, som respondenterne har svaret, vises i word-cloud, hvilket kan være årsagen til, at nogle af ordene i word-clouden ikke nødvendigvis giver mening enkeltvis. Spørgsmålet, "er der ét eller flere af nedenstående elementer ved udformningen af dette produkt, som efter din opfattelse er iøjnefaldende?", er et hjulpet spørgsmål med flere tilknyttede svarkategorier. På det hjulpede spørgsmål "hvordan vil du med dine egne ord beskrive udformningen af dette produkt?" har 50% af samtlige respondenter svaret "rillerne" og 53 % "formen". Af respondenterne med et stort forbrug har kun 36 % svaret "rillerne" og 63 % "formen". Til samme spørgsmål, stillet i forbindelse med et foto af den trekantede chips, svarer 57 % "rillerne" (og 55 % "formen"), mens det ved det uhjulpne spørgsmål stillet den gruppe, der har et stort forbrug, kun er 12 %, der svarer "rillerne" (og 74 % "formen"). Man kan se en tendens til, at respondenterne i højere grad identificerer rillerne ved de hjulpede spørgsmål end de uhjulpne. Det er sædvanligt, at man i en markedsundersøgelse stiller både hjulpede og uhjulpne spørgsmål. Konklusionen på markedsundersøgelsen er som allerede

nævnt, at der er en høj grad af genkendelighed af den firkantede chips, især blandt respondenterne med et stort forbrug af chips. Det er ikke et sædvanligt resultat. Tallet er højt både i absolut form og i forhold til de to andre chips. At den runde og den trekantede chips ikke findes på markedet, har ikke betydning for graden af genkendelighed af den firkantede chips. Det er klart, at et markedsført og kendt mærke vil blive genkendt i højere grad. Hun oplever imidlertid generelt, at respondenter svarer overraskende sandfærdigt og forsøger at løse de opgaver, de bliver stillet. Ved de hjælpløse spørgsmål får respondenterne forskellige svarmuligheder, og så sker der ofte det, at de påvirkes heraf, ved svar på de næste spørgsmål. Dette kaldes "framing". Baggrunden for at alle respondenter først blev præsenteret for enten den trekantede eller runde chips, før de så den firkantede, var, at det har vist sig, at respondenter kan blive påvirket af det første produkt, de ser. Hun husker ikke, hvorledes rækkefølgen på svarmulighederne "formen", "rillerne" mv. blev udvalgt, men hun ville normalt anbefale, at spørgsmålene kommer i tilfældig rækkefølge. Det må også være sket i denne sag, da det er en standardindstilling, når spørgsmålene sendes til respondenterne. Andet ville være usædvanligt. Der er ikke i den foretagne markedsundersøgelse beregnet en markedsledereffekt. Hun ved ikke, hvorledes man skulle beregne en sådan. Hun kan ikke svare på, om den omstændighed, at Orkla producerer en KiMs Sour Cream chips, der er rund og bølget, kan være årsagen til, at respondenterne i højere grad genkender den runde chips end den trekantede (hvor der ikke findes et KiMs-produkt, der kan ligne). Der er 8 %, der svarer at den trekantede chips er af mærket KiMs, selv om det ikke er muligt at finde sådan en chips på markedet. Hun kan ikke svare på, om de 8 % kan være udtryk for en markedsledereffekt.

Anders Hybholdt har forklaret blandt andet, at han har en HD i afsætning og har været ansat i Orkla i 7½ år. Han er nu Head of Consumer Marketing, hvor han er ansvarlig for markedsføringen af navnlig de produkter, der markedsføres under varemærket "KiMs". Han har i den forbindelse kontakt til både indkøbere og butikspersonale i de butikker, hvor KiMs-produkterne sælges. Orkla har en salgsstyrke på ca. 50 personer, der dagligt er ude i butikkerne. Der blev i 2021 solgt ca. 7,8 mio. poser KiMs Snack Chips, hvilket udgjorde lidt over 7 % af det danske marked for chips. Tallene stammer fra Analyseinstituttet Nielsen. KiMs Snack Chips bliver ofte af kunderne beskrevet som "den firkantede" chips. Herefter nævnes typisk rillerne og bueformen, samt at chipsen er særligt sprød. Det er hans opfattelse, at den firkantede form har stor betydning for kundernes identifikation af KiMs Snack Chips. Det fremgår også af Orklas egne halvårlige markedsundersøgelser, som ud-

arbejdes af analysebureauer. Orkla stiller krav om, at chipsen har den korrekte form og krumning. Af de pellets, man kan se på fotos under pkt. 8, Quality Control: Physical and Chemical tolerances, i Raw Material Specifikation af 26. september 2014, er det kun pellet nr. 2, 3 og 4, der lever op til de krav, som Orkla stiller i specifikationen. De øvrige pellets krummer for lidt eller for meget. Årsagen til Orklas krav er, at chipsene skal være genkendelige. Forbrugeren smager populært sagt "med øjnene" og skal derfor kunne genkende chipsene på formen. Orkla har modtaget klager fra forbrugere blandt andet begrundet i, at farven på et konkret chipsprodukt var "forkert". Orkla har af samme årsag nu tilføjet persille til chips med smagen "sour cream & onion", så forbrugerne tydeligt kan se den grønne farve, som forbindes med den pågældende smag. Tørret persille smager ikke af noget, så det er alene tilført af hensyn til forbrugernes oplevelse. Produktet Snack Mix af mærket Gestus er ikke en konkurrent til KiMs Snack Chips, hvilket skyldes, at Gestus-chipsene har flere forskellige former, er lysere i farven og har langt mindre sprødhed. De oplyste salgstal vedrørende Gestus Snack Mix udgør kun ca. 0,1 % af KiMs Snack Chips salgstal. Dagrofa, som markedsfører Gestus Snack Mix, har over for Orkla oplyst, at vinder Orkla denne retssag, vil Dagrofa trække produktet fra markedet. Gestus' snacks med bacon smag er, selvom de er firkantede, ikke i samme produktkategori som Orklas Snack Chips, da de typisk sælges lune og på markedspladser. De er derfor ikke en konkurrent til KiMs Snack Chips; heller ikke når man sammenligner produkternes salgstal. Orkla bruger betydelige midler på at markedsføre brandet KiMs. Produkternes placering i butikkerne er af stor betydning for salget, og derfor har man i Orkla truffet en beslutning om, at KiMs Snack Chips skal have en fremtrædende placering, som man kan se det på fotoet af produktdisplayet i en butik. Selvom det fremgår af Orklas markedsføringsmateriale for KiMs Snack Chips, at rillerne er tilføjet, "så smagen har et sted at lægge sig", har rillerne ikke i sig selv en betydning for, hvor meget smag der er i chipsene. Pellets hærder meget hurtigt, så krydderierne har svært ved at hæfte. Løsningen er at sprøjte olie på chipsen/pelleten, umiddelbart før krydderierne tilsættes. Derfor er det ikke rillerne, der får krydderierne til at sætte sig. Det er desuden ikke rillerne, men sammensætningen af dejen og stegetiden, der får chipsen til at knase. De pellets, som anvendes til dette produkt, produceres ved ekstrudering, hvilket betyder, at dejen presses ud af en dysse og ned i en form. De standses ikke ud. Han arbejder ikke i selve produktionen, men kommer der ofte og bruger meget tid på at drøfte selve produktet med medarbejderne i blandt andet produktionen. Han kender ikke Orklas andel af markedet for køb af pellets i Danmark, men tallet er højt. På chips- og snacksmarkedet udgør det 34 %. Orkla har ikke egen pellet-produktion. Sammenligner man fotoet af chipsen i

varemærkeansøgningen med de chips, der er afbilledet på Snup&Snack Chips-poserne, er det næsten det samme foto. Snup&Snack-varianten blev primært solgt på tankstationer, men sælges ikke længere.

Anbringender

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

Orkla har gjort følgende yderligere anbringender, som fremgår af selskabets sammenfattende processkrift af af 1. juni 2022, gældende (henvisninger til bilag, ekstrakt og materialesamling udeladt):

5. 3D-VAREMÆRKET OPFYLDER BETINGELSERNE FOR REGISTRERING

5.1 Indledning

...

Orkla gør opmærksom på, at Sø- og Handelsretten under et telefonisk møde (under forberedelsen) spurgte Ankenævnet, om det var korrekt, at man ikke gjorde mangle særpræg gældende, og at Ankenævnet i så fald løber en procesrisiko, hvilket Ankenævnet bekræftede.

5.3 Varemærkets funktion og særpræg

Et varemærke stiftes ved registrering og/eller ibrugtagning, jf. varemærkelovens § 3. Det er en betingelse for varemærkets stiftelse, at varemærket har *særpræg*, dvs. at varemærket er egnet til at adskille virksomheden og virksomhedens produkter fra andre virksomheder og deres produkter. Manglende særpræg er en absolut registreringshindring, jf. varemærkelovens § 13, stk. 1, nr. 2 (tidligere § 13, stk. 1).

Hvis et varemærke uden videre tjener til at adskille virksomheden og virksomhedens produkter fra konkurrenternes, har varemærket *oprindeligt særpræg*.

Varemærker besidder langt fra altid oprindeligt særpræg, eksempelvis hvis der er tale om et deskriptivt mærke, eller typisk også hvis mærket udgør et produkts udformning. Hvis varemærkeindehaver gør en indsats for, at forbrugeren skal opfatte mærket som et varemærke, dvs. i forbindelse med den faktiske brug af varemærket, så kan forbrugeren opfattelse ændre sig sådan, at der skabes en varemærkeretligt relevant forbindelse mellem mærket og virksomheden. En sådan forbindelse betegnes som *indarbejdelse*, som betyder, at

mærket på grund af dets faktiske brug tjener til at adskille virksomheden og dens produkter fra konkurrenterne og deres produkter.

Hvis varemærket allerede *inden* varemærkeansøgning indgives har opnået fornødent særpræg gennem indarbejdelse, skal mærket registreres (varemærkelovens § 13, stk. 2., tidligere varemærkelovens § 13, stk. 3). Princippet om indarbejdelse gælder også for varemærker, der er taget i brug, og hvis sådanne mærker ikke på ibrugtagningstidspunkt har fornødent særpræg, så stiftes sådanne mærker på det det senere tidspunkt, hvor mærket opnår særpræg (varemærkelovens § 3, stk. 3).

Kravet om særpræg er en betingelse, der er udtryk for varemærkets overordnede funktion, som er at give forbrugerne oplysning om varens kommercielle oprindelse for på den måde at sætte forbrugerne i stand til at skelne mellem forskellige virksomheder og deres produkter. Varemærkeretten beskytter med andre ord ikke kundekredsen, men derimod "*bindeleddet mellem en erhvervsdrivende virksomhed og dens kundekreds.*", se Schovsbo, m.fl., Immaterialret, 6. udgave (2021), s. 479:

...

Ved vurderingen af, om kravet om særpræg er opfyldt, skal samtlige relevante faktiske omstændigheder inddrages, og der tages i den forbindelse udgangspunkt i opfattelsen hos en "*almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger, af de pågældende varer eller tjenesteydelser*", jf. EU-Domstolens afgørelse i C-342/97 (Lloyd) præmis 26.

Ved vurderingen af særpræg skal der derfor tages udgangspunkt i, om gennemsnitsforbrugeren opfatter mærket som en angivelse af en bestemt kommerciel oprindelse, og om der med det ansøgte mærke (*in casu* 3D-gengivelsen af produktet KiMs Snack Chips) skabes en forbindelse mellem produktet (KiMs Snack Chips) og en virksomhed. Schovsbo anfører på s. 490 (afsnit ii.) ...

Der kan ikke stilles krav om, at en bestemt procentdel af gennemsnitsforbrugerne genkender mærket, men hvis der er en væsentlig del blandt gennemsnitsforbrugerne, som genkender mærket, er dette et væsentligt bevis for, at mærket efter gennemsnitsforbrugeren opfattelse angiver en oprindelse (for en virksomhed), og at mærket derfor har kommerciel adskillelsesevne.

I forhold til, hvilken kendskabsgrad der skal foreligge for at etablere særpræg, har Domstolen flere gange fastslået (C-108/97 og C-109-97 ("*Chiemsee*", præmis 52) og C-342/97 ("*Lloyd*", præmis 24)), at der ikke i national ret må stilles krav om en absolut procentvis kendskabsgrad.

Derfor skal de nationale myndigheder/domstole i hvert enkelt tilfælde foretage en konkret vurdering ud fra de særlige markedsforhold, som måtte være relevante i forhold til netop det mærke, som den pågældende markedsundersøgelse måtte angå. Ved vurderingen af særpræg bør dette aspekt indgå tillige med sagens samlede omstændigheder, se eksempelvis C-108109/97 (Windsurfing Chiemsee), præmis 51 og 52):

...

Det bemærkes, at Højesteret i U.2014.3658H (Jensens Bøfhus) lagde til brug, at der var opnået en brugsbaseret varemærkeret til mærket 'Jensens', som tilmed var velkendt her i landet:

...

Orkla gør overordnet gældende, at 3D-varemærket for produktet KiMs Snack Chips allerede havde opnået varemærkeretlig beskyttelse i kraft af *ibrugtagning* længe før ansøgningen om varemærkeregistring blev indgivet samt, at varemærkeansøgningen opfylder betingelserne for (endelig) registrering, jf. varemærkelovens § 13, stk. 2.

5.4 Særpræg for 3D-varemærker

Det antages i almindelighed, at gennemsnitsforbrugeren - som udgangspunkt - ikke vil opfatte varens egen form som en oprindelsesangivelse, men derimod slet og ret som formgivning, og det antages derfor også – som udgangspunkt – at produktets udseende ikke giver *oprindeligt* særpræg . Dette er imidlertid kun et udgangspunkt.

Hovedintervenienterne har tilsyneladende på denne baggrund sluttet, at der skal stilles særligt strenge krav til særpræg for 3D-mærker...

Dette synspunkt er udtryk for en overfladisk og tendentiøs udlægning af EU-domstolens afgørelser – og i øvrigt i åbenbar strid med gældende ret. Det følger tværtimod af retspraksis, at der for så vidt angår vurdering af særpræg for 3D-varemærker

for det første skal sondres mellem *faktiske forhold* og *retlige forhold*, og for det andet mellem *oprindeligt* særpræg og særpræg opnået igennem *indarbejdelse*.

For så vidt angår sondringen mellem *faktiske forhold* og *retlige forhold*, så er det et faktisk forhold, at det umiddelbart kan være vanskeligere at påvise, at et produkts udformning har særpræg. Dermed adskiller

den faktiske vurdering af 3D-varemærker sig i nogen grad fra sædvanlige varemærker.

Men den retlige vurdering af særpræg for 3D-varemærker er fuldstændig den samme som for andre typer varemærker. Det vil sige, at hvis gennemsnitsforbrugeren opfatter mærket som en oprindelsesangivelse, så er det tilstrækkeligt til, at 3D-varemærket har fornødent særpræg.

Vurderingen af særpræg adskiller sig således kun i forhold til sædvanlige varemærkeformer ved, at der som udgangspunkt skal foreligge nogle omstændigheder, der taler for, at 3D-udformningen alligevel opfattes som et mærke af gennemsnitsforbrugeren. Dette følger af fast EU-Domstolspraksis, herunder bl.a. af EU-Domstolens afgørelse i C-53/01 – C-55/01 (Linde), præmis 42:

...

... det er afgørende at sondre mellem *oprindeligt* særpræg og særpræg opnået igennem *indarbejdelse*.

Allerede fordi gennemsnitsforbrugeren - som udgangspunkt - opfatter produktudformninger som slet og ret udformninger og ikke kendetegn, vil 3D-varemærker typisk ikke besidde *oprindeligt* særpræg. Der skal mere til for, at et 3D-varemærket opnår særpræg. Dette "mere" vil i praksis næsten altid være, at mærket igennem *indarbejdelse* opnår særpræg.

Men det kan også være, at en produktudformning afviger så betydeligt fra normen for den pågældende type produkter, at forbrugeren – undtagelsesvist – vil opfatte produktudformningen som et kendetegn (selv uden indarbejdelse, dvs. oprindeligt særpræg). I så fald er der tale om "oprindeligt særpræg". Det er den situation, EU-Domstolen udtaler sig om i C-238/06 P (Develey), præmis 81:

...

Se også C-144/06 (Henkel II), præmis 36-37:

...

Orkla gør gældende, at Landsretten ved vurderingen af det ansøgte mærkes særpræg

- 1) skal anvende de samme kriterier, som for sædvanlige varemærker (C238/06P (Develey), præmis 80),

- 2) alene skal lægge vægt på opfattelsen hos den almindeligt oplyste, rimeligt opmærksomme og velunderrettede gennemsnitsforbruger (C-218/01 (Henkel), præmis 52-53), og
- 3) skal vurdere, om gennemsnitsforbrugeren kan adskille den omhandlede vare fra andre virksomheders varer (C-218/01 (Henkel), præmis 53).

6. ANKENÆVNETS AFGØRELSE ER UGYLDIG

Orkla gør overordnet gældende, at Ankenævnets afgørelse (og Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse) er ugyldig; såvel med hensyn til inddragelse og anvendelse af faktum som med hensyn til inddragelse og anvendelse af retsregler.

Landsretten bør under alle omstændigheder foretage en fuld og intensiv prøvelse af Ankenævnets afgørelse, herunder ethvert skøn, som Ankenævnet måtte have foretaget.

Landsretten bør også prøve KiMs Snack Chips' særpræg, som de danske domstole er velegnede til at foretage, da spørgsmålet om særpræg er genstand for domstolsbehandling i de fleste varemærkeretlige tvister mellem private parter.

Derudover bemærkes, at Patent- og Varemærkestyrelsen allerede *har vurderet* KiMs Snack Chips' særpræg, hvilket førte til, at Styrelsen ændrede sin første afgørelse om nægtelse af registrering på baggrund af manglende særpræg, til at registrere KiMs Snack Chips som varemærke. Spørgsmålet om særpræg blev påberåbt både for Sø- og Handelsretten, Ankenævnet og Patent- og Varemærkestyrelsen, som både havde mulighed og grund til at vurdere spørgsmålet. Det gøres gældende, at Østre Landsret kan prøve alle spørgsmål om registrering af varemærket fuldt ud, herunder spørgsmålet om særpræg.

6.1 Landsrettens prøvelse bør være tilbundsgående

Den abstrakte fortolkning af retsreglers generelle indhold er et kerneområde for domstolene, og derfor hverken kan eller bør der udvises tilbageholdenhed ved prøvelsen af fortolkningen af retsregler. Prøvelsen bør således tilbundsgående og af høj intensitet, se Forvaltningsret, Almindelige Emner, s. 397:

...

Landsretten bør ligeledes ved fortolkningen af varemærkelovens § 14, stk. 1, nr. 1 (tidligere § 2, stk. 2) foretage en tilbundsgående prøvelse uden nogen tilbageholdenhed. Det tilkommer Landsretten i overens-

stemmelse med EU-domstolens praksis at prøve (og fastlægge) det nærmere indhold af bestemmelsen, herunder hvilke kriterier der gælder for udvælgelsen af et tegns "væsentlige elementer". Landsretten er ligeledes berettiget til at fastlægge de nærmere kriterier for, hvornår et tegns væsentlige elementer *udelukkende* kan betragtes som teknisk betinget.

I forhold til den konkrete subsumption gælder det tilsvarende, at domstolene normalt prøver forvaltningsmyndighedens konkrete subsumption i dybden og intensivt, se Forvaltningsret, Almindelige Emner, s. 398:

...

Dette gælder ikke mindst i en sag som den foreliggende, hvor der netop ikke er tale om et administrativt skøn (eller en afvejning af interesser), som myndighederne er bedre rustet til at foretage end domstolene. Her er der tværtimod tale om anvendelsen af en snæver undtagelsesregel til de varemærkeregler hovedregler, hvor et antal objektive kriterier skal være opfyldt, førend reglen må bringes i anvendelse – til skade for ansøger.

I denne sag er det bl.a. spørgsmålet, om Ankenævnets kvalifikation af, hvad der udgør de væsentlige mærkeelementer i det ansøgte mærke, er korrekt. Og i den forbindelse skal Landsretten tage stilling til, om Ankenævnet var berettiget til at lægge vægt på, at visse af mærkets kendetegn ikke tjener nogen teknisk funktion som begrundelse for at anse disse mærkeelementer som ikke-væsentlige (ud fra en skønsmæssig vurdering).

Derudover er det spørgsmålet, om der har været det nødvendige, saglige grundlag for Ankenævnets konklusion om, at samtlige mærkets væsentlige elementer tjener en teknisk funktion i varen, herunder om Ankenævnet med rette har karakteriseret visse mærkeelementer som uvæsentlige. Dette spørgsmål beror på en ren bevisvurdering, som ligeledes falder under domstolenes kernekompetencer, og som Orkla selvfølgelig har krav på at få gjort til genstand for en fuld prøvelse.

6.2 Varemærkemyndighedernes inddragelse af tekniske dokumenter

Kriterierne forvaltningsafgørelsens ugyldighed er udviklet i retspraksis, som af Revsbech m.fl. i Forvaltningsret - almindelige emner (6. udg), s. 433ff sammenfattes således, at:

- a) der skal foreligge en retlig mangel (ulovlighed);
- b) manglen skal være væsentlig; og
- c) der ikke må foreligge særlige forhold (såkaldte tertiære momenter), som taler afgørende imod ugyldighed.

...

Orkla gør gældende, at Ankenævnets afgørelser lider af retlige mangler, at manglerne er væsentlige, og at der ikke er påvist tertiære momenter, som afgørende taler imod ugyldighed.

Det bemærkes særligt i forhold til Ankenævnets vurdering af rillernes tekniske funktion, at der til grund for afgørelsen er inddraget usaglige hensyn, og at dette i sig selv begrundes, at afgørelsen er ugyldig, se Forvaltningsret - almindelige emner (6. udg), s. 453-444:

...

Som begrundelse for, at rillerne – angiveligt – skulle tjene en teknisk funktion henviste Patent- og Varemærkestyrelsen til patentskrifterne US4973481 og US7811615 og europæisk patentansøgning EP2756758A. Ankenævnet henviste på dette punkt til Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse:

...

Sø- og Handelsretten bemærkede om Ankenævnets vurdering af tekniske elementer følgende:

...

Patenter (og patentansøgninger) er rettet mod den hypotetiske fagmand, som har kendskab til al relevant teknisk viden, der ligger forud for patentansøgningens prioritetsdato. Derfor er der også tradition for, at patenter (og patentansøgninger) i praksis altid skrives af patentagenter - som dels har en særlig teknisk baggrund (e.g., kandidatgrad indenfor kemi, biologi, mekanik, elektronik) og dels en særlig patentfaglig uddannelse (e.g., European Patent Agent) – typisk i samarbejde med en opfinder, som har en dyb teknisk indsigt i opfindelsens særlige emneområde.

De af Patent- og Varemærkestyrelsens sagsbehandlere, der arbejder med behandling af patentansøgninger, har derfor ligeledes – uden undtagelse – en teknisk baggrund, som sætter dem i stand til at vurdere de tekniske aspekter ved en given patentansøgning, herunder om - og i hvilke henseender - en ansøgt opfindelse måtte adskille sig fra den kendte teknik. De af Patent- og Varemærkestyrelsens sagsbehandlere, der behandler varemærkeansøgninger har derimod ikke – i sagens natur – nogen særlig teknisk baggrund.

Allerede fordi patenter (og patentansøgninger) er skrevet af tekniske specialister og rettet mod tekniske specialister, er det ligeledes afgørende for forståelsen af et givent patentskrift, at læseren besidder den

fornødne tekniske sagkundskab til at forstå opfindelsen og dens særlige tekniske forudsætninger – eller at læseren i det mindste rådfører sig med teknisk kyndige indenfor opfindelsens særlige emneområde.

Orkla har med henblik på at klarlægge, om Styrelsen i forbindelse med sin sagsbehandling inddrog fornøden patentteknisk sagkundskab til forståelse af de tekniske patentskrifter, som Styrelsen valgte at lægge afgørende vægt på i sin afgørelse.

Derfor rettede Orkla henvendelse til Styrelsen og forespurgte, hvilke personer hos Styrelsen, der deltog i behandlingen af den oprindelige indsigelsessag.

Det fremgår af Styrelsens svar (af 29. januar 2021), at Styrelsens afgørelse i indsigelsessagen (dateret 1. februar 2017) blev truffet af Hanne Sigridur Flensmark, juridisk specialkonsulent, cand.mag. (engelsk og dansk/kommunikation) og ba.jur., Varemærke og Design - som dog på daværende tidspunkt (februar 2017) tilsyneladende var *jurastuderende*.

Senere har chefkonsulent Mikael Francke Ravn (cand. jur.) afgivet supplerende udtalelse i sagen til Ankenævnet (men selvsagt uden selv at have deltaget selve i den trufne afgørelse).

Landsret må på derfor lægge til grund, at Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse af 1. februar 2017 er truffet uden inddragelse af nogen som helst (patent)teknisk bistand, og at Styrelsen ved sin vurdering således har inddraget og – ubestrideligt - fortolket teknisk komplicerede dokumenter (patentskrifter) uden at besidde den fornødne tekniske sagkundskab.

Ankenævnet har i relation til dette anført, at det er Ankenævnets kendelse, der er til prøvelse, og ikke Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse, og at det derfor ikke afgørende, hvad Styrelsen har lagt vægt på. Men Ankenævnet henviser – som det fremgår ovenfor – netop til Styrelsens afgørelse uden at foretage selvstændige, supplerende undersøgelser af grundlaget for Styrelsens lægmandsfortolkning af tekniske dokumenter.

Også Ankenævnets kendelse af 21. marts 2018 er truffet af personer uden fornøden (patent)teknisk sagkundskab, idet samtlige medlemmer af nævnet udelukkende har juridisk baggrund. Dette er ikke bestridt.

Det gøres gældende, at Ankenævnet ved sin afgørelse af 21. marts 2018 ikke har været sammensat af medlemmer, som besidder den bedst mulige sagkundskab for så vidt angår sagens tekniske aspekter, jf. § 2 i bekendtgørelse om Ankenævnet for Patenter og Varemærker.

Der er derfor ikke grundlag for at lægge Ankenævnets afgørelse til grund som præsumptivt korrekt for så vidt angår Ankenævnets vurdering af de tekniske forhold, der blev tillagt afgørende vægt ved afgørelsen. Tværtimod har såvel Styrelsen som Ankenævnet ved deres respektive skønsudøvelse og bevisvurdering ubestrideligt inddraget og fortolket tekniske oplysninger uden at besidde den relevante – og fornødne – tekniske sagkundskab.

Hertil har Ankenævnet anført, at "[v]urderingen af, hvad der er mærkets væsentlige element, samt om dette element udfører en teknisk funktion, skal ske ud fra de retningslinjer, der er fastlagt i retspraksis inden for varemærkeretten, og ikke på baggrund af en patentteknisk vurdering."

Men det er heller ikke Orklas standpunkt. Orkla bestrider jo ikke, at vurderingen af, om et væsentligt element *udelukkende* udfører en teknisk funktion, skal ske ud fra de retningslinjer, der er fastlagt i retspraksis inden for varemærkeretten. Orkla har heller ikke anført, at denne vurdering skulle bero på en patentteknisk vurdering.

Men patentansøgningen og de udstedte patenter er utvivlsomt udtryk for et kompliceret teknisk faktum. For at forstå og anvende dette komplicerede, tekniske faktum er det nødvendigt at have et vist (patent)teknisk kendskab. Styrelsens medarbejder har imidlertid helt uden (patent)tekniske forudsætninger arbitrært udvalgt og fortolket oplysninger fra patentansøgningen og de udstedte patenter og på dette usaglige grundlag konkluderet, at rillerne i KiMs Snack Chips angiveligt (udelukkende) tjener en teknisk funktion. Og denne lægmandsvurdering har Ankenævnet lagt uprøvet til grund.

Da der således er lagt vægt på påstået tekniske elementer, som varemærkemyndighederne ikke har haft forudsætningerne for at forstå, har varemærkemyndighederne *de facto* inddraget usaglige hensyn ved afgørelsen.

Det bør i den forbindelse tillægges væsentlig vægt, at Varemærkelovens § 2, stk. 2 (nu § 14, stk. 1, nr. 1) er en undtagelsesbestemmelse, og derfor bærer den part, der påberåber sig undtagelsen (Ankenævnet), bevisbyrden for, at undtagelsen skal finde anvendelse. Den bevisbyrde kan Ankenævnet ikke løfte på nuværende tidspunkt.

Af disse grunde bør Landsretten tilsidesætte Ankenævnets afgørelse som ugyldig.

7. VAREMÆRKELOVENS § 2, STK. 2 /§ 14, STK. 1, NR.1

...

7.2 Første led – Identifikation af et kendetegns væsentlige elementer

...

I en nyere afgørelse fra EU-Domstolen, C-237/19 (Gömböc), bekræftede Domstolen, at varemærkemyndigheden ved identifikationen af mærkets væsentlige elementer konkret skal vurdere, hvilken fremgangsmåde for identifikation, der er mest hensigtsmæssig for det ansøgte mærke, og at forbrugerens gennemsnitsopfattelse netop *er* et relevant bedømmelseskriterium, se præmis 29-31:

...

Illustrativt for hvordan et tegns væsentlige elementer identificeres er en række afgørelser, som er beskrevet i EUIPOs retningslinjer for varemærker, Del B, Afsnit 4, Kapitel 6, pkt. 3:

...

8. DOKUMENTATION FOR INDARBEJDELSE

8.1 Dokumentation for indarbejdelse

...

Disse andele [af forbrugere, der angiver én (bestemt) kommerciel oprindelse)]]bekræftes i øvrigt af den markedsundersøgelse, som skønspersonen udarbejdede i februar 2022, hvor 43% af respondenterne svarede "Kims" på spørgsmålet "*Hvilket mærke eller hvilken producent laver chips med den viste udformning?*" Resultatet på 43% var således det samme i både 2017 og 2022.

...

8.2 Andre chipsprodukter

Hovedintervenienterne har fremhævet forskellige produkter, som imidlertid slet ikke er relevante for sagen. Enten fordi de ikke ligner KiMs Snack Chips, eller/og fordi der ikke er tale om chips, men derimod 'pel-

lets', som er halvfabrikata, eller/og fordi produkterne aldrig har været markedsført på det danske marked.

... Estrellas præsentation af chipsprodukter på det danske marked. De baconsnacks, der fremgår af Estrellas præsentation, er ganske vist firkantede, men i et andet format, i andre farver, uden riller og i det hele taget uden samme udtryk som KiMs Snack Chips. Der er tale om et fundamentalt helt anderledes produkt.

For så vidt angår en række firkantede *linsechips*, fremgår det ikke, om – og i givet fald hvornår – disse nye chipsprodukter er introduceret på det danske marked. Fælles for disse nye produkter er dog, at ingen af dem gør brug af *samtlige karakteristika*, som kendetegner KiMs Snack Chips.

Estrellas præsentation dokumenterer, at der ikke er andre produkter på det danske marked med samtlige de karakteristika, som kendetegner netop KiMs Snack Chips.

I forhold til "Gestus snack mix" bemærkes, at der er tale om et produkt, som blev introduceret på det danske marked i 2015 af Dagrofa. Udover at produktet først blev introduceret sent på det danske marked, så har Dagrofa overfor Orkla tilkendegivet, at man vil ophøre med salget, såfremt Orkla måtte få medhold i sine synspunkter om, at KiMs Snack chips er eneretligt beskyttet. Dagrofes salg af "Gestus Snack mix" begrænser således ikke Orklas i at opnå varemærkeretlig beskyttelse til KiMs Snack Chips, som i 2015 *var* indarbejdet, og som i dag stadig er indarbejdet.

For så vidt angår kataloget over pellets udarbejdet af Quality Pellets, bemærkes, at dette katalog er irrelevant for denne sags spørgsmål allerede fordi ingen af de afbildede pellets sælges til – eller markedsføres over for – danske forbrugere. Det samme gælder de øvrige pellets, som er halvfabrikata.

9. IDENTIFIKATION AF KIMS SNACK CHIPS VÆSENTLIGE ELEMENTER

...

9.2 Varemærkemyndighedens afgørelse

Det gøres gældende, at Ankenævnets identifikation af KiMs Snack Chips væsentlige elementer er i strid med varemærkeloven og EU-Domstolens afgørelse i bl.a. Lego og Hauck.

Det er Orklas standpunkt, at varemærkemyndighedens skøn over, hvornår et element er "væsentligt" skal styres af objektive kriterier, og at myndigheden eksempelvis ikke kan afvise et element som væsentligt

alene med den begrundelse, at gennemsnitsforbrugeren ikke efterspørger en bestemt form, men udelukkende smag og konsistens eller andre egenskaber ved varen, idet udvælgelsen af væsentlige elementer nødvendigvis må bestå i en visuel/grafisk vurdering af det pågældende 3D-mærke.

Ankenævnets begrundelse for, at kun rillerne i KiMs Snack Chips er væsentlige, er kortfattet:

"Udformningen af det produkt, som er gengivet i den omtvistede registrering, består af en række individuelle træk herunder blandt andet produktets farve, tykkelse og firkantede form. Ankenævnet finder dog, at udformningens væsentlige kendetegn må anses for at være den rillede overflade, da de øvrige træk må anses for at være ikke-væsentlige og uden teknisk funktion."

Det fremgår ikke af afgørelsen, hvilke overvejelser Ankenævnet gjorde sig, herunder om Ankenævnets udvælgelse af væsentlige elementer var baseret på det samlede indtryk af KiMs Snack Chips, eller om Ankenævnet tog stilling til hvert enkelt element i KiMs Snack Chips for sig. Det er derfor heller ikke muligt at efterprøve, om Ankenævnets identifikation af de væsentlige elementer ved KiMs Snack Chips (1. trin i prøven) er sket i overensstemmelse med de retningslinjer, der er fastsat af EU-Domstolen i Lego-afgørelsen, præmis 68-70.

Desuden strider Ankenævnets konklusion cirkulær: De samme træk, som Ankenævnet først har fastslået er *"individuelle træk"* (farve, tykkelse og firkantede form) er angiveligt ikke *"væsentlige"*, fordi de *"individuelle træk"* ifølge Ankenævnets tilkendegivelse er *"uden teknisk funktion"*. Det savner juridisk mening, at bestemte træks (elementers) manglende tekniske funktion (andet led i prøven) skulle medføre, at de ikke kan udgøre et *"væsentligt element"* (første led i prøven).

Ankenævnets vurdering er i øvrigt overfladisk, og man har forsømt at tage konkret stilling til mærkets samlede fremtoning, som består af en kombination af alle elementer, ligesom man har ignoreret de enkelte elementers betydning for mærkets form (udseende).

...

Patent- og Varemærkestyrelsens identifikation af KiMs Snack Chips' væsentlige elementer – som Ankenævnet har lagt til grund – indeholder derimod en længere begrundelse.

Styrelsens medarbejder mente, at den

"firkantede form ikke er et afgørende element for gennemsnitsforbrugeren, selvom udseendet i en vis udstrækning udgør et salgsparameter for alle varer".

Og Styrelsen konkluderede, at det er

*”smagen og konsistensen, som er de afgørende kendetegn for forbrugerne
 ndr der er tale om et i øvrigt normalt udformet snackprodukt”.*

Orkla gør gældende, at Styrelsens inddragelse af kriteriet *”smag og konsistens”* samt hvilke elementer, der *”udgør et salgsparemeter”* er usaglige og savner juridisk hjemmel, allerede fordi der ikke i EU-Domstolens praksis er støtte for, at sådanne kriterier kan inddrages. Styrelsens begrundelse hviler efter Orklas opfattelse på en misforståelse i forhold til fremgangsmåden for identifikation af et tegns væsentlige elementer.

Identifikationen af et mærkes væsentlige elementer forudsætter, at der foretages en visuel vurdering, enten i form af en helhedsbedømmelse af tegnet *eller* en successiv undersøgelse af hvert af tegnets enkelte bestanddele. Formålet med identifikationen er jo at fastslå, hvad der er det væsentlige ved mærket, dvs. hvilke træk/elementer ved tegnet, der sætter gennemsnitsforbrugeren i stand til at identificere det *pågældende tegn* (ikke produktet, som tegnet bruges til at markedsføre) som et kendetegn for en bestemt virksomheds varer.

Tegnets væsentlige elementer er med andre ord dét, der gør det muligt for gennemsnitsforbrugeren at identificere mærket. *Særpræg* er det, der gør det muligt for gennemsnitsforbrugeren at adskille produktet fra konkurrerende produkter ud fra mærket.

Det bestrides ikke (som anført af Styrelsen), at en gennemsnitsforbruger ved indkøb af et snackprodukt (et levnedsmiddel), vil lægge vægt på smag og konsistens. Dette forhold gælder imidlertid for alle levnedsmiddelprodukter; gennemsnitsforbrugeren vil efterspørge en række kvaliteter, eksempelvis smag, konsistens, fedtindhold, miljøbelastning, holdbarhed, omdømme, m.v. ved indkøb af et levnedsmiddel, og det vil yderst sjældent være levnedsmidlets udformning *i sig selv*, der efterspørges af gennemsnitsforbrugeren.

Et 3D-varemærke for et levnedsmiddel (som for KiMs Snack Chips) skal navnlig tjene det formål, at gennemsnitsforbrugeren, der efterspørger en bestemt kvalitet, (*in casu* et snackprodukts smag og konsistens) kan anvende 3D-varemærkets væsentlige formgivnings-elementer til at identificere 3D-mærket *”KiMs Snack Chips”* - et 3D-mærke som gennemsnitsforbrugeren forbinder med én vare (med en bestemt kvalitet, smag og konsistens).

Styrelsens bevismæssigt uunderbyggede præmis om, at den

*”firkantede form ikke er et afgørende element for gennemsnitsforbrugeren,
 selvom udseendet i en vis udstrækning udgør et salgsparemeter for alle
 varer”* (Styrelsen afgørelse) [Understreget]

er udtryk for en misforståelse af, hvad identifikationen af et tegns væsentlige elementer går ud på.

Patent- og Varemærkestyrelsens skøn i indsigelsessagen (som lagt til grund af både Ankenævnet og Sø- og Handelsretten) medfører, at identifikationen/udvælgelsen af "*tegnets væsentlige elementer*" (Lego-prøvens første led) skal angå *varens egenskaber* (smag og konsistens) i modsætning til det ansøgte *varemærkes visuelle fremtoning*, selvom det er varemærkets visuelle fremtoning (og ikke varens smag), der tjener til at *identificere* det ansøgte varemærke (og varens afsender) – ligesom det er det ansøgte varemærkes visuelle fremtoning, der ligger til grund for, om tegnet er indarbejdet.

Patent- og Varemærkestyrelsens skøn i indsigelsessagen (som lagt til grund af både Ankenævnet og Sø- og Handelsretten) er i åbenbar modstrid med de retningslinjer, der følger af Domstolens praksis: I stedet for at vurdere, hvilke bestanddele der er væsentlige ved KiMs Snack Chips' udformning, fokuserer Styrelsen i stedet på noget helt andet end det ansøgte varemærkes tredimensionelle form og dermed på noget helt andet end dét, der er relevant for vurderingen af registrerbarhed. Dette selvstændige forhold er efter Orklas opfattelse tilstrækkeligt til, at afgørelsen skal tilsidesættes som ugyldig.

Patent- og Varemærkestyrelsen lagde i øvrigt til grund, at den firkantede form er en "*banal grundform*", og dette tillagde Styrelsen afgørende vægt i forhold til vurderingen af, om den firkantede form udgør et "*væsentligt element*".

Styrelsens kriterium – "*geometrisk grundform*" eller "*banal grundform*" – er efter Orklas opfattelse ikke et kriterium, som i henhold til Domstolens praksis er relevant i en sag som den foreliggende:

Der er intet til hinder for, at en "*geometrisk grundform*" kan udgøre et væsentligt element i et mærke, herunder på baggrund af indarbejdelse, altså ved vurderingen af om elementet kan tjene til at identificere det pågældende mærke i henhold til Lego-afgørelsen (jf. artikel 4, stk. 1, litra e). Dette forhold har selvsagt intet at gøre med den efterfølgende vurdering af, om en grundform har adskillelsesevne og særpræg og dermed i sidste ende kan registreres.

Orkla henviser (til illustration) til den retspraksis, der er gennemgået ovenfor (afsnit 4.2), ifølge hvilken flere elementer som såkaldte "*grundformer*" blev anset som "*væsentlige*", fx "*lille vinkel på 5-10*" i knivskafesagen, eller en "*overordnet terningeform*" i Rubiks-sagen.

9.3 Skønserklæringen

9.3.1 Skønserklæringens bevismæssige vægt

Som det fremgår af Domstolens faste retspraksis er "*gennemsnitsforbrugers opfattelse*" et relevant kriterium ved identifikationen af et tegns væsentlige elementer.

Orkla har under hele sagens behandling gjort indsigelse mod Styrelsens/Nævnets vurdering om, at der kun skulle være ét væsentligt element ved KiMs Snack Chips, ligesom Orkla har påpeget, at gennemsnitsforbrugers opfattelse skal inddrages i vurderingen.

Til brug for Landsrettens pådømmelse anmodede Orkla om udmeldelse af syn og skøn. Skønspersonen afleverede i februar 2022 resultaterne fra den foretagne markedsundersøgelse, som havde til formål at undersøge gennemsnitsforbrugers opfattelse af de væsentlige elementer ved KiMs Snack Chips.

Både Ankenævnet og Hovedintervenienterne har rejst indsigelse mod markedsundersøgelsen, som man anfører er uden bevisværdi, fordi det skulle ligge indenfor Ankenævnets skønsmæssige beføjelse (arbitrært) at vurdere, hvad gennemsnitsforbrugers opfattelse er. Det er ikke korrekt.

Ud over, at Landsretten som følge af de betydelige, dokumenterede mangler ved Ankenævnets hhv. Styrelsens afgørelse er berettiget til at foretage en fuld prøvelse af disse afgørelser, udgør identifikationen af et tegns væsentlige elementer dels en subsumption, som domstolene prøver *intensivt*, dels et bevisspørgsmål, som domstolene prøver *fuldt ud*.

Ankenævnet har anført, at

"vurderingen af, om der er grundlag for at tilsidesætte Ankenævnets kendelse, skal ske på baggrund af de forhold, der forelå på tidspunktet for kendelsen."

Domstolene kan i almindelighed inddrage nye oplysninger om de faktiske forhold på det tidspunkt, hvor forvaltningsafgørelsen blev truffet. Domstolene kan endvidere som hovedregel inddrage et mellemkommande faktum. Sådanne oplysninger kan og bør inddrages i domstolsprøvelsen, fordi formålet med domstolsprøvelsen netop er at sikre, at afgørelsen er korrekt på baggrund af samtlige de oplysninger, som måtte foreligge på prøvelsetidspunktet. Dette gælder så meget desto mere, som denne ankesag angår betingelserne for endelig registrering af et varemærke på grundlag af indarbejdelse.

Og i den forbindelse er det helt sædvanligt at få udarbejdet og fremlagt markedsundersøgelser i sager af denne karakter. Se eksempelvis U.2018.1549S, hvor en efterfølgende markedsundersøgelse per selvfølge indgik i rettens vurderingsgrundlag:

...

Se også eksempelvis U.2010.1979H, hvor Højesteret inddrog en markedsundersøgelse som var foretaget 3 år *efter* Ankenævnets afgørelse, som var genstanden for domstolsprøvelsen.

I Østre Landsrets dom afsagt den 1. maj 2019 (Kokkedal Slot) i en sag mod Ankenævnet for Patenter og Varemærker, inddrog Østre Landsret en markedsundersøgelse udarbejdet "*længe efter varemærkets registreringstidspunkt*"

...

Det forhold, at syn og skøn (i form af markedsundersøgelsen) først er foretaget under anken (januar 2022) diskvalificerer ikke markedsundersøgelsens bevismæssige værdi i forhold til at belyse forholdene på tidspunktet (marts 2018) for den afgørelse, der skal prøves i anken.

Landsretten bør i denne forbindelse lægge afgørende vægt på, at

- produktet har været på det danske marked siden 1990'erne i sin nuværende udformning,
- der ikke er påvist nogen ændringer i markedsføringsindsatsen for KiMs Snack Chips siden marts 2018 (tidspunktet for Ankenævnets afgørelse) og,
- skønspersonens markedsundersøgelse bekræfter dr. Niedermanns undersøgelse fra 2017.

Desuden er det helt afgørende, at skønspersonens markedsundersøgelse havde til formål at belyse, hvordan gennemsnitsforbrugeren opfatter KiMs Snack Chips, dvs. hvilke elementer i udformningen gennemsnitsforbrugeren anser for væsentlige.

9.3.2 Markedsundersøgelsens resultater

Markedsundersøgelsen viser, at en meget stor andel af de adspurgte nævner "KiMs", når de ser den firkantede chip (43%) i forhold til dels den runde, fiktive chip (15%) og dels den trekantede, fiktive chip (8%). Der er tale om en betydelig forskel på, hvor mange der nævner "KiMs", udelukkende på grund af KiMs Snack Chips' firkantede form.

Orkla markedsfører imidlertid slet ikke trekantede chips på det danske marked, men derimod flere runde/afrundede chips, som til forveksling ligner den fiktive runde chip, der er anvendt i Markedsundersøgelsen. Det drejer sig eksempelvis om "*KiMs Sour Cream & Onion*", der har været markedsført på det danske marked siden 1995:

...

Orkla har endvidere siden ca. 1990 produceret og markedet "KiMs Bølge Chips" i den velkendte, runde form:

...

Når den fiktive runde chip fra markedsføringsundersøgelsen sammenlignes med KiMs Bølge Chips og KiMs Sour Cream & Onion, bliver det tydeligt, at den fiktive runde, rillede chip ligner KiMs Bølge Chips og KiMs Sour Cream & Onion (på grund af den runde form). Til trods for dette er der en væsentlig del af de adspurgte, som alligevel er i stand til klart at skelne mellem den runde og den firkantede chips.

Dette forhold dokumenterer, at den firkantede form har væsentlig betydning for gennemsnitsforbrugerens mulighed for at identificere netop "KiMs Snack Chips" ud fra en afbildning af det ansøgte 3D-varemærke.

Eftersom den eneste reelle forskel på fremtoningen af de tre produkter afbildet i Markedsundersøgelsen er formen (firkant, rund, trekant), bør det lægges til grund, at den firkantede form i varemærkeretlig henseende er "væsentlig" for det ansøgte mærke.

Dette understøttes da også af Markedsundersøgelsens øvrige resultater, se bl.a. side 10:

- 47% af de adspurgte vurderer, at den firkantede chip (KiMs Snack Chips) sælges af kun én bestemt producent (ét specifikt mærke).
- 16% af de adspurgte vurderer, at den fiktive runde chip sælges af kun én bestemt producent (ét specifikt mærke).
- 30% af de adspurgte vurderer, at den fiktive trekantede chip sælges af kun én bestemt producent (ét specifikt mærke).

Disse kendskabsgrader viser, at gennemsnitsforbrugeren har en tydelig opfattelse af, hvilke geometriske former chips-produkter i almindelighed har på det danske marked. Der udbydes i øvrigt væsentligt flere afrundede chips-produkter i Danmark end trekantede chips-produkter, og næsten halvdelen af de adspurgte er af den opfattelse, at kun ét mærke forhandler det foreviste firkantede chip-produkt (KiMs Snack Chips).

Ved besvarelse af spørgsmålet "Hvordan vil du med dine egne ord beskrive udformningen af dette produkt" er det tydeligt, at de adspurgte (når produktets udformning skal beskrives) lægger mere vægt på den geometriske form frem for andre visuelle delelementer - såsom riller eller krum-

ning. Resultaterne er ensartede i forhold til alle tre former (firkant, rund, trekant), idet "formen" generelt scorer højere end "rillerne".

Ankenævnets anbringende om, at rillerne angiveligt skulle udgøre *det eneste* væsentlige element ved KiMs Snack Chips, demteres udtrykkeligt af Markedsundersøgelsens resultater.

De anbringender som Ankenævnet og Styrelsen fremhævede som mulige forklaringer på, at alene rillerne skulle være "væsentlige" elementer, bygger på en varemærkeretlig fejlslutning: Der er ganske enkelt ikke hjemmel til i en varemærkeretlig sammenhæng at lægge vægt på *varens egenskaber* (smag og konsistens), når myndigheden skal vurdere, hvilke elementer ved *varens udformning*, der er væsentlige for forbrugernes evne til at genkende eller identificere et varemærke (varemærkets væsentlige elementer). Dette dokumenterer markedsundersøgelsen også.

Markedsundersøgelsen bekræfter i øvrigt, at 3D-varemærket for produktet "KiMs Snack Chips" er indarbejdet og har særpræg; dette følger allerede af, at en væsentlig større andel af de adspurgte forbinder det firkantede chips-produkt med "KiMs" i forhold til de adspurgte, der forbinder den trekantede og runde chip med "KiMs". Dette vel at mærke uanset, at Orkla også forhandler og markedsfører runde chipsprodukter.

Markedsundersøgelsen bekræfter således de resultater, der følger af den markedsundersøgelse, som dr. Anne Niedermann udarbejdede allerede i 2017.

...

11. ANKENÆVNETS VURDERING AF "TEKNISK RESULTAT" (ANDET LED)

...

11.2 Rillerne

...

Landsretten bør notere, at Patent- og Varemærkestyrelsen/Ankenævnet i deres afgørelser lagde en patentansøgning til grund, som man – fejlagtigt - troede var et udstedt patent. Dette forhold viser i sig selv, at varemærkemyndighederne end engang havde forudsætningerne for at skelne mellem et udstedt patent og en patentansøgning, hvilket så meget desto mere taler for, at Landsretten skal foretage en fuldstændig prøvelse af spørgsmålet om teknisk funktion.

...

12. ANKENÆVNETS VURDERING AF "VÆSENTLIG VÆRDI" (ANDET LED)

Det er uklart, om Intersnack stadig gør gældende, at de væsentlige elementer ved det ansøgte mærke i sig selv skulle tilføre det ansøgte mærke en væsentlig værdi.

Der ses ikke at være grundlag for et sådant anbringende, allerede pga. Patent- og Varemærkestyrelsens begrundelse

...

14. FORMALITETSSPØRGSMÅL

14.1 Orklas principale påstand

Ankenævnet har påstået afvisning i forhold til Orklas principale påstand, fordi Ankenævnet anfører, at der ikke foreligger et prøvelsesgrundlag.

Som anført ovenfor afsnit 6, skal Østre Landsret foretage en fuld prøvelse i sagen, og Landsretten er berettiget til at prøve spørgsmålet om særpræg.

Ankenævnets indsigelse kan i øvrigt ikke føre til, at Orklas principale påstand skal afvises, da påstanden er tilstrækkelig klar til at indgå i en domskonklusion, og da Orklas principale påstand ikke lider af nogen formalitetsmangler.

14.2 Hjemvisning

Østre Landsret skal tage stilling til, om det ansøgte varemærke har særpræg i overensstemmelse med Orklas principale påstand, og Retten skal ikke hjemvise sagen til Ankenævnet til fornyet behandling.

Ankenævnets henvisning til "*almindelige principper om prøvelse af forvaltningsafgørelser*", hvorefter "*domstolene alene kan tage stilling til forhold, som myndigheden forinden har haft lejlighed til at tage stilling til*", er ikke relevant i denne sag.

...

Orkla gør gældende, at Ankenævnet har haft fornøden anledning til at vurdere spørgsmålet om særpræg og indarbejdelse i, at såvel den underordnede myndighed (Patent- og Varemærkestyrelsen) som sagens parter har forholdt sig til spørgsmålet om særpræg; indarbejdelse er et relevant moment ved identifikationen af et mærkes væsentlige elementer (se varemærkelovens § 2, stk. 2, jf. nedenfor). Det forhold, at Anke-

nævnet som rekursmyndighed valgte ikke at tage udtrykkelig stilling til særpræg, ændrer ikke på dette.

Varemærkeloven indeholder i øvrigt ingen begrænsninger i domstolernes adgang til at prøve Ankenævnets afgørelser. Domstolene er tillagt den endelige beføjelse til at vurdere, om betingelserne for varemærkeregistrering er opfyldt, herunder prøve Ankenævnets afgørelser.

Dette er bekræftet af Sø- og Handelsretten i V-52-16 af 7. august 2018 (U.2019.1SH)

...

Denne afgørelse blev anket til Vestre Landsret, som ved dom af 4. november 2019 under dissens hjemviste sagen til Ankenævnet til fornyet behandling (U.2020.715V)

...

I denne sag har Ankenævnet – i modsætning til i U.2020.715V – haft mulighed for at prøve spørgsmålet om særpræg, hvilket faktisk blev prøvet – og anerkendt – af Patent- og Varemærkestyrelsen.

Ankenævnet har henvist til andre afgørelser, der efter Ankenævnets opfattelse skulle dokumentere en begrænset domstolsprøvelse i varemærkesager, Orkla er ikke enig i Ankenævnets udlægninger.

Østre Landsrets afgørelse om hjemvisning i sag BS-25645/2018-OLR af 1. maj 2019 ...

...

Landsrettens indledende bemærkning om *"således som sagen er ført for landsretten"* må naturligt forstås således, at Kokkedal Slot ApS' anbringender ikke lagde op til, at Landsretten kunne nå til en anden konklusion. Dette er åbenbart ikke tilfældet i denne sag.

Endvidere lagde Landsretten i den sag vægt på, at Ankenævnet ikke havde haft *"anledning"* til at vurdere særpræg, som var et nyt anbringende, der ikke var fremsat under den administrative sag. I denne sag vurderede Patent- og Varemærkestyrelsen særpræg, og Ankenævnet har haft anledning til at vurdere spørgsmålet om særpræg.

I Vestre Landsrets afgørelse af 4. november 2019 i sag BS-30877/2018, lagde Landsretten vægt på, at der forelå *"nye og væsentlige oplysninger"*, og at hjemvisning var at foretrække, så Ankenævnet kunne få mulighed for at inddrage disse oplysninger.

Fælles for de to afgørelser er forekomsten af nye oplysninger, som Ankenævnet ikke kunne have taget højde for.

I denne sag har både Orkla og Hovedintervenienterne under den administrative behandling redegjort for deres syn på indarbejdelse og særpræg og fremlagt relevante bevismidler. Der er ikke for Østre Landsret tale om nye anbringender eller bevismidler, som kan begrunde hjemvisning.

Patent- og Varemærkestyrelsen tog ad (mindst) to omgange stilling til særpræg og indarbejdelse,

...

I Sø- og Handelsrettens afgørelse af 29. august 2019 (sag BS-1448/2016-SHR) om ordmærket CREAM (påberåbt af Ankenævnet) lagde man vægt på, at sagsøgers subsidiære påstand "*ikke har indgået ved sagens behandling i Ankenævnet og i øvrigt heller ikke i Patent- og Varemærkestyrelsen.*" Hvis den subsidiære påstand havde indgået ved sagens behandling i Patent- og Varemærkestyrelsen (som i denne sag), ville resultatet have været anderledes.

15. ANMODNING OM PRÆJUDICIEL FORELÆGGELSE

15.1 Betingelserne for præjudiciel forelæggelse

Østre Landsret er i denne sag sidste ordinære appelinstant, og Østre Landsret har derfor pligt til at forelægge præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen, hvis Østre Landsret måtte skønne, at retstilstanden ikke er klar, jf. TEUF artikel 267, stk. 3.

Der er imidlertid ikke er pligt til at forelægge præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen, hvis den omtvistede EU-retlige bestemmelse allerede er blevet fortolket i fornødent omfang af Domstolen, eller hvis EU-rettens korrekte anvendelse i øvrigt fremgår med en sådan klarhed, at der ikke er plads til fortolkningstvivel (såkaldt "*acte clair*"), jf. forenede sager C72/14 og C-197/14 X og T.A. van Dijk ECLI: EU:C:2015:564, sag C-160/14 Ferriera da Silva ECLI:EU:C:2015:565, sag C-379/15 Association France Nature Environnement ECLI:EU:C:2016:603 og sag C-416/17 Kommissionen mod Frankrig.

Acte-clair-doktrinen, som er fastlagt i EU-Domstolens praksis, fortolkes strengt, og der skal ske præjudiciel forelæggelse, medmindre Østre Landsret måtte finde, at retstilstanden er klar, jf. hertil også U.2009B.5.

Det gøres gældende, at den afgørende betingelse for præjudiciel forelæggelse er opfyldt, fordi der i forhold til denne sags faktum hersker væsentlig tvivl om fortolkningen af varemærkedirektivets Art. 3.

Ankenævnet har påberåbt sig Højesterets afgørelser gengivet i U.2014.2863H og U.2014.3219H, hvor Højesteret afviste præjudiciel forelæggelse:

...

I U.2014.2863H afviste Højesteret præjudiciel forelæggelse, fordi de bestemmelser i designforordningen, der har betydning for afgørelsen, var tilstrækkeligt klare til, at der kunne træffes afgørelse, og fordi spørgsmålet om krænkelse beror på en konkret vurdering. I U.2014.3219H lagde Højesteret vægt på, at der allerede fandtes en omfattende praksis fra EU-Domstolen om kriterierne i det sjette momsdirektiv m.v., og Højesteret lagde vægt på, at der ikke forelå tvivl om forståelsen af de relevante EU-bestemmelser eller EU-Domstolens praksis.

Begge afgørelser angår konkrete tilfælde, hvor betingelserne for præjudiciel forelæggelse tydeligvis ikke var opfyldt – i modsætning til den retlige fortolkningstvív, som Orkla har påvist i anmodningen om præjudiciel forelæggelse af 21. januar 2021.

Hverken Ankenævnet eller Intersnack har imødegået Orklas anbringender til støtte for anmodningen om præjudiciel forelæggelse.

Ankenævnet har alene forholdt sig til enkelte afsnit fra Orklas anmodning om præjudiciel forelæggelse. Ankenævnet gør gældende, at Orklas anmodning ikke skulle være begrundet i en EU-retlig fortolkningstvív, men derimod i, at *”Orkla er uenig i Sø- og Handelsrettens (og ankenævnets) konkrete retsanvendelse og bevisbedømmelse i den konkrete sag.”*

Om Orkla er enig i Ankenævnets og Sø- og Handelsrettens konkrete retsanvendelse er imidlertid uvedkommende for forelæggelsesspørgsmålet.

Den anmodende part er i sagens natur ofte uenig med en given retlig fortolkning, når der under en verserende sag for en national domstol anmodes om præjudiciel forelæggelse. Se eksempelvis EU-Domstolens afgørelse af 28. juli 2016 i sag C-57/15 (United Video Properties), hvor handelsretten i Antwerpen, Belgien havde pålagt United Video Properties at betale selskabet Telenet et proceduresalær i første instans på EUR 11.000 (præmis 15). Telenet var uenig i den konkrete retsanvendelse (i relation til de særlige belgiske regler på området) og anmodede i forbindelse med appelsagen om præjudiciel forelæggelse. I den forbindelse fastslog EU-Domstolen bl.a., at retshåndhævelsesdirektivets artikel 14 var til hinder for de belgiske regler vedrørende sagsomkostninger – og dermed den retsanvendelse, som var foretaget af Handelsretten i Antwerpen.

Det er Orklas standpunkt, at Ankenævnet, Sø- og Handelsretten samt Patent- og Varemærkestyrelsen i deres afgørelser alle har fortolket va-

remærkelovens bestemmelser på en sådan måde, at de retlige konklusioner strider mod varemærkedirektivet, som derfor er uklart.

I forhold til EU-Domstolens afgørelser i sagerne C-205/13 (Tripp Trapp), C-48/09 (LEGO), C299/99 (Philips) og C-215/14 (Kit Kat), som Ankenævnet henviser til, er Orkla enig med Ankenævnet i, at Østre Landsret kan inddrage de retningslinjer, der kan udledes af denne – og anden – praksis fra EU-Domstolen. Men denne praksis besvarer imidlertid ikke de centrale retlige spørgsmål i denne ankesag, og retstilstanden for så vidt angår disse spørgsmål er uklar.

Parterne er – som ved de fleste præjudicielle forelæggelser – uenige om fortolkningen af EU-reglerne, *in casu* varemærkedirektivet, men det, som Østre Landsret skal tage stilling til i forbindelse med denne anmodning om præjudiciel forelæggelse, er ikke hvilke af parterne, der har ret i deres fortolkning af EU-reglerne. Derimod skal Østre Landsret vurdere, om EU-reglerne, *in casu* varemærkedirektivet, er uklart forhold til denne ankesags juridiske spørgsmål. Det er kun hvis Østre Landsret bliver overbevist om, at der ikke er nogen fortolkningstvivel, at Østre Landsret (som sideinstans) kan afvise anmodningen om at forelægge spørgsmålene for EUDomstolen (jf. princippet om herved "*acte clair*").

15.2 Den retlige uklarhed og udkast til spørgsmål

Orkla har i afsnittene ovenfor redegjort for, at Ankenævnets og Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelser (og Sø- og Handelsrettens) ikke er korrekte, og at man har anvendt varemærkeretten på en måde, som ikke er i overensstemmelse med EU-retten.

Hvis Østre Landsret finder, at der er tvivel om fortolkningen af varemærkereglene, er konsekvensen, at Østre Landsret skal stille præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen.

Orkla henviser til anmodningen om præjudiciel forelæggelse af 21. januar 2021 og processkrift af 26. marts 2021, hvor Orkla har udarbejdet udkast til spørgsmål.

16. SAGSOMKOSTNINGER

Orkla begærer sig tillagt fulde sagsomkostninger for sagens behandling for både Østre Landsret og Sø- og Handelsretten.

Det bemærkes, at Orkla er berettiget til fulde sagsomkostninger, hvis Orkla får medhold i enten den principale eller subsidiaire påstand, idet sagens hovedspørgsmål relaterer sig til, om Ankenævnets afgørelse er korrekt.

Det gøres gældende, at sagsomkostninger skal fastsættes i overensstemmelse med principperne i retshåndhævelsesdirektivets artikel 14

og EU-Domstolens afgørelse af 28. juli 2016 i sag C57/15 United Video Properties.”

Ankenævnet har gjort følgende yderligere anbringender, som fremgår af nævnets sammenfattende processkrift af af 1. juni 2022, gældende (henvisninger til bilag, ekstrakt og materialesamling udeladt):

”3.2 *Ad ankenævnets stadfæstelsespåstande*

...

3.2.2 *Ad rammerne for domstolsprøvelsen*

Grundlagt for tvisten mellem Orkla og ankenævnet er ankenævnets kendelse af 21. marts 2018. Ankenævnet vurderede ved denne afgørelse, at Orklas 3D-mærkes *væsentlige kendetegn* er den rillede overflade, da mærkets øvrige kendetegn i form af bl.a. produktets farve, tykkelse og firkantede form er ikkevæsentlige og uden teknisk funktion.

Ved prøvelsen af den indbragte afgørelse skal det indgå, at ankenævnet er sammensat af et formandskab og et antal medlemmer, som skal besidde den bedst mulige sagkundskab vedrørende bl.a. varemærker.

Det kræver derfor et sikkert grundlag at tilsidesætte ankenævnets afgørelse.

Det skal herudover ved prøvelsen af den indbragte afgørelse indgå, at ankenævnet ved afgørelsen har udøvet et skøn; nemlig *hvilke elementer i markedet, der er "væsentlige"*.

Det var derfor korrekt, at Sø- og Handelsretten begrænsede prøvelsen til en undersøgelse af, om skønnet var udøvet inden for den korrekte retlige ramme og under inddragelse af de relevante og fornødne faktiske oplysninger, samt om den udvidede bevisførelse for Sø- og Handelsretten havde givet det fornødne grundlag for at tilsidesætte ankenævnets afgørelse på dette punkt.

Landsretten skal tilsvarende prøve, om skønnet er udøvet lovligt. Derimod skal landsretten ikke prøve, om retten ville have skønnet anderledes, hvis afgørelsen i øvrigt er lovlig og således holder sig inden for retsgrundlagets rammer. Landsretten skal således ikke tage stilling til, hvilke væsentlige kendetegn der efter landsrettens opfattelse måtte være, men derimod prøve, om ankenævnets skøn heraf er udøvet korrekt og lovligt.

3.2.3 *Det retlige grundlag, der ligger til grund for ankenævnets konkrete bedømmelse*

...

3.2.4.1 *Mærkets væsentlige kendetegn*

Uanset, hvordan kundekredsen måtte opfatte Orklas mærke, havde ankenævnet ikke en forpligtelse til at tage den relevante kundekreds' synsvinkel i betragtning i forbindelse med identifikationen af mærkets væsentlige kendetegn ...

Af samme årsag er den foreliggende markedsundersøgelse uden bevismæssig betydning i sagen.

Markedsundersøgelsen er endvidere uden bevisværdi i sagen, eftersom undersøgelsen er udarbejdet flere år efter ankenævnets afgørelse til prøvelse i sagen. Vurderingen af, om der er grundlag for at tilsidesætte ankenævnets kendelse, skal ske på baggrund af de forhold, der forelå på tidspunktet for kendelsen. En markedsundersøgelse foretaget næsten 4 år efter belyser i sagens natur ikke forholdene på tidspunktet for ankenævnets vurdering og er allerede af den grund uden betydning for sagen.

3.2.4.2 *Teknisk funktion*

...

Orklas egne ansatte har også bekræftet i erklæringen af 26. oktober 2017, at rillede snacks har et større overfladeareal end flade snacks, og at der derfor er mere plads til, at krydderierne kan bindes til chips'en.

3.2.5 *Ankenævnets sagkundskab*

Orkla har ikke godtgjort, at ankenævnet ikke besad den fornødne tekniske ekspertise i forbindelse med sagsbehandlingen og afgørelsen.

Det bestrides, at vurderingen i denne sag, herunder vurderingen af, om rillerne må antages at udføre en teknisk funktion, forudsætter patentteknisk sagkundskab, som anført af Orkla.

Vurderingen af, hvad der er mærkets væsentlige element, samt om dette element udfører en teknisk funktion, skal ske ud fra de retningslinjer, der er fastlagt i retspraksis inden for varemærkeretten, og ikke på baggrund af en patentteknisk vurdering.

Ankenævnet inddrog i den sammenhæng på linje med EU-Domstolens praksis, jf. C-48/09 (LEGO), præmis 85, oplysninger i foreliggende patenter og patentansøgninger, der kunne belyse spørgsmålet om udformningens funktionelle elementer. En sådan inddragelse af oplysninger forudsætter ikke særlig patentteknisk sagkundskab, som anført af Orkla.

Ankenævnet var – i overensstemmelse med § 2 i bekendtgørelse om Ankenævnet for Patenter og Varemærker – sammensat således, at medlemmerne tilsammen besad den bedst mulige sagkundskab. Orkla har ikke ført bevis for det modsatte.

Som også anført af Sø- og Handelsretten har ankenævnet ved vurderingen af, om rillerne udfører en teknisk funktion, lagt vægt på en række forhold, herunder Orklas egen markedsføring samt det faktum, at en rillet overflade har et større areal end en glat overflade – ud over oplysningerne i de nævnte patenter/patentansøgninger.

Sø- og Handelsretten fandt ikke grundlag for at antage, at ankenævnet ikke havde været sammensat med den bedst mulige sagkundskab. Orkla fremsatte heller ikke under sagens behandling ved Sø- og Handelsretten begæring om, at Sø- og Handelsretten blev sammensat af sagkyndige med patentteknisk sagkundskab. I den sammenhæng skal det fremhæves, at spørgsmålet om Sø- og Handelsrettens sammensætning udtrykkeligt blev drøftet mellem parterne, jf. retsbog af 26. juni 2019.

Orkla har ikke ved det førte bevis dokumenteret, at ankenævnet burde have været sammensat anderledes, herunder at der er grundlag for at tilsidesætte ankenævnets vurdering af, at rillerne udfører en teknisk funktion. Orklas henvisning til, at der ikke i forbindelse med sagens behandling har medvirket et sagkyndigt medlem med patentteknisk baggrund, udgør ikke i sig selv et sådant bevis.

Sammenfattende

Det er Orkla, der i denne sag bærer bevisbyrden for, at der er grundlag for at tilsidesætte ankenævnets afgørelse. Efter fast retspraksis skal der endvidere et sikkert grundlag til, førend domstolene tilsidesætter en afgørelse fra ankenævnet.

Ankenævnet har korrekt skønnet over, hvilke elementer i Orklas 3D-mærke, der er væsentlige, og vurderet, at den rillede overflade er mærkets væsentlige element.

Ankenævnets skøn over, hvad mærkets væsentlige element er, er baseret på en helhedsvurdering og er ikke afhængig af f.eks. specifikke patenttekniske aspekter, og der er ikke på baggrund af Orklas henvisning til sagens tekniske aspekter grundlag for at tilsidesætte ankenævnets skøn.

Det af Orkla anførte giver samlet set ikke grundlag for at antage, at det af ankenævnet udøvede skøn er ulovligt.

Der er samlet set ikke for landsretten – som der heller ikke var for Sø- og Handelsretten – tilvejebragt grundlag for at betvivle ankenævnets

afgørelse, som er truffet inden for den korrekte retlige ramme og under inddragelse af relevante og fornødne oplysninger.

4. SAGSOMKOSTNINGER

...

Der har i forbindelse med sagens behandling ved landsretten været gennemført en markedsundersøgelse (syn og skøn), og der bør tages højde herfor ved fastsættelsen af sagens omkostninger.

Herudover har der under forberedelsen af landsretssagen været tvist om, hvorvidt der var grundlag for en forelæggelse for EU-domstolen. Dette bør der også tages højde for ved fastsættelsen af sagsomkostninger.

Ankenævnet har ikke haft udgifter forbundet med sagens førelse ud over udgifter til advokat og sædvanlige udgifter forbundet med udskrivning af sagsmateriale.”

Intersnack har gjort følgende yderligere anbringender, som fremgår af selskabernes sammenfattende processkrift af 1. juni 2022, gældende (henvisninger til bilag, ekstrakt og materialesamling udeladt):

”3) Orklas principale påstand

Intersnack er enig med Ankenævnet i, at Orklas principale påstand må afvises.

Orklas principale påstand i ankestævningen svarer til 1. led af Orklas principale påstand nedlagt for Sø- og Handelsretten samt Orklas subsidiære påstand nedlagt for Sø- og Handelsretten.

Det gøres gældende, at idet der ikke forelå et prøvelsesgrundlag for 1. led af Orklas principale påstand nedlagt for Sø- og Handelsretten samt Orklas subsidiære påstand nedlagt for Sø- og Handelsretten, foreligger der heller ikke et prøvelsesgrundlag for den nye principale påstand, som derfor må afvises.

Den principale påstand forudsætter, at Østre Landsret tager stilling til spørgsmålet om særpræg, hvilket ikke er genstand for prøvelse i denne sag, eftersom Ankenævnet har udelukket varemærket for beskyttelse i henhold til varemærkelovens § 2 stk. 2 (nuværende § 14, stk. 1, nr. 1).

5) Præjudiciel forelæggelse

Orkla har anmodet om præjudiciel forelæggelse, hvilket Intersnack og Ankenævnet har protesteret imod. Det gøres følgelig gældende, at der

ikke er anledning til præjudiciel forelæggelse for EUDomstolen, jf. TEUF art. 267.

Det gøres overordnet gældende, at betingelserne ikke er til stede i denne sag, da reglerne i (dagældende) varemærkelov § 2 og Varemærkedirektivet art. 4 stk. 1 litra e i sig selv er så klare, at der ikke foreligger nogen rimelig tvivl om afgørelsen af de rejste forhold.

Orkla anfører i forhold til udkast til spørgsmål 1-3, at EU-Domstolen skal have anledning til at afklare hvorvidt gennemsnitsforbrugers opfattelse skal inddrages, og i så fald hvordan, ved udvælgelsen af mærkets væsentlige kendetegn. I forhold til den fremgangsmåde en varemærkemyndighed skal anvende ved denne udvælgelse gøres gældende, at dette allerede tydeligt fremgår af gældende retspraksis, f.eks. C-205/13 Tripp Trapp, præmis 34, jf. C-48/09 LEGO, hvor gennemsnitsforbrugers opfattelse ikke er et afgørende element men "et relevant bedømmelseskriterium". Intersnack er derfor uenig i Orklas argument om, at dette forhold ikke er afklaret i EU-rettens praksis.

I forhold til Orklas udkast til spørgsmål 4-7 fastslår C-48/09 LEGO, præmis 70, at identifikation af de væsentlige elementer foretages i hvert enkelt tilfælde. Det er et konkret skøn som varemærkemyndigheden foretager, og allerede derfor er der ikke grundlag for at bede EU-Domstolen tage yderligere stilling hertil.

Det er desuden irrelevant at anmode om præjudiciel forelæggelse for så vidt angår spørgsmålet om geometriske grundformer er udelukket fra at udgøre et mærkes væsentlige kendetegn, når mærket i denne sag åbenbart falder inden for registreringshindringen angående opnåelse af et teknisk resultat (rillerne). Såfremt ét af mærkets kendetegn er nødvendigt for at opfylde et teknisk resultat (rillerne), kan mærket uanset formen ikke registreres, jf. konklusionen i C-215/14 KitKat og generaladvokatens bemærkninger til samme med henvisning til den kumulative anvendelse af registreringshindringerne jf. varemærkedirektivets artikel 3(1) litra e.

2. VAREMÆRKELOVENS § 14

...

Der er [i Ankenævnets afgørelse] tale om et skøn, og Østre Landsret skal ikke prøve om retten ville have skønnet anderledes, men derimod om skønnet er lovligt indenfor de retlige rammer, hvilket Sø- og Handelsretten bekræftede (dommens s. 75):

...

2.1 Tegn, som udelukkende består af formen eller en anden egen- skab, der følger af varenes egen karakter' – varemærkelovens § 14, stk. 1, nr. 1, litra a)

...

Desuden er firkantede chips i sig selv ikke en særlig udformning, som Orkla har været alene med på det danske marked. Der henvises til [nærmere angivne bilag], hvortil skal anføres, at firkantede Bacon Chips/Snacks har været på det danske marked siden i hvert fald starten af 1980'erne – og altså før Orklas Snack Chips. Der henvises ... e-mailkorrespondance mellem Arne og Erna Nielsen, tidligere indehavere af snackproducentvirksomheden Lyka og direktør Torben Juul Andersen fra OK Snacks A/S, som overtog Lyka tilbage i 2008. Her fremgår det, at den firkantede bacon pellet snack, som fortsat produceres af OK Snacks blev introduceret af Lyka helt tilbage i 1976 på baggrund af et samarbejde med den tyske snackproducent Bahlsen, som leverede den firkantede pellet til Lyka. Endvidere henvises til ... udsnit fra Taffels produktbrochure fra 1980, der viser et 'Taffel Flæskesvær' snackprodukt som også var baseret på en firkantet pellet.

2.2 Syn og Skøn – Markedsundersøgelsen – udformning af produktet

Det gøres overordnet gældende, at markedsundersøgelsen fra Gallup ikke ændrer på den vurdering, som Ankenævnet korrekt har foretaget i denne sag. Markedsundersøgelsen fra Gallup har ingen bevisværdi i nærværende sag.

Ankenævnet har med rette vurderet, at udformningens væsentlige kendetegn er den rillede overflade, da de øvrige træk i form af bl.a. produktets farve, tykkelse og firkantede form er ikke-væsentlige og uden teknisk funktion.

Inddragelse af markedsundersøgelsen fra Gallup er allerede af den grund irrelevant og i øvrigt indhentet efter Ankenævnets afgørelse og kan ikke tillægges vægt. Det skal afvises, at markedsundersøgelsen foretaget som syn og skøn kan tages til indtægt for, at den firkantede form er et væsentligt kendetegn.

Det skal fremhæves, at spørgsmålene i markedsundersøgelsen er ledende. Der spørges eksempelvis på side 11 "*Hvordan vil du med dine egne ord beskrive udformningen af dette produkt?*" Der spørges direkte til udformningen og således vil respondenterne naturligvis kigge på udformningen og svare formen. Dette bekræftes af resultatet, da procent-satsen er nogenlunde det samme ved både firkantet, rund og trekantet form (62%/60%/66%) – ganske åbenbart eftersom der spørges til udformningen/formen. Den firkantede form er ikke mere karakteristisk end de andre former. Her vises det, at alle tre former er grundformer.

Respondenterne ser det ikke som et karakteristikum men som varens form.

Det skal deraf også afvises, at den firkantede form er væsentlig i forhold til Orklas henvisning til side 10 i markedsundersøgelsen. Her spørges "*Efter min opfattelse sælges chips med den udformning, der er vist her, kun af én bestemt producent*" og "*Efter min opfattelse kan chips med den udformning, der er vist her, ikke henføres til ét specifikt produkt*"

Spørgsmålet er forvirrende, da man spørger ind til, "*producent*" i det blå spørgsmål overfor "*produkt*" i det røde spørgsmål. Under alle omstændigheder er spørgsmålet ledende, da man allerede her leder respondenterne i retning af ét specifikt mærke og idet KiMs er markedsleder, vil respondenterne have tilbøjelighed til at fokusere på denne, hvorfor resultatet ikke er retvisende.

Omvendt gøres i øvrigt gældende, at Orkla ikke er de eneste som sælger firkantede chips jf. ..., så respondenternes svar kan under alle omstændigheder ikke tages til udtryk for, at næsten halvdelen af de adspurgte er af den opfattelse, at kun ét mærke forhandler den firkantede chip (KiMs Snack Chips), som påstået af Orkla, eftersom Gestus også forhandler en firkantet chips.

Endelig er en firkantet form en geometrisk grundform, og allerede af den grund er den ikke et væsentligt kendetegn.

Man kan desuden ud fra markedsundersøgelsen se, at rillerne er det væsentligste kendetegn, da dette ikke er en grundform. Der skal henvises til sammenligning mellem side 11 og side 19, hvor der spørges; "*Hvordan vil du med dine egne ord beskrive udformningen af dette produkt?*" – der henvises til svar til firkantede chips i blåt:

Side 11	Side 19 (stort forbrug)
<i>Formen 62%</i>	<i>Formen 63%</i>
<i>Rillerne 26%</i>	<i>Rillerne 36%</i>

Ved respondenter med et stort forbrug af chips, jf. side 19, er rillerne på 36% og så meget vigtigere for forbrugeren. Formen har i øvrigt slet ikke ændret sig (62%/63%), det har rillerne derimod hvilket igen bekræfter, at Ankenævnet har lagt vægt på det væsentligste kendetegn (rillerne), som netop ikke er en grundform.

Det er derfor ikke korrekt, at Ankenævnets vurdering af, at riller udgør det væsentligste element ved KiMs Snack Chips, cementeres af markedsundersøgelsen som påstået af Orkla og under alle omstændigheder skal Østre Landsret ikke inddrage den firkantede form i sin prøvelse jf. ovenfor pkt. 2.

...

[Det i afsnit 2.3.3 gengivet s. 57 i dommen anførte om krumning er ikke gentaget af Intersnack]

2.3.3 Teknisk resultat

Det kan således opsummeres, at rillerne – subsidiært i kombination med den rektangulære form – tjener det tekniske formål at sikre den højst mulige smagsbindende effekt i kombination med den højst mulige sprødhed, knasende effekt og fasthed og i den forbindelse brudresistens/styrke.

...

2.4 Patent- og Varemærkestyrelsen/Ankenævnet

Det bestrides, at såvel Patent- og Varemærkestyrelsen som Ankenævnet ikke har besiddet den fornødne sagkundskab som påstået af Orkla.

Der henvises til Sø- og Handelsrettens dom (side 76):

...

Det af Orkla anførte ... kan ikke føre til et andet resultat og Orkla har i øvrigt ikke ført bevis for sin påstand.

...

4. MANGLENDE SÆRPRÆG

...

2.4 Manglende kendskabsgrad

...

Det skal for god ordens skyld afvises, at 95% af de adspurgte nævner "KiMs", når de ser en firkantet chips, som påstået af Orkla. Gallup foretog en korrektion og det reviderede tal er 43% jf. rapportens side 4 og 26. I den tidligere fremlagte markedsundersøgelse jf. bilag 6 var tallet 42%.

Disse tal er midlertidigt ikke retvisende, eftersom KiMs (Orkla) er markedsleder hvilket er ubestridt.

KiMs er det ubestridt mest velkendte brand for chips produkter i Danmark hvilket har betydning for markedsleder effekten. Der henvises til bilag Q, en udskrift fra Nielsen der viser at Orkla i 2019 have en samlet andel på 33% af det samlede chips- og snacksalg og Estrella som den

næststørste havde en andel på 8%. Grundet KiMs' salg vil en ganske stor del af de adspurgte i sådanne markedsundersøgelser blot svare 'KiMs' fordi de formoder, at produktet hidrører fra det markedsledende brand. I undersøgelser som denne skal der således tages højde herfor og ske en nedregulering i kendskabsgraden.

Der er ikke sket en nedregulering i kendskabsgraden i den af Gallup frembragte undersøgelse og allerede derfor kan procentsatserne ikke lægges til grund. De bør være langt lavere, eftersom markedsledereffekten er ganske høj.

Orklas tidligere fremlagte markedsundersøgelse nedregulerer resultatet med 8%, og det gøres gældende, at dette tal må være væsentlig højere, hvilket også bekræftes af den nye markedsundersøgelse. Der henvises eksempelvis til undersøgelsens s. 37 (E327) hvor 15% svarer KiMs i forhold til en fiktiv rund chips og hele 75% af dem som har svaret nævner KiMs. Der findes slet ikke så runde perfekte chips på markedet, så det må afvises, at respondenterne skulle tænke på KiMs Bølge Chips eller KiMs Sour Cream & Onion. Desuden laver Taffel (Estrella) også tilsvarende chips som KiMs Bølge Chips eller KiMs Sour Cream & Onion. Det bemærkes endvidere at svarprocenten er ganske lav ved de fiktive runde chips, ganske enkelt fordi de ikke er på markedet – tilsvarende gør sig gældende for de fiktive trekantede chips.

Det gøres gældende, at bevisværdien af Orklas markedsundersøgelse svækkes yderligere ved, at det chips produkt, der vises "kontrolgruppen", er et produktformat, der er ukendt for de danske forbrugere, og som ikke findes på det danske marked. Det gøres gældende, at dette har signifikant betydning for analyseresultaterne, idet man udvælger et produkt, som slet ikke er på det danske marked, hvilket som deraf i sig selv indikerer en lav markedsledereffekt – havde man valgt en chips fra det danske marked ville markedsledereffekten (8% i rapporten) sandsynligvis være højere og kendskabsgraden således lavere end 42%, da markedsledereffekten skal trækkes fra resultatet.

Tilsvarende gøres gældende i forhold til den af Gallup foretagne undersøgelse som ligeledes inddrager fiktive chips (Runde chip og Trekantede chip), hvorfor markedsleder effekten vil være højere.

Til belysning af markedsledereffekten som KiMs brandet må antages at have henvises til markedsundersøgelse fra maj 2015 udført af Epinion, hvor et panel af 1414 forbrugere præsenteres for et produkt – en ostereje – som produceres af Intersnack (Estrella), men som er et almindeligt kendt snackprodukt på det danske marked og som KiMs markedsfører under navnet Ostepops. Selvom det viste produkt er fremstillet og markedsført af Estrella svarer 41% af alle brugere i alderen 15-44 år, at det, der vises, er en Ostepops/KiMs Ostepops. Dette tjener til at illustrere, at selvom et produkt ikke hidrører fra Orkla så tror en rigtig stor del af forbrugerne alligevel, at produktet hidrører derfra.

At den høje markedsledereffekt fremkommer, illustreres yderligere ved en markedsundersøgelse foretaget af analysevirksomheden Nepa i januar 2019. Analysen angår et linsechipsprodukt (som i øvrigt er firkantet) som Estrella markedsfører men som ikke markedsføres af KiMs/Orkla – her kan man aflæse markedsledereffekten i de svar der alligevel pegede på KiMs som producenten, selvom det ikke var det korrekte svar. I undersøgelsen svarer 43% af 627 respondenter, at de tror at KiMs markedsfører linsechips, selvom det ikke er tilfældet. 43% er meget langt fra en estimeret markedsledereffekt på 8% og det gøres derfor gældende, at markedsleder effekten burde være sat langt højere end 8%, hvorfor kendskabsgraden for Orklas produkt ligger langt under 43% og er på ingen måde er beskyttelsesværdigt.

Uanset ovennævnte bestrides det, at en samlet kendskabsgrad på 42%/43% er tilstrækkeligt til at produktets form skal ydes beskyttelse efter varemærkeloven.

Selv hvis man antog at procentsatsen (42%/43%) var retvisende ville det under alle omstændigheder ikke være nok til at opnå kendetegnsfunktion, jf. retspraksis. Det er heller ikke praktisk muligt at indarbejde særpræg, når der desuden er tale om et kendetegn – en chips med riller – der udgør en teknisk funktion i strid med varemærkeloven.”

Landsrettens begrundelse og resultat

Sagen angår som for Sø- og Handelsretten prøvelse af Ankenævnets kendelse af 21. marts 2018, som stadfæstede Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse af 1. februar 2017 om ophævelse af varemærkeregistreringen af Orklas tredimensionale mærke gengivet i form af et billede af en chips/snack, som markedsføres under navnet, KiMs Snack Chips. Kendelsen angår en indsigelse, som Intersnack indgav efter registreringen af Orklas varemærke. Intersnack påstod under den administrative indsigelsessag, at Orklas mærke var udelukket for registrering, idet dets væsentligste kendetegn var nødvendige for at opnå et teknisk resultat og/eller fulgte af varens egen karakter og/eller tilførte varen væsentlig værdi, jf. den dagældende varemærkelov § 2, stk. 2, subsidiært at mærket ikke kunne registreres, fordi det manglede særpræg, jf. den dagældende varemærkelov § 13, stk. 1, og var registreret i ond tro, jf. lovens § 15, stk. 3, nr. 3. De pågældende bestemmelser fremgår nu af varemærkeloven, som ændret ved lov nr. 1533 af 18. december 2018, som gennemfører det seneste varemærkedirektiv (2015/2436). I den nugældende lov svarer § 14, stk. 1, i al væsentlighed til dagældende § 2, stk. 2, § 13, stk. 1, svarer til dagældende § 13, stk. 1, og § 14, stk. 1, nr. 9, svarer i det væsentlige til dagældende § 15, stk. 3, nr. 3.

Intersnacks selvstændige påstande over for Orkla

Landsretten finder, at Intersnacks anerkendelsespåstande over for Orkla ikke har et indhold, som ligger udover Intersnacks påstand om stadfæstelse af Sø- og Handelsrettens frifindelse af ankenævnet for Orklas påstande. Landsretten afviser derfor Intersnacks anerkendelsespåstande.

Det retlige grundlag for prøvelsen af, om der er registreringshindringer som nævnt i varemærkelovens § 2, stk. 2, og anmodningen om præjudiciel forelæggelse

EU-Domstolen har, som anført i Ankenævnets kendelse og Sø- og Handelsrettens dom, fastlagt den retlige ramme for prøvelsen af, om registreringshindringerne i dagældende varemærkelovs § 2, stk. 2, og den til grund herfor liggende bestemmelse i artikel 3, stk. 1, litra e, i det dagældende varemærkedirektiv (2008/95/EF), er til stede i denne sag, jf. navnlig dommene i sagerne C-299/99 Philips, C-48/09 Lego, C-205/13 Tripp Trapp og C-215/14 Kit Kat. Phillipsdommen og Tripp Trapp-dommen angår herved de tilsvarende bestemmelser i det første varemærkedirektiv (89/104/EØF), og Lego-dommen angår den ligelydende bestemmelse i artikel 7, stk. 1, litra e, i den første varemærkeforordning (40/94/EF). Den nævnte retspraksis er gentaget og bekræftet af EU-Domstolen i blandt andet dom af 23. april 2020 i sag C-237/19, Gömböc.

Som anført af Sø- og Handelsretten følger det af EU-Domstolens praksis, at det første led i prøvelsen af, om det foreliggende tredimensionelle kendetegn er udelukket fra registrering som varemærke, fordi udformningen udelukkende er nødvendig for at opnå et teknisk resultat, skal være en identifikation af de væsentlige kendetegn. Det fremgår endvidere, at denne identifikation af de væsentlige kendetegn skal foretages i hvert enkelt tilfælde, idet der ikke gælder nogen regel om et systematisk hierarki mellem de forskellige typer af bestanddele, som et tegn kan omfatte. Den kompetente myndighed kan i øvrigt i forbindelse med undersøgelsen af et tegns væsentlige kendetegn afhængigt af omstændighederne i sagen, og navnlig henset til graden af vanskeligheder forbundet hermed, foretage en simpel visuel analyse af tegnet eller omvendt basere sig på en indgående undersøgelse, hvorved der tages hensyn til elementer, der er relevante for bedømmelsen, såsom undersøgelser eller ekspertvurderinger eller oplysninger, der vedrører intellektuelle ejendomsrettigheder, som tidligere er tildelt i forbindelse med den samme vare jf. præmis 68-71 i Lego-dommen, og jf. også præmis 28-31 i Gömböc-dommen. I den forbindelse er den formodede opfattelse af tegnet hos gennemsnitsforbrugeren ikke et afgørende element, men kan højst udgøre et relevant bedømmelseskriterium for myndigheden, når den foretager en identifikation af tegnets væsentlige kendetegn, jf. præmis 76 i Lego-dommen og præmis 34 i Tripp Trapp-dommen. Inden for de angivne retlige

rammer sker identifikation af tegnets væsentlige kendetegn ved et skøn udøvet af den pågældende myndighed på baggrund af sagens faktiske oplysninger.

Af EU-Domstolens praksis følger endvidere, at den omstændighed, at et træk har karakter af en grundform, som muligt i sig selv savner særpræg, ikke udelukker, at det pågældende træk kan være et væsentligt kendetegn, jf. herved Kit Kat-dommen præmis 42, jf. 19, hvor blandt andet et af de væsentlige kendetegn ansås for at være den grundlæggende rektangulære plade-udformning.

Landsretten finder, at EU-Domstolens praksis om, hvordan artikel 3, stk. 1, litra e, i det dagældende varemærkedirektiv skal fortolkes og anvendes, er så klar, herunder når behørigt hensyn tages til EU-rettens særlige karakteristika, at der ikke er plads for nogen rimelig tvivl, om hvorledes bestemmelsen som gennemført ved varemærkelovens § 2, stk. 2, skal forstås og anvendes ved afgørelsen i denne sag. Landsretten anser sig derfor ikke for forpligtet til at stille præjudicielle spørgsmål herom til EU-Domstolen i medfør af TEUF artikel 267, stk. 3, jf. herved EU-Domstolens dom af 6. oktober 2021, sag C-561/19, Consorzio, præmis 39-51 og 66. Orklas anmodning om, at der stilles præjudicielle spørgsmål om forståelsen af dagældende varemærkedirektivets artikel 3, stk. 1, litra e, (nu artikel 4, stk. 1, litra e) som anført i de foreslåede spørgsmål 1-7 tages derfor ikke til følge.

Den konkrete bedømmelse

Orkla har gjort gældende, at Ankenævnets afgørelse er fejlagtig, idet Ankenævnet har antaget, at mærkets eneste væsentlige kendetegn er rillerne, selvom navnlig den firkantede form også er et væsentligt kendetegn.

Af Ankenævnets begrundelse fremgår, at "udformningens væsentlige kendetegn må anses for at være den rillede overflade, da de øvrige træk må anses for at være ikke-væsentlige og uden teknisk funktion".

Efter begrundelsens ordlyd kan det ikke udelukkes, at Ankenævnet fejlagtigt har lagt vægt de øvrige træks tekniske funktion ved vurderingen af, hvorvidt de hver især udgør et væsentligt kendetegn. Landsretten finder endvidere, at det ved en simpel visuel analyse af Orklas tredimensionelle mærke fremstår åbenbart, at mærkets væsentlige kendetegn ikke blot er rillerne, men også den firkantede form. At den firkantede form er et væsentligt kendetegn ved mærket, bestyrkes i øvrigt af den for landsretten indhentede markedsundersøgelse og af skønsmændens forklaring. Landsretten finder herefter, at Ankenævnets vurdering, hvorefter mærkets væsentlige kendetegn alene er rillerne, må tilsidesættes. Landsretten finder, at der derimod ikke er fornødent grundlag for at tilsidesæt-

te Ankenævnets vurdering, hvorefter mærkets øvrige træk; farve, krumning og tykkelse, ikke kan anses for væsentlige kendetegn.

Orkla har endvidere gjort gældende, at der ikke er grundlag for som sket ved Ankenævnets kendelse at fastslå, at rillerne har en teknisk funktion eller følger af varens egen funktion. Intersnack og Ankenævnet har heroverfor anført, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Ankenævnets vurdering. Intersnack har yderligere gjort gældende, at også den firkantede form følger af varens egen karakter, subsidiært at den firkantede form opfylder en teknisk funktion, hvilket Orkla har bestridt.

Ankenævnets vurdering, hvorefter rillerne har en teknisk funktion, støttes af det, som Orkla selv har anført i sit markedsføringsmateriale om KiMs Snack Chips, og for så vidt angår princippet i rillers funktion tillige af de af Ankenævnet og Intersnack påberåbte patenter (US Patent no. 4,973,481 af 27. november 1990, US Patent no. 7,117,778 af 10. oktober 2006) samt patentansøgninger (US patentansøgning nr. 7811615 B2 af 12. oktober 2010 og EU-patentansøgning nr. 275758 A1 af 16. januar 2014. Orkla har heller ikke for landsretten iværksat syn og skøn eller anden uvildig sagkyndig bevisførelse om rillernes tekniske funktion eller mangel på samme og om, hvad der følger af rillernes karakter. Landsretten finder på den nævnte baggrund, at der ikke ved den af Orkla påberåbte erklæring fra Orklas medarbejdere, innovationschef Lone Andersen, og produktudviklingstekniker Morten Vinther, og Orklas teksturmålinger, er tilvejebragt fornødent grundlag for at tilsidesætte Ankenævnets vurdering af dels rillernes funktion, dels at den rillede udformning følger af varens egen karakter.

I Ankenævnets afgørelse er det som nævnt ovenfor lagt til grund, at den firkantede form er uden teknisk funktion. Intersnack har ikke søgt at understøtte sit anbringende om, at formen har en teknisk funktion ved uvildig sagkyndig bevisførelse. Landsretten finder, at der ikke ved det, som Intersnacks vidner har forklaret, erklæringen fra Intersnacks forskningsdirektør, Rolf Nilges af 26. oktober 2017, og det i øvrigt af Intersnack påberåbte, er tilvejebragt fornødent grundlag for at tilsidesætte Ankenævnets vurdering, hvorefter den firkantede form ikke har nogen teknisk funktion.

Patent- og Varemærkestyrelsen har i den forudgående afgørelse af 1. februar 2017 tillige taget stilling til Intersnacks indsigelser om udformning, hvorved varen får en væsentlig værdi, jf. varemærkelovens § 2, stk. 2, 3. led, og om ond tro, jf. varemærkelovens § 15, stk. 3, nr. 3, og tog ikke indsigelserne herom til følge. Landsretten tiltræder af de grunde, som Patent- og Varemærkestyrelsen har anført, at der ikke er grundlag for at tage Intersnacks indsigelser om, at

kendetegnets udformning tilfører varen væsentlig værdi, jf. varemærkelovens § 2, stk. 2, 3. led, eller om ond tro, jf. varemærkelovens § 15, stk. 3, nr. 3, til følge.

I den administrative indsigelsessag, der er til prøvelse, har hverken Ankenævnet eller Patent- og Varemærkestyrelsen taget stilling til, om den firkantede form følger af varens egen karakter eller til Intersnacks indsigelse om manglende særpræg. Landsretten finder som følge heraf, at sagen skal hjemvises med henblik på Ankenævnets stillingtagen hertil. Landsretten tager herefter Orklas subsidiære påstand om hjemvisning til følge.

Det følger heraf, at Intersnack for tiden skal frifindes for Orklas påstand over for Intersnack.

Sø- og Handelsrettens dom ændres i overensstemmelse med det anførte.

Sagsomkostninger

Orkla har i det væsentlige vundet sagen i forhold til både Ankenævnet og Intersnack, som derfor skal betale sagsomkostninger for begge instanser til Orkla.

Orkla har vedrørende sagsomkostninger henvist til artikel 14 i retshåndhævelsesdirektivet (2004/48/EF). Retshåndhævelsesdirektivet angår imidlertid ifølge artikel 1, jf. artikel 2, "de foranstaltninger, procedurer og retsmidler, der er nødvendige for at sikre håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder", idet de i direktivet "fastsatte foranstaltninger, procedurer og retsmidler [finder] anvendelse i overensstemmelse med artikel 3 på enhver krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder som fastsat i fællesskabsretten og/eller den pågældende medlemsstats nationale ret." Direktivet, herunder artikel 14 om sagsomkostninger, angår således ikke spørgsmål som det, der har været til pådømmelse i denne sag.

Herefter, efter den oplyste værdi af sagen på 1 mio. kr. og efter en vurdering af sagens karakter, omfang og forløb, herunder at der har været syn og skøn under anken og forløbet vedrørende Orklas anmodning om præjudiciel forelægelse, som ikke er taget til følge, fastsættes de sagsomkostninger som Ankenævnet skal betale til Orkla til 192.925 kr. og de sagsomkostninger, som Intersnack skal betale til Orkla til 205.225 kr. Beløbene er fastsat således, at Ankenævnet og Intersnack skal betale hver halvdelen af Orklas udgifter til syn og skøn og afhjæmning ekskl. moms på 69.850 kr. og et beløb til dækning af udgift til advokat ekskl. moms på 300.000, i alt 369.850 kr. Herudover skal Ankenævnet betale 8.000 kr. af Orklas udgifter til retsafgift, og Intersnack skal betale de resterende 20.300 kr. Landsretten finder, at der ikke er grundlag for at pålægge

Ankenævnet og Intersnack at erstatte Orklas udgift til den ensidigt indhentedede erklæring fra Dr. Anne Niedermann.

THI KENDES FOR RET:

Sø- og Handelsrettens dom ændres som følger:

De af Estrella ApS og Intersnack Knabber-Gebäck GmbH & Co. KG overfor Orkla Confectionery & Snacks Danmark A/S nedlagte anerkendelsespåstande afvises.

Den ved Ankenævnet for Patenter og Varemærkers kendelse af 21. marts 2018 i sag AN 2017 00006 afgjorte sag hjemvises til Ankenævnet for Patenter og Varemærker til fornyet prøvelse.

Estrella ApS og Intersnack Knabber-Gebäck GmbH & Co. KG frifindes for tiden for Orkla Confectionery & Snacks Danmark A/S' påstand om, at Estrella ApS og Intersnack Knabber-Gebäck GmbH & Co. KG tilpligtes at anerkende, at Orkla har varemærkeretten til det tredimensionelle mærke afbildet i bilag 12.

Ankenævnet for Patenter og Varemærker skal til Orkla Confectionery & Snacks Danmark A/S betale 192.925 kr. i sagsomkostninger for begge instanser.

Estrella ApS og Intersnack Knabber-Gebäck GmbH & Co. KG skal til Orkla Confectionery & Snacks Danmark A/S betale 205.225 kr. i sagsomkostninger for begge instanser.

De idømte sagsomkostninger skal betales inden 14 dage og forrentes efter rentelovens § 8 a.