



SØ- OG HANDELSRETTE DOM

afsagt den 1. november 2021

Sag BS-33436/2020-SHR

RatPac Entertainment, LLC
(advokat Christian L. Bardenfleth v/advokat Pelle Clapp)

mod

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

Hovedintervenient på sagsøgtes side:
Rat Pack Filmproduktion GmbH
(advokat Mikkel Kleis)

Denne afgørelse er truffet af vicepræsident Mads Bundgaard Larsen sammen med de sagkyndige medlemmer Henrik Gundelach og Tina Bøggild.

Sagens baggrund og parternes påstande

Denne sag, der er anlagt den 27. august 2020, drejer sig om prøvelse af Ankenævnet for Patenter og Varemærkers kendelse af 8. april 2021 vedrørende nægtelse af registrering af det ansøgte ordmærke RATPAC for ”produktion og distribution af fjernsynsprogrammer og film” i klasse 41.

Sagens spørgsmål er nærmere bestemt, om Rat Pack Filmproduktion GmbH som anført i Ankenævnets afgørelse havde stiftet varemærkeret ved brug af ordmærket RAT PACK i Danmark for filmproduktion, jf. den dagældende varemærkelovs § 3, stk. 1, nr. 2, før prioritetsdagen for RatPac Entertainments an-søgning om registrering af ordmærket RATPAC den 17. juni 2014.

Sagsøger, RatPac Entertainment, LLC, har nedlagt følgende påstande om foreløbigt registrerede varemærke VR 2015 02390 RATPAC <w> kan registreres endeligt for alle ansøgte tjenesteydelser i klasse 41.

Ad Hovedintervenientens påstand 1: Frifindelse.

Ad Hovedintervenientens påstand 2: Frifindelse.

Sagsøgte, Ankenævnet for Patenter og Varemærker, har nedlagt påstand om frifindelse.

Hovedintervenienten, Rat Pack Filmproduktion GmbH, har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

RatPac Entertainment, LLC skal anerkende, at Rat Pack Filmproduktion GmbH forud for prioritetsdagen for VR 2015 02390 RATPAC <w> har stiftet en ret til varemærket RAT PACK for filmproduktion i Danmark.

Påstand 2

RatPac Entertainment, LLC skal anerkende, at brug af varemærket RATPAC <w> for ”produktion og distribution af fjernsynsprogrammer og film” og ”finansiering af spillefilm” i Danmark udgør en krænkelse af Rat Pack Filmproduktion GmbH's rettigheder til varemærket RAT PACK.

Oplysningerne i sagen

De involverede selskaber

RatPac Entertainment, LLC (herefter RatPac Entertainment) er en amerikansk filmproducent, grundlagt i 2013 af Person 1 og Person 2. RatPac Entertainment har medproduceret en række større Hollywood-film.

Rat Pack Filmproduktion GmbH (herefter Rat Pack GmbH) er en tysk filmproducent, grundlagt i 2002 af Person 3 og Constantin Film AG. Rat Pack GmbH producerer både biograf- og tv-film, video-on-demand-serier og internationale eventproduktioner.

Sagens forløb

RatPac Entertainment indleverede ansøgning om EU-varemærke for ordmærket RATPAC med prioritet fra den 17. juni 2014, som derefter blev konverteret til dansk varemærkeansøgning den 18. juni 2015, hvor den oprindelige prioritets-dato blev opretholdt.

Den 5. maj 2017 traf Patent- og Varemærkestyrelsen afgørelse i indsigelsessagen vedrørende VR 2015 02390 RATPAC <w> mellem indsiger Rat Pack GmbH og indehaver RatPac Entertainment.

Af afgørelsen fremgår følgende bl.a.:

”Vurdering af indsigers ibrugtagne varemærkeret, jf. varemærkelovens § 15, stk. 4, nr. 2

Indsiger har påstået en ret til mærket RAT PACK gennem ibrugtagning i Danmark.

Indsiger har indsendt dokumentation, som viser, at indsiger har optrådt som produktionsselskab på en serie af børnefilm, bestående af 3 film, som er udkommet i Danmark i 2013. På oplysningerne om filmen fremgår det af et af produktionsselskaberne bag filmen er Rat Pack Filmproduktion. På bagsiden af de viste DVD'er fremgår navnet i en logomæssig udformning:



Herudover har indsiger vist dokumentation for produktion af filmen Bølgen, udsendt i Danmark i 2009. Indsiger har indsendt tal for indsigers ud-betalte indtjening fra det danske marked på børnefilmserien for perioden januar-juni 2015.

Foruden oplysningerne om filmudgivelserne, har indsiger vist, at børnefilmserien kan købes i danske webbutikker og kan lånes på biblioteket.

Det er styrelsens vurdering, at indsiger ikke har bevist, at der er opnået en varemærkeret ved brug. Indsiger har vist, at denne har optrådt som produktionsselskab på 1 filmserie bestående af 3 film, udgivet i 2013 og en enkelt film i 2009. Det er ud fra oplysningerne om betaling i første halvår 2015 ikke muligt at få klarhed over udbredelsen af filmserien og deraf udstrækningen af indsigers brug.

Det er ud fra det samlede materiale ikke tilstrækkelig klart, hvad omfanget af indsigers brug af mærket har været, og de eksempler på brug, der er vist

gør det ikke muligt at fastslå, at tredjemand har haft mulighed for at stifte bekendtskab med brugen af mærket.

Det er derfor styrelsens opfattelse, at indsiger ikke har bevist en ibrugtagen ret som kan opnå beskyttelse i henhold til varemærkelovens § 15, stk. 4, nr. 2.”

Patent og Varemærkestyrelsens afgørelse blev herefter indbragt for Ankenævnet for Patenter og Varemærker, som den 28. februar 2018 stadfæstede den påklagede afgørelse. Ankenævnet udtalte i den forbindelse følgende bl.a.:

”Vurderingen af, om klager har opnået varemærkeret til RAT PACK for ”filmproduktion” i Danmark forud for indleveringen af ansøgningen om registrering af det konverterede EU-varemærke RATPAC den 16. juni 2014, skal foretages på baggrund af en konkret helhedsvurdering af sagens forhold.

Det fremgår af den fremlagte dokumentation, at klagers virksomhedsnavn RAT PACK FILMPRODUKTION er gengivet i brødteksten på bagsiden af omslag til fire film, og at kendetegnet RAT PACK i figurlig udformning er gengivet som ét blandt flere andre logoer på disse omslags bagsider.

Det fremgår endvidere af sagens oplysninger, at de pågældende film blev udgivet på det danske marked i perioden 2008 – 2011. Klager har fremlagt omsætningstal for tre af filmene for perioden januar til juni 2015, samt en udateret udskrift af en søgning via søgemaskinen Google, der viser, at eksemplarer af de pågældende film på dette tidspunkt var udbudt til salg. Klager har endvidere indsendt en opgørelse over antallet af trykte covers til tre af filmene, uden at det dog fremgår, hvorvidt de alle er blevet anvendt i forbindelse med afsætning af eksemplarer af de tre film i den relevante periode. Desuden er fremlagt et enkelt skærmpoint fra den uploadede version af én af de fire film på YouTube, hvor kendetegnet RAT PACK er gengivet.

Det nævnte materiale dokumenterer efter Ankenævnet for Patenter og Varemærkers opfattelse ikke, at kendetegnet RAT PACK var taget i brug som varemærke i Danmark på det relevante tidspunkt i sagen den 16. juni 2014.

Klager har herudover fremlagt dokumentation for, at de fire film i varierende omfang har været genstand for udlån på 22 forskellige biblioteker i Danmark i årene 2009-2014, i form af opgørelser som er foretaget på de pågældende biblioteker. Det fremgår dog ikke af det fremsendte materiale, om og i givet fald hvordan kendetegnet RAT PACK anvendes i den forbindelse, og udlånet af de konkrete eksemplarer af filmene kan derfor ikke i sig selv anses for at udgøre varemærkemæssig brug af klagers kendetegn.

Samlet set finder ankenævnet således ikke, at det indleverede materiale dokumenterer, at klager har gjort varemærkemæssig brug af kendetegnet

RAT PACK for ”filmproduktion” i Danmark på tidspunktet for indleveringen af ansøgningen om registrering af det konverterede varemærke RAT-PAC, den 16. juni 2014.

Af tilsvarende grunde finder ankenævnet det ikke godtgjort, at klagers selskabsnavn RAT PACK FILMPRODUKTION nyder en sådan beskyttelse i Danmark, at det i medfør af varemærkelovens § 14, nr. 4 kan udgøre en registreringshindring for det angrebne mærke.

Endvidere har klager over for ankenævnet ikke sandsynliggjort, at indklagede havde eller burde have haft kendskab til klagers brug af varemærket RAT PACK på tidspunktet for ansøgningen af det konverterede varemærke RATPAC den 16. juni 2014. Den omstændighed, at klager nedlagde indsigelse mod registreringen af det nu konverterede EU-varemærke, gør ikke i sig selv at indklagedes varemærke dermed udelukkes fra registrering i medfør af varemærkelovens § 15, stk. 3, nr. 3 og klager har heller ikke på anden måde sandsynliggjort, at klager havde eller burde have haft kendskab til varemærket RAT PACK den 16. juni 2014.

Herefter bestemmes:

Den påklagede afgørelse stadfæstes.”

Rat Pack GmbH indbragte den 26. april 2018 Ankenævnets afgørelse for Sø- og Handelsretten. Under behandlingen af retssagen indleverede Rat Pack GmbH en række nye bilag, der i replikken af 12. oktober 2018 blev beskrevet som følger:

”... Som **bilag 64** fremlægges et screenshot fra Danmarks Statistik, som viser, at der i 2008 blev solgt 18.091 biografbilletter til filmen Die Welle (på dansk: Bølgen). Det bemærkes hertil, at Danmarks Statistik indhenter oplysningerne på baggrund af indberetninger fra danske biografer.

Som **bilag 65** fremlægges en anmeldelse af 11. september 2008 i Jyllands Posten, hvor det fremgår, at Die Welle havde premiere i biograferne Gloria og Vester Vov Vov, København, Cafe-Biografen, Odense, Øst for Paradis, Århus og Biffen, Aalborg.

...

Som **bilag 66** fremlægges et screenshot fra Det Danske Filminstituts (”DFI”) hjemmeside, hvor det fremgår, at Krokodillebanden er tilgængelig som streaming til brug for undervisning via Filmcentralen. Det fremgår endvidere, at filmen kan streames på lokale biblioteker. I tillæg hertil fremlægges som **bilag 67** en Google-søgning, hvoraf det fremgår, at filmen Krokodillebanden siden den 21. januar 2010 har været tilgængelig for offentligheden på DFI’s hjemmeside via det link, som fremgår af bilag 66.

Som **bilag 68** fremlægges et screenshot fra Filmcentralens hjemmeside, hvor det fremgår, at filmen Krokodillebanden er tilgængelig som undervisningsmateriale. I tillæg hertil fremlægges som bilag 69 mailkorrespondance mellem sagsøger og Filmcentralen, hvoraf det fremgår, at Krokodillebanden har været tilgængelig som undervisningsmateriale siden den 26. juni 2013, og at hjemmesiden har haft 7.064 unikke sidevisninger siden denne dato.

Som **bilag 70** fremlægges et screenshot fra DFI's hjemmeside, hvor det fremgår, at filmen Die Welle er tilgængelig på Videoteket. Det fremgår endvidere af bilaget, at filmen har haft premiere i biograferne Vester Vov Vov, Café Biografen (Odense), Biffen (Aalborg), Gloria, Øst for Paradis (Århus) og Empire. Endeligt fremgår af bilaget, at filmen er blevet anmeldt i BT, Berlingske Tidende, Børsen, Ekstra Bladet, Information, Kristeligt Dagblad, Metroxpress, Morgenavisen Jyllandsposten, Politiken og Wee-kendavisen. I tillæg hertil fremlægges som bilag 71 en Google-søgning, hvoraf det fremgår, at oplysningerne om filmen siden den 12. september 2008 har været tilgængelige for offentligheden på DFI's hjemmeside via det link, som fremgår af bilag 70.

Som **bilag 72** fremlægges et screenshot fra Filmcentralen, hvor det fremgår, at der kan tilgås undervisningsmateriale om filmen Die Welle.

Som **bilag 73** fremlægges filmplakaten for filmen Die Welle, som er tilgængelig under bilag 4 til undervisningsmaterialet på Filmcentralen, og som blev anvendt i forbindelse med lanceringen af filmen i 2008. Heraf fremgår sagsøgers varemærker nederst på plakaten.

Som **bilag 74** fremlægges dokumentation for, at PDF-versionen af filmplakaten, som fremgår af bilag 73, blev skabt den 19. december 2008.

Som **bilag 75** fremlægges mailkorrespondance mellem sagsøger og Filmcentralen, hvoraf det fremgår, at materialet vedrørende Die Welle, som fremgår af bilag 72, har været tilgængeligt siden den 26. juni 2013, og at hjemmesiden har haft 33.302 unikke sidevisninger siden denne dato.

...

I tillæg hertil skal det oplyses, at alle film til udlån i bibliotekerne sædvanemæssigt udstilles i deres originale emballage på bibliotekerne. Til dokumentation herfor fremlægges **bilag 76**, som viser DVD-coveret for udlåns-eksemplaret af Die Welle fra Herlev Bibliotek fremsendt af bibliotekar Person 4. Som der ses, bliver filmen udlånt i det originale DVD-cover, hvor-på sagsøgers varemærker fremgår.

Dermed har alle besøgende på de danske biblioteker, hvor filmen kan lånes, jf. bilag 50-53 – og ikke blot de mindst 1.075 personer, som har lånt

sagsøgers film i perioden frem til prioritetsdatoen for indehavers varemærke – haft mulighed for at gøre sig bekendt med sagsøgers varemærker.

Som yderligere dokumentation for brugen af sagsøgers varemærke RAT PACK fremlægges som **bilag 77** et screenshot fra IMDB vedrørende filmen Wickie Auf Grosser Fahrt (engelsk: ”Vickie and the Treasure of the Gods”), hvor det fremgår, at sagsøger er produktionsselskab for filmen.

Som **bilag 78** fremlægges et screenshot fra IMDB, hvor det fremgår, at filmen Wickie and the Treasure of the Gods har vundet Politikens Publikumspris på Den danske Buster Filmfestival 2012.

Som **bilag 79** fremlægges et screenshot fra Youtube, hvoraf det fremgår at sagsøgers varemærke RAT PACK vises i traileren til filmen Vickie and the Treasure of the Gods.

Som **bilag 80** fremlægges et screenshot fra IMDB om filmen Wir sind die Nacht (engelsk: ”We Are the Night”), hvor det fremgår, at sagsøger er produktionsselskab for filmen.

Som **bilag 81** fremlægges et screenshot af programmet for den københavnske filmfestival MIX Copenhagen 2012, hvor det fremgår, at filmen We Are the Night er vist to gange i Empire Bio, hhv. lørdag den 20. oktober 2012 og søndag den 21. oktober 2012.

Som **bilag 82** fremlægges et screenshot fra Youtube, hvoraf det fremgår at sagsøgers varemærker og selskabsnavn vises i traileren til filmen We Are the Night. ...”

På baggrund af disse oplysninger besluttede Ankenævnet at genoptage sagen, hvilket førte til en omgørelse af Ankenævnets tidligere kendelse af 28. februar 2018 ved kendelse af 30. juni 2020, hvoraf fremgår følgende bl.a.:

”Ankenævnet udtaler:

Klager har under retssagen fremlagt nyt materiale, der viser, hvorledes klagers figurmærke, RAT PACK, er blevet anvendt i forbindelse med salg, distribution og udlån af klagers film i Danmark, samt hvorledes figurmærket er blevet gengivet i forbindelse med selve afspilningen af disse film og i trailerne herfor.

Ankenævnet finder, at det indleverede materiale dokumenterer, at klager har gjort varemærkemæssig brug af kendetegnet RAT PACK for ”filmproduktion” i Danmark på tidspunktet for indleveringen af ansøgningen om registrering af det konverterede varemærke RATPAC, den 16. juni 2014, jf. den på indsigelsestidspunktet gældende varemærkelovs § 15, stk. 4, nr. 2.

Det ansøgte mærke, RATPAC, har såvel synsmæssig som lydligt en høj grad af lighed med klagers mærke, RAT PACK. Da de af ansøgningen omfattede tjenesteydelser i klasse 41, nemlig ”produktion og distribution af fjernsynsprogrammer og film”, er sammenfaldende med eller ligartede med tjenesteydelsen ”filmproduktion”, finder ankenævnet, at der foreligger en risiko for forveksling mellem det ansøgte mærke og klagers mærke, jf. varemærkelovens § 15, stk. 1, nr. 2, for så vidt angår disse tjenesteydelser.

Herefter bestemmes:

Det ansøgte mærke nægtes registrering for ”produktion og distribution af fjernsynsprogrammer og film” i klasse 41.”

På baggrund af denne kendelse indgav RatPac Entertainment den 27. august 2020 stævning i nærværende sag med påstand om, at Ankenævnet skulle anerkende, at den foreløbige varemærkeregistring VR 2015 02390 skulle registreres endeligt for alle ansøgte klasser, herunder ”produktion og distribution af fjernsynsprogrammer og film” i klasse 41.

Under nærværende retssags forberedelse besluttede Ankenævnet at genoptage sagen på ulovbestemt grundlag, idet Ankenævnet fandt, at der var sket en ikke uvæsentlig sagsbehandlingsfejl.

Ved kendelse af 8. april 2021, der som anført er genstand for prøvelse i nærværende sag, ophævede ankenævnet herefter sin kendelse af 30. juni 2020 og traf samtidig på ny afgørelse om, at det ansøgte mærke nægtes registrering for ”produktion og distribution af fjernsynsprogrammer og film” i klasse 41. Af kendelsen af 8. april 2021 fremgår bl.a. følgende:

”Sagsøger (indklagede) gjorde i sin replik af 19. januar 2021 blandt andet gældende, at ankenævnets afgørelse af 30. juni 2020 ikke begrundes, hvilken dokumentation der er tillagt vægt. Ankenævnet fandt herefter, at det var forpligtet til at genoptage sagen på ulovbestemt grundlag, idet ankenævnets begrundelse i AN 2020 00003 ikke indeholdt de hovedhensyn, som var bestemmende for resultatet i afgørelsen, og at dette er en ikke uvæsentlig sagsbehandlingsfejl.

Ankenævnet udtaler

Ankenævnet ophæver sin kendelse af 30. juni 2020 og genoptager sagen på ulovbestemt grundlag.

Ankenævnet har efter genoptagelsen af sagen på ny vurderet, hvorvidt klager har dokumenteret at have stiftet varemærket gennem brug af Rat Pack forud for prioritetsdatoen for indklagedes foreløbige varemærkeregistring, jf. den på indsigelsestidspunktet gældende varemærkelovs § 15, stk. 4, nr. 2.

Brugen af et kendetegn for tjenesteydelsen ”filmproduktion” vil kunne dokumenteres ved at fremlægge materiale, der viser, at kendetegnet har været anvendt i Danmark i forbindelse med de film, som indehaveren har produceret, og som er blevet markedsført og distribueret på det danske marked.

Klager har i sagen fremlagt dokumentation for brugen af RAT PACK for og i forbindelse med fire sådanne film, nemlig filmen BØLGEN og de tre film i serien om Krokodillebanden, nemlig Krokodillebanden, Krokodillebanden vender tilbage og Krokodillebanden – alle for én.

For så vidt angår filmen BØLGEN, blev den vist og set i danske biografteater, jf. bilag 70 og bilag 64, ligesom den har været tilgængelig på DVD. Klagers figurmærke, RAT PACK, er tydeligt gengivet som et selvstændigt kendetegn på filmplakaten, jf. bl.a. bilag 73, ligesom det tydeligt fremgår af omslaget på DVD-kopien af filmen, jf. bl.a. bilag 76.

Klagers figurmærke fremgår ligeledes tydeligt og som et selvstændigt kendetegn på omslagene til DVD-kopierne af de tre film om Krokodillebanden, der er tilgængelige på dansk, jf. bilagene 24, 34 og 44, ligesom mærket gengives i de trailers for filmene, som er offentliggjort på YouTube, jf. bilagene 22, 32 og 42.

Det er på den baggrund, at ankenævnet finder, at klager har dokumenteret varemærkemæssig brug af Rat Pack for ”filmproduktion” forud for prioritetsdatoen for indklagedes foreløbige varemærkeregistrering, jf. varemærkelovens § 15, stk. 4, nr. 2.

Det ansøgte mærke, RATPAC, har såvel synsmæssigt som lydligt en høj grad af lighed med klagers mærke, RAT PACK. Da de af ansøgningen omfattede tjenesteydelser i klasse 41, nemlig ”produktion og distribution af fjernsynsprogrammer og film”, er sammenfaldende med eller ligearterede med tjenesteydelsen ”filmproduktion”, finder ankenævnet tillige, at der foreligger en risiko for forveksling mellem det ansøgte mærke og klagers mærke, jf. varemærkelovens § 15, stk. 1, nr. 2, for så vidt angår disse tjenesteydelser.

Herefter bestemmes

Ankenævnets kendelse af 30. juni 2020 ophæves.

Det ansøgte mærke nægtes registrering for ”produktion og distribution af fjernsynsprogrammer og film” i klasse 41.”

Til brug for Sø- og Handelsrettens afgørelse af sagen har Rat Pack GmbH fremlagt en række bilag, herunder oversigter over antal biblioteksudlån, skærm-prints fra diverse hjemmesider, omsætningsopgørelser, e-mails med oplysninger om antal solgte biografbilletter, distributionsaftaler, filmplakater, DVD-

covers, *term sheets*, mv., der alle relaterer sig til filmene ”Bølgen” , ”Krokodille-banden 1-3” , ”Vickie and the Treasure of the Gods” eller ”We are the Night” . Under hovedforhandlingen blev endvidere forevist trailerklip samt indledningen til flere af de ovennævnte film.

Dette materiale var også fremlagt for Ankenævnet, og det kan således lægges til grund, at der ikke er fremlagt nye oplysninger for retten i forhold til grundlaget for Ankenævnets afgørelse af 8. april 2021.

Parternes synspunkter

For RatPac Entertainment, LLC, er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med sammenfattende processkrift af 17. august 2021, hvoraf fremgår:

”... 3 ANBRINGENDER

Til støtte for den nedlagte påstand gør sagsøger overordnet gældende, at Rat Pack Filmproduktion GmbH ikke har stiftet varemærkeret ved ibrug-tagning af mærket "Rat Pack" forud for prioritetsdagen for sagsøgers foreløbige registrerede varemærke VR 2015 02390 RATPAC <w> den 17. juni 2014.

Både Patent- og Varemærkestyrelsen og Ankenævnet har i deres tidligere afgørelser taget stilling til og vurderet, at såvel omfanget og karakteren af Rat Pack Filmproduktion GmbH's brug af mærket "Rat Pack" ikke opfylder kravene til at stifte varemærkeret til mærket som følge af brugen.

Sagsøger gør gældende, at den af Rat Pack Filmproduktion GmbH fremlagte dokumentation i bilag 7, som tilsyneladende har været udslagsgivende for en modsatrettet afgørelse fra Ankenævnet, blot bekræfter omfanget og karakteren af Rat Pack Filmproduktion GmbH's brug af mærket "Rat Pack", således som den allerede havde været forelagt Patent- og Varemærkestyrelsen og Ankenævnet i deres tidligere afgørelser.

Det gøres derfor gældende, at Ankenævnets subsumption og anvendelse af varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 3, i sag AN 2020 00003 og AN 2021 00008 er forkert og i modstrid med dens egen tidligere afgørelse i samme sag (AN 2017 00014), og at afgørelsen som konsekvens medfører en for lempelig tærskel for stiftelse af varemærkeret ved brug i strid med gældende dansk og europæisk retspraksis indenfor varemærkeretten.

Således gøres det gældende, at Ankenævnets afgørelse i sag AN 2020 00003 såvel som AN 2021 00008 reelt er en omvurdering af samme faktiske oplysninger, som forelå i sag AN 2017 00014, idet der efter sagsøgers opfattelse ikke er fremkommet nye faktiske oplysninger i sagen.

3.1 Kravene til stiftelse af varemærkeret ved brug

Det følger af varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 3 (daværende nr. 2), at varemærkeret kan stiftes ved "*brug af et individuelt varemærke her i landet for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket vedvarende anvendes, når brugen har et omfang, der er af mere end lokalt afgrænset karakter.*"

Sagsøger henviser til, at vurderingen af hvorvidt der er etableret varemærkeret ved brug sker efter samme kriterier som vurderingen af hvorvidt brugspligten for varemærker er opfyldt, se hertil EU-domstolens dom i C-12/12, præmis 33 (Levi Strauss). Etablering af varemærkeret vurderes således efter en række kriterier, men retningsgivende vil altid være om mærket faktisk opfattes som et varemærke angivende et produkts oprindelse. "Varemærkets væsentligste funktion er overfor forbrugerne at identificere den virksomhed, hvorfra varen hidrører", C-12/12, præmis 26.

Brugspligten var eksempelvis årsagen til, at MOBIL fik ophævet sit varemærke i sagen AN 2005 0004,6 eftersom den konkrete dokumenterede brug af ordet MOBIL ikke var varemærkebrug.

Ligeledes kan henvises til EU-domstolens dom i C-689/15, der vedrørte brugspligt for et mærke, der blev anvendt af en række producenter som et særligt kvalitetsmærke. Kriteriet for om et sådant kvalitetsmærke kunne anses for at være brugt var, at det "(...) over for forbrugerne garanterer, at disse varer hidrører fra én bestemt virksomhed, der kontrollerer fremstillingen af de nævnte varer, og som kan tillægges ansvaret for deres kvalitet".

Endvidere fremgår det af Patent- og Varemærkestyrelsens guidelines vedrørende "Rettigheder til varemærker stiftet ved brug", at der stilles "(...) visse krav til brugens intensitet, varighed og geografiske udstrækning". Hertil opstiller styrelsen som overordnet kriterie, at: "*(d)et væsentlige er, at den relevante omsætningskreds har haft mulighed for at få kendskab til den skete brug af mærket på en tilstrækkelig effektiv måde.*"

3.2 Dokumentationen fremlagt til støtte for brug af "Rat Pack"

Rat Pack Filmproduktion GmbH har i sagsforløbet for henholdsvis Patent- og Varemærkestyrelsen, Ankenævnet og Sø- og Handelsretten henvist til markedsføringen af fire spillefilm ("Die Welle" fra 2008 og "Die Vorstadt-krokodile" 1-3 fra 2009, 2010 og 2011) som grundlag for at have taget mærket "Rat Pack" i brug og har til støtte herfor fremlagt dokumentation relateret til karakteren og omfanget af udbredelsen af disse film.

Sagsøger gør i relation til den fremlagte dokumentation overordnet gældende, at karakteren af den viste brug af selve mærket "Rat Pack" i forbindelse med markedsføringen af ovennævnte film er så underordnet og inkonsekvent, at den relevante omsætningskreds ikke har haft mulighed for at stifte kendskab til den viste brug af mærket på en tilstrækkelig effektiv måde. Når dette sammenholdes med, at de omtalte film har opnået en yderst beskedent udbredelse og indtjening i Danmark, er der derfor ikke

grundlag for, at Rat Pack Filmproduktion GmbH har stiftet varemærkeret til mærket "Rat Pack", jf. varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 3.

Den dokumenterede brug af Rat Pack Filmproduktion GmbH's mærke "Rat Pack" i Danmark viser kun i meget begrænset udstrækning brug mærket "Rat Pack" i markedsføringen af filmene. Det kan for hver enkelt film nævnes, at filmene ikke er markedsført som en "Rat Pack" eller "Rat Pack Filmproduktion GmbH" film.

Til illustration heraf viser de fremlagte filmomtaler i underbilag 5.18, 5.19, 5.29, 5.30, 5.39, 5.40, 7.68 og 7.72 ingen omtale af Rat Pack Filmproduktion GmbH's mærke eller endda navnet Rat Pack Filmproduktion GmbH. Underbilag 7.66 angiver sågar "Constantin" som producent af filmen "Krokodillebanden", mens underbilag 5.20 angiver studie som "Angel Films" og udgiver som "Imperial Entertainment", men ingen reference til Rat Pack Filmproduktion GmbH eller "Rat Pack" som tegn.

Det fremgår videre af de af Rat Pack Filmproduktion GmbH's fremlagte DVD-covers for "Krokodillebanden", "Krokodillebanden Vender Tilbage!" og "Krokodillebanden Alle For En!", at "Angel Films præsenterer" (på coverets forside), hvor Angel Films hjemmeside og "© Angel Films All rights reserved"-teksten tillige fremgår af coverets bagside jf. underbilag 5.24, 5.34, 5.44 og 5.45. Derimod er "Rat Pack" tegnet placeret nederst på de pågældende covers bagside blandt mellem 9-14 forskellige logoer uden særlig fremhævelse og "Rat Pack Filmproduktion" indgår derudover kun i brødteksten i småt nederst på bagsiden.

Tilsvarende er filmen "Die Welle" ("Bølgen") markedsført med kendetegnet "Atlantic" på DVD-coverets forside, hvor "Atlanticfilm.se" fremgår på coverets bagside, jf. underbilag 6.10. Her fremgår "Rat Pack" alene på bagsiden placeret på en række med 7 logoer, hvor der tillige er 10 andre logoer på en række længere nede i samme størrelse.

Den påberåbte brug af "Rat Pack" på selve filmene er således yderst begrænset og af underordnet karakter og udgør ikke varemærkebrug således som filmene er markedsført.

Rat Pack Filmproduktion GmbH har fremlagt en række bilag relateret til trailere for ovennævnte film på YouTube. I underbilag 5.21 (og 5.22) henvises til en trailer som er vist 14.000 gange, underbilag 5.31 (og 5.32) henviser til en trailer, som er vist 10.000 gange, mens underbilag 5.41 (og 5.42) henviser til en trailer, som er vist 96.000 (118.000 pr. d.d.) gange. Fælles for disse trailere er dog, at det er uvist, hvor mange gange disse er vist i perioden fra, hvor de er gjort tilgængelige (efteråret 2013) frem til prioritetsdatoen i 2014, idet der for alle bilag er tale om skærmpoint foretaget flere år efter prioritetsdatoen, ligesom det er uvist i hvilken udstrækning, der tale om visninger i Danmark eller udlandet. Derfor vil bevisværdien, hvad angår antal visninger, være begrænset. Hvad angår selve brugen af det figurlige

tegn "Rat Pack Filmproduktion" som vist i screenshot fremlagt som under-bilag 5.22, 5.32 og 5.42, bemærkes det, at denne visning optræder som nummer 2 ud af 3 tegn som vises i en hurtig sekvens på samlet 2 sekunder, hvorfor det er for alle trailere klart, at en seer ikke vil kunne (eller kun i meget begrænset omfang) nå at opfatte brugen af det figurlige tegn "Rat Pack Filmproduktion" i traileren, der altså vises i en brøkdél af ét sekund, som det også er fremført af Ankenævnet i svarskriftet, jf. bilag 6. Videre henvises til, at det er "Rabalder Bio" der står som afsender af videoen (som vist i underbilag 5.22, 5.32 og 5.42).

Foruden den meget begrænsede brug af "Rat Pack" mærket på selve filme-ne kommer, at filmene alene i yderst begrænset omfang har opnået udbre-delse i Danmark, hvilket Rat Pack Filmproduktion GmbH's egen opgørelse også viser i "støttebilag 1", underbilag 5.54a. Derudover strækker en række af de fremlagte udlånstal sig over en periode, der ligger efter ansøgnings-datoen, hvorfor disse tal allerede af den grund ikke kan indgå i vurderin-gen.

Filmenes begrænsede udbredelse i Danmark bekræftes med tydelighed i de for Sø- og Handelsretten fremlagte omsætningstal, der viser Rat Pack Filmproduktion GmbH's omsætning i Danmark i underbilag 5.23, 5.33 og 5.43. Disse opgørelser viser alle en identisk omsætning på EUR 5.000 for hver film, hvilket - udover at måtte betragtes som en meget lille omsætning for en spillefilm - derfor må antages alene at være udtryk for Rat Pack Film-produktion GmbH's forskudsbetaling, jf. de fremlagte distributionsaftaler i underbilag 5.26 og 5.36 (pkt. 10) samt underbilag 5.47 (pkt. 9) og ikke om-sætning overfor forbrugere, som altså ikke har kunnet overstige den aftalte forskudsbetaling med distributøren Atlantic.

3.3 Ankenævnets vurdering af den fremlagte dokumentation

Sagsøger gør gældende, at Ankenævnet allerede havde taget stilling til, vurderet og afvist, at den fremlagte dokumentation for markedsføringen af fire spillefilm ("Die Welle" fra 2008 og "Die Vorstadtkrokodile" 1-3 fra 2009, 2010 og 2011) kunne danne grundlag for, at Rat Pack Filmproduktion GmbH's havde mærket "Rat Pack" brug, jf. Ankenævnets afgørelse i sag AN 2017 00014.

Ankenævnet gjorde gældende i sit svarskrift (bilag 6, s. 3), at de i stævnin-gen fremlagte bilag (bilag 5 med underbilag) og oplysninger om de fire film allerede havde indgået i Ankenævnet vurdering, og godtgjorde ikke, at mærket "Rat Pack" var taget i brug som varemærke:

"Rat Pack Filmproduktion GmbH har ikke godtgjort, at der er grund-lag for at underkende Ankenævnets bedømmelse af, at Rat Pack Filmproduktion GmbH ikke havde erhvervet varemærkeret til kende-tegnet RAT PACK ved brug forud for den 16. juni 2014.

Ankenævnet forstår oplysningerne i stævningen sådan, at Rat Pack Filmproduktion GmbH alene har brugt kendetegnet Rat Pack i Danmark i forbindelse med distributionen af de fire film "Die Welle" fra 2008 og "Die Vorstadtkrokodile" 1-3 fra 2009, 2010 og 2011.

Oplysningerne om de fire film, som også indgik i sagen for Ankenævnet, godtgør imidlertid ikke, at Rat Pack Filmproduktion GmbH havde taget kendetegnet RAT PACK i brug i Danmark før den 16. juni 2014."

På den baggrund forstår sagsøger, at grundlaget for Ankenævnets beslutning om at genoptage sagen og en modsatrettet afgørelse i sag AN 2020 00003 baserer sig på Rat Pack Filmproduktion GmbH's bilag fremlagt ved replikken (bilag 7 med underbilag).

Sagsøger gør gældende, at den i bilag 7 (med underbilag) viste dokumentation ikke indeholder nye faktiske oplysninger (af relevans) om Rat Pack Filmproduktion GmbH's brug af mærket "Rat Pack", som ikke allerede er indgået i Ankenævnets tidligere afgørelse. Sagsøger gør derfor gældende, at Ankenævnets afgørelse i sag AN 2020 00003 ikke baserer sig på et nyt faktisk grundlag forskelligt fra Ankenævnets afgørelse i sag AN 2017 00014, hvorfor Ankenævnets subsumption og anvendelse af varemærke-lovens § 3, stk. 1, nr. 3, i sag AN 2020 00003, er forkert og i modstrid med dens egen tidligere afgørelse i samme sag.

Den fremlagte dokumentation i underbilag 7.64-7.82 består af dokumentation, som blot bekræfter den allerede fremlagte dokumentation om brugen af "Rat Pack" eller dokumentation, der ikke viser brug af mærket "Rat Pack" (fx filmomtaler uden brug af/henvisninger til "Rat Pack").

Det samme gælder i relation til Ankenævnets nye afgørelse i sag AN 2021 00008. Der er således ikke noget i Ankenævnets nye afgørelse af 8. april 2021 (bilag A) (AN 2021 00008), der ændrer på, at Ankenævnets subsumption og anvendelse af varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 3, er forkert og i modstrid med dens egen tidligere afgørelse i samme sag.

I perioden mellem Ankenævnets nye afgørelse af 8. april 2021 og den tidligere afsagte afgørelse af 30. juni 2020 er der således ikke fremkommet noget ny dokumentation til støtte for ibrugtagning. Ankenævnets nye afgørelse om ibrugtagning er således båret af den samme dokumentation som den tidligere afgørelse, og den eneste forskel er således, at Ankenævnet i den nye afgørelse nu har præciseret, hvilken dokumentation der mere præcist er tillagt vægt ved afgørelsen. Ankenævnet henviser da heller ikke til sådan nyt materiale i afgørelsen.

For så vidt angår filmen Bølgen, udtaler Ankenævnet i sin nye afgørelse, at figurmærket Rat Pack er "tydeligt" gengivet som et selvstændigt kendetegn på filmplakaten og omslaget på DVD-kopien af filmen og henviser i den

forbindelse bl.a. til bilag 73 og 76. På tilsvarende vis udtaler nævnet, at Rat Pack figurmærket fremgår "tydeligt" og som et selvstændigt kendetegn på omslagene til DVD-kopierne af de tre film om Krokodillebanden og henviser til bilag 24, 34 og 44.

RatPac bestrider i særdeleshed, at brugen skulle være tydelig. I den forbindelse skal det understreges, at det relevante at se på i forhold til spørgsmålet om ibrugtagning er Rat Pack-ordbestandsdelen i de viste eksempler, hvor figurmærket indgår. Her skal det særligt fremhæves, at ordbestandsdelen er meget lille og svært læsbar og med en størrelse på ca. 2 millimeter i højden ud af det samlede DVD-omslag på ca. 185 millimeter. Brugen er således yderst begrænset og af underordnet karakter og udgør ikke varemærke-brug således som filmene er markedsført.

De bilag, Ankenævnet i sit svarskrift henviser til som støtte for den nye vurdering af Ankenævnet, har desuden en meget begrænset bevisværdi (hvis nogen) i spørgsmålet om, hvorvidt der er stiftet en varemærket ved ibrugtagning pr. 17. juni 2014.

Helt overordnet skal enhver dokumentation til støtte for, at der skulle være stiftet varemærket ved ibrugtagning, både vise, hvordan mærket er brugt, intensiteten af en sådan brug og den geografiske udstrækning heraf (udenlandsk brug tæller selvsagt ikke), som ligger forud for den relevante prioritetsdato. Dette følger også af Patent- og Varemærkestyrelsens guide-lines om "Rettigheder til varemærker stiftet ved brug".

Når Ankenævnet i svarskriftet henviser til udskrifter fra hjemmesiden IMDb.com (bilag 7.78 og 7.80), er der altså tale om bilag, som har en yderst begrænset værdi (hvis nogen overhovedet), når det kommer til dokumentation for ibrugtagning af et varemærke i Danmark, da det ikke er hjemmesider, der er rettet mod Danmark (tværtimod).

Ligeledes er en oplysning i bilag 7.75 (dokumentation for visning af udskrift fremlagt i bilag 7.70) fra Det Danske Filminstitut om, at der siden den 26. juni 2013 har været 33.302 unikke visninger, også meget lidt sigende om intensiteten af den viste brug, idet disse visninger er en optælling over en periode på mere end 5 år, hvor alene 12 måneder heraf ligger inden for den relevante periode, dvs. inden prioritetsdagen den 17. juni 2014. Dette er ligeledes dokumentation, som Ankenævnet særligt henviser til i sit svarskrift, og som har en meget begrænset bevisværdi.

Derudover kunne man i svarskriftet få det indtryk, at DVD-coveret til filmen "Bølgen" (vist både i bilag 5.10 og bilag 7.76) først er fremlagt efter Ankenævnets første afgørelse, hvilket ikke er korrekt, idet dette DVDcover allerede indgik i Ankenævnets behandling i den første afgørelse, se fx bilag 4, s. 9. Som allerede bemærket, er karakteren af brugen af mærket Rat Pack på dette cover yderst minimal, hvor "Rat Pack" alene fremgår på bagsiden placeret på en række med 7 logoer, hvor der tillige er 10 andre logoer på en

række længere nede i samme størrelse. Filmen er faktisk primært markeds-ført under kendetegnet "Atlantic" på DVD-coverets forside, hvor "Atlantic-film.se" fremgår på coverets bagside.

Det må også afvises, at den tyske trailer til filmen "Vickie and the Treasure of the Gods" på YouTube (bilag 7.79) eller en engelsksproget trailer på YouTube for den tyske film "We are the Night" (bilag 7.82) kan have nogen bevisværdi i spørgsmålet om ibrugtagning af et varemærke i Danmark.

Hvad angår den fremlagte dokumentation for udbredelsen af filmen "Bølgen"/"Die Welle", henviser Ankenævnet til fremlagte omsætningstal (bilag 5.5), solgte biografbilletter (bilag 7.64) samt trailer for filmen (bilag 5.9). Omsætningen viser dog ikke Hovedintervenientens indtjening på filmen (som må antages at være betydeligt lavere); og antallet af solgte biografbilletter skal ses i lyset af, at dette antal solgte biografbilletter placerer filmen på en 101. plads for flest solgte biografbilletter i Danmark i år 2008 ifølge Danmarks Statistik, hvilket blot understreger, at der er tale om en niche-film. Når dette sammenholdes med, at filmen ikke er markedsført som en "Rat Pack Filmproduktion GmbH"-film eller under et mærke indeholdende "Rat Pack", dokumenterer udbredelsen af filmen "Bølgen" således ikke varemærkebrug, hvorved den relevante omsætningskreds har mulighed for at stifte kendskab til et sådan mærke.

RatPac bestrider ikke, at der må foretages en helhedsbedømmelse af de samlede faktiske oplysninger i sagen i spørgsmålet om, hvorvidt der er stiftet varemærket ved ibrugtagning.

Det er heller ikke korrekt, at RatPac's synspunkter i sagen hviler på en antagelse om, at Ankenævnet har foretaget "en fragmenteret og isoleret bedømmelse af de enkelte dokumenter" i dets vurdering. Derimod hviler RatPac's synspunkter i sagen på den samlede fremlagte dokumentation for ibrugtagning af mærket "Rat Pack" (eller mangel på samme).

Når Ankenævnet derimod i sit svarskrift lægger særlig vægt på dokumentation, der efter gældende varemærkepraksis har en meget lav bevisværdi for ibrugtagning af et varemærke (hvis nogen), taler dette klart for, at Ankenævnets bevisvurdering er forkert.

Som det allerede er blevet fremført i stævningen, så kan det for hver enkelt film, som i sagen har været vist med en ganske snæver udbredelse i Danmark (filmene i "Krokodillebanden"-serien samt "Bølgen"), nævnes, at filmene ikke er markedsført som "Rat Pack" eller "Rat Pack Filmproduktion GmbH"-film. Karakteren af den viste brug af selve mærket "Rat Pack" i forbindelse med markedsføringen af ovennævnte film er så underordnet og inkonsekvent, at den relevante omsætningskreds ikke har haft mulighed for at stifte kendskab til den viste brug af mærket på en tilstrækkelig effektiv måde.

Dette skal sammenholdes med, at de omtalte film har opnået en yderst beskeden udbredelse og indtjening i Danmark, og der er derfor ikke grundlag for, at Rat Pack Filmproduktion GmbH har stiftet varemærkeret til mærket "Rat Pack", jf. varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 3.

3.4 Sø- og Handelsretten skal foretage en grundig og udtømmende prøvelse af Ankenævnets afgørelse

RatPac gør gældende, at Sø- og Handelsretten skal foretage udtømmende prøvelse af Ankenævnets bevisbedømmelse foretaget i den indbragte afgørelse.

I Ankenævnets anden afgørelse i AN 2020 00003 begrundende ankenævnet ikke, hvilken dokumentation der var tillagt vægt, idet Ankenævnet kom frem til en modsat vurdering end i sin oprindelige afgørelse, hvor Ankenævnet kom frem til, at Hovedintervenienten ikke havde stiftet varemærkeret ved ibrugtagning af mærket "Rat Pack" forud for prioritetsdagen den 17. juni 2014. Først efter genoptagelsen (sag AN 2021 00008), hvor ankenævnet genoptog sagen, "idet ankenævnets begrundelse i AN 2020 00003 ikke indeholdt de hovedhensyn, som var bestemmende for resultatet i afgørelsen" ("en ikke uvæsentlig sagsbehandlingsfejl"), fremkom ankenævnet med en begrundelse for, hvilken dokumentation der mere præcist var tillagt vægt ved afgørelsen.

I retspraksis og den forvaltningsretlige litteratur er det antaget, at forvaltningens sagsbehandlingsfejl kan intensivere domstolsprøvelsen og medvirke til en mere tilbundsgående prøvelse af afgørelsens materielle indhold.

I nærværende sag genoptog Ankenævnet netop sagen på ulovbestemt grundlag, idet ankenævnets begrundelse i AN 2020 00003 ikke indeholdt de hovedhensyn, som var bestemmende for resultatet i afgørelsen, og at dette var "en ikke uvæsentlig sagsbehandlingsfejl", se Ankenævnets afgørelse af 8. april 2021 (bilag A), s. 27. Ankenævnet har således selv erkendt, at der er begået en ikke uvæsentlig sagsbehandlingsfejl.

RatPac gør gældende, at tilstedeværelsen af denne ikke uvæsentlige sagsbehandlingsfejl må føre til, at Sø- og Handelsretten skal foretage en grundig og fuldstændig prøvelse af Ankenævnets seneste afgørelse, herunder hvorvidt Hovedintervenienten har dokumenteret ibrugtagning ved varemærkemæssig brug af Rat Pack for "filmproduktion" forud for prioritetsdagen for RatPacs foreløbige varemærkeregistriering, jf. varemærkelovens § 15, stk. 4, nr. 2.

At Ankenævnet har ændret/justeret sin afgørelse ad tre omgange, understreger så meget desto mere behovet for, at Sø- og Handelsretten foretager en grundig og fuldstændig prøvelse af Ankenævnets afgørelse, herunder af de faktiske oplysninger, der ligger til grund for afgørelsen, og afgørelsens materielle indhold. Der et væsentligt hensyn at tage til RatPac, der rimeligvis må have afklaring af deres varemærkeretlige retsstilling efter i første

omgang at have fået administrative afgørelser i to instanser, der afviste en tidligere stiftet varemærkeret ved ibrugtagning, og derfor nu har behov for en afgørelse truffet på et betryggende og fuldstændigt prøvet grundlag, hvor afgørelsen tager højde for samtlige af sagens relevante omstændigheder og fastsætter en rimelig tærskel for stiftelse af varemærkeret ved ibrugtagning i overensstemmelse med dansk varemærkeret.

3.5 Hovedintervenients påstand 2

Til støtte for RatPac's påstand om frifindelse over for Hovedintervenients påstand 2 henvises der til, at RatPac har registreret varemærkeret i klasse 36 for finansiering af spillefilm for ordmærket RATPAC, hvor Ankenævnet altså ikke nægtede registrering af RatPac's varemærke for disse tjenesteydelser, jf. også Ankenævnets svarskrift.

Hovedintervenienten har dermed fået afvist sin indsigelse med hensyn til klasse 36 af Ankenævnet, herunder Hovedintervenientens anbringende om, at de i klasse 36 omhandlede tjenesteydelser skulle være ligartede med "produktion og distribution af fjernsynsprogrammer og film" i klasse 41.

Hovedintervenienten har ikke valgt at indbringe Ankenævnets afgørelse for domstolene på dette punkt, hvorfor Hovedintervenientens anbringende herom må afvises allerede af den grund, da fristen for indbringelse af Ankenævnets afgørelse er udløbet. ...”

For Ankenævnet for Patenter og Varemærker er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 17. august 2021, hvoraf fremgår:

”... 3. ANBRINGENDER

Det gøres overordnet gældende, at der ikke er det fornødne sikre grundlag for at tilsidesætte Ankenævnets vurdering af, at der var grundlag for at genoptage sagen, og at der var grundlag for at nægte endelig registrering af mærket RATPAC for klasse 41, idet der var stiftet varemærkeret ved ibrugtagning af mærket RAT PACK forud for prioritetsdagen.

3.1 Domstolsprøvelsen

Det følger af Højesterets praksis, at blot fordi der kan rejses en vis tvivl om en myndigheds vurdering, skal domstolene ikke nødvendigvis tilsidesætte myndighedens afgørelse. Domstolene må særskilt vurdere, om der er det fornødne grundlag for at tilsidesætte myndighedens afgørelse, jf. U.2018.1160H.

En tilsidesættelse af Ankenævnets afgørelse kræver, at der er fornødent sikkert grundlag herfor.

Det skal ved domstolsprøvelsen af Ankenævnets afgørelse tages i betragtning, at Ankenævnet er sammensat af et formandskab og et antal medlemmer, som skal besidde den bedst mulige sagkundskab vedrørende bl.a. varemærker. Hertil kommer, at Ankenævnets afgørelser træffes på baggrund af et skøn af de konkrete oplysninger i en given sag. Det kræver derfor et sikkert grundlag at tilsidesætte Ankenævnets afgørelse, jf. bl.a. U.2020.715V og Vestre Landsrets dom af 18. august 2020.

Bevisbyrden påhviler RatPac Entertainment LLC, som den der vil have Ankenævnets afgørelse tilsidesat.

Den bevisbyrde har selskabet ikke løftet.

Det, som RatPac Entertainment LLC ikke er enig i, er Ankenævnets konkrete bevisbedømmelse af den dokumentation, der forelå på afgørelsestidspunktet om Rat Pack Filmproduktion GmbHs brug af mærket RAT PACK.

RatPac Entertainment LLC støtter stævningen på de samme synspunkter, som blev fremsendt til Ankenævnet den 25. juni 2020. Ankenævnet har således inddraget disse synspunkter og efter en konkret helhedsbedømmelse vurderet, at der var grundlag for at nægte endelig registrering af mærket.

Stævningen må forstås således, at det, som RatPac Entertainment LLC anfægter, er Ankenævnets konkrete bevisbedømmelse. Det kan ikke føre til en tilsidesættelse af afgørelsen.

3.2 Den konkrete sag

Ankenævnet har med rette vurderet, at der var grundlag for at genoptage sagen, og at der var grundlag for at nægte endelig registrering af mærket RATPAC for klasse 41, idet der var stiftet varemærkeret ved ibrugtagning af mærket RAT PACK forud for prioritetsdagen.

Myndighederne har adgang til at genoptage sager på ulovbestemt grundlag, når der er fremkommet nye faktiske oplysninger af så væsentlig betydning for sagen, at der er en vis sandsynlighed for, at sagen ville have fået et andet udfald, hvis oplysningerne havde foreligget i forbindelse med myndighedens oprindelige stillingtagen til sagen.

Ankenævnet har med rette vurderet, at der var grundlag for at genoptage sagen, idet der under den tidligere retssag var fremkommet nye og for sagen væsentlige oplysninger, som ville kunne føre til et andet resultat, hvis de havde været fremsendt til ankenævnet, da ankenævnet oprindeligt tog stilling til sagen.

På baggrund af en samlet bedømmelse af sagens akter, herunder bilagene fremlagt med replikken i retssagen anlagt angående ankenævnets oprindelige afgørelse (bilag 7.64-8.84), vurderede ankenævnet, at Rat Pack Filmproduktion GmbH havde dokumenteret, at mærket RAT PACK var taget i

brug varemærkemæssigt på prioritetsdagen den 16. juni 2014, jf. den dagældende varemærkelovs § 15, stk. 4, nr. 2, og at RatPac Entertainment LLC's mærke RATPAC derfor ikke kunne registreres i klasse 41, jf. lovens § 15, stk. 1, nr. 2.

Mærket RAT PACK har bl.a. været brugt for og i forbindelse med fire film; Bølgen og de tre film i serien om Krokodillebanden - Krokodillebanden, Krokodillebanden vender tilbage og Krokodillebanden – alle for én. Filmen Bølgen blev vist og set i danske biografer, jf. bilag 7.70 og bilag 7.64, ligesom den har været tilgængelig på DVD. RAT PACK er tydeligt gengivet som et selvstændigt kendetegn på filmplakaten, jf. bl.a. bilag 7.73, og det fremgår ligeledes tydeligt af omslaget på DVD-kopien af filmen, jf. bl.a. bilag 7.76.

Det fremgår af bilag 7.70, som er et screenshot fra undervisningsplatformen, www.dfi.dk, at Rat Pack Filmproduktion GmbH er produktionsselskab af filmen "Bølgen" (dansk titel). Det Danske Filminstitut (DFI) har i bilag 7.75 oplyst, at der siden den 26. juni 2013 har været 33.302 unikke visninger heraf.

Figurmærket fremgår også tydeligt og som et selvstændigt kendetegn på omslagene til DVD-kopierne af de tre film om Krokodillebanden, der er tilgængelige på dansk, jf. bilagene 5.24, 5.34 og 5.44, ligesom mærket gengives i de trailers for filmene, som er offentliggjort på YouTube, jf. bilagene 5.21, 5.22, 5.31, 5.32, 5.41 og 5.42.

Rat Pack Filmproduktion GmbH fremstår endvidere som producer af filmen på coveret af DVD-udgaven af filmen (bilag 7.76), ligesom selskabet er anført på IMDB-siderne for filmene "Vickie and the Treasure of the Gods" (bilag 7.78), "Vickie and the Treasure of the Gods, Buster Award" (bilag 7.79) og "We are the Night" (bilag 7.80). Af traileren til filmen "Vickie and the Treasure of the Gods", som er tilgængelig på YouTube, fremgår Rat Pack Filmproduktion GmbHs mærke tydeligt 15 sekunder inde i videoen (bilag 7.79), ligesom Rat Pack Filmproduktion GmbH er anført som producer i traileren til "We are the Night" 2:08 sekunder inde i videoen (bilag 7.82).

Hertil kommer de oplysninger, som allerede forelå ankenævnet, herunder at kendetegnet RAT PACK var blevet brugt i Danmark i forbindelse med distributionen af de fire film "Bølgen" fra 2008 og "Krokodillebanden" 1-3 fra 2009, 2010 og 2011.

Udskrifter fra Boxofficemojo.com (bilag 5.5) viser, at filmen "Bølgen" i Danmark blev vist i fire uger i 2008 og havde en samlet indtjening i Danmark på ca. kr. 366.000,-. Der blev solgt i alt 18.091 biografbilletter til filmen i Danmark (bilag 7.64). Af traileren til filmen fra YouTube fremgår mærket "Rat Pack Filmproduktion" i 2 sekunder (bilag 5.9).

Derudover er figurmærket, RAT PACK, blevet anvendt i forbindelse med salg, distribution og udlån af Rat Pack Filmproduktion GmbHs film i Dan-mark, jf. eksempelvis bilag 5.54.1-5.54.26.

Efter en konkret skønsmæssig vurdering af det samlede materiale om bru-gen af mærket, fandt Ankenævnet det godtgjort, at Rat Pack Filmproduk-tion GmbH havde gjort varemæssig brug af sit mærke på prioritetsdagen den 16. juni 2014 og dermed havde erhvervet varemærkeret til kendetegnet RAT PACK forud for denne dato.

RatPac Entertainment LLC har i stævningen, s. 4, anført, at ankenævnets afgørelse reelt er en omvurdering af samme faktiske oplysninger, som forelå ved den oprindelige afgørelse (bilag 5.1), og at der således ikke er fremkommet nye faktiske oplysninger. Ankenævnet er ikke enig heri.

Det forhold, at ankenævnet forud for modtagelsen af de under retssagen mellem ankenævnet og Rat Pack Filmproduktion GmbH fremlagte bilag ikke fandt, at der var ført tilstrækkeligt bevis for, at der var stiftet varemærkeret ved ibrugtagning af mærket RAT PACK i Danmark og efter modtagelsen af akterne fandt, at der nu var ført det tilstrækkelige bevis, er et udtryk for den konkrete skønsmæssige vurdering, som ankenævnet skal foretage i alle sager. Som anført ovenfor vurderede ankenævnet netop efter en helhedsvurdering, at de tidligere akter i den oprindelige sag sammen med de nye faktiske oplysninger, der fremkom med replikken, udgjorde tilstrækkelig dokumentation for ibrugtagning.

RatPac Entertainment LLCs synspunkter i sagen bygger på en antagelse om, at ankenævnet har foretaget en fragmenteret og isoleret bedømmelse af de enkelte dokumenter ved vurderingen af, om RatPack Filmproduktion GmbH havde stiftet varemærkeret til mærket RAT PACK ved ibrugtag-ning.

Som anført ovenfor har Ankenævnet ved afgørelsen foretaget en konkret skønsmæssig helhedsvurdering af de faktiske oplysninger i sagen, og ikke om det enkelte eksempel på brugen af mærket RAT PACK (alene) udgør tilstrækkelig dokumentation for ibrugtagning.

RatPac Entertainment LLC har herefter ikke bevist, at der er det fornødne sikre grundlag for at tilsidesætte Ankenævnets afgørelse.

Ankenævnets skal derfor frifindes. ...”

For Rat Pack Filmproduktion GmbH er der i det væsentlige procederet i over-ensstemmelse med påstandsdokumentet af 17. august 2021, hvoraf fremgår:

”... 2. Anbringender

2.1. Generelt om de nedlagte påstande

Sagen mellem RatPac Entertainment, LLC og Ankenævnet angår en efterprøvelse af Ankenævnets afgørelse, dvs. spørgsmålet om hvorvidt vare-mærket RATPAC kan føres til endelig registrering, eller om varemærket skal nægtes endelig registrering for tjenesteydelsen ”produktion og distribution af fjernsynsprogrammer og film” i klasse 41 med henvisning til Rat Pack Filmproduktion GmbH’s ældre ibrugtagne rettigheder, jf. den tidligere varemærkelovs § 15, stk. 4, nr. 2, jf. § 3, stk. 1, nr. 2 og § 14, nr. 4.

Rat Pack Filmproduktion GmbH’s selvstændige påstande angår spørgsmålet om, hvorvidt RatPac Entertainment, LLC skal forpligtes til at anerkende eksistensen af Rat Pack Filmproduktion GmbH’s ældre rettighed til vare-mærket RAT PACK for filmproduktion, og hvorvidt Rat Pack Filmproduktion GmbH’s faktiske brug eller fremtidige brug af varemærket RATPAC i Danmark udgør en krænkelse af Rat Pack Filmproduktion GmbH’s varemærkerettigheder, jf. den tidligere varemærkelovs § 4, stk. 1, nr. 2, jf. § 3, stk. 1, nr. 2.

Interventionsstævningen er indleveret i medfør af retsplejelovens § 251. Det gøres gældende, at Rat Pack Filmproduktion GmbH har mulighed for at nedlægge de to selvstændige påstande, idet disse har en sådan sammenhæng med RatPac Entertainment, LLC’s oprindelige krav, at påstandene bør behandles under sagen . Denne opfattelse er ubestridt af RatPac Entertainment, LLC og Ankenævnet.

2.2. Generelt om rettens vurdering

Hverken Ratpac Entertainment, LLC eller Ankenævnet har i nærværende sag bestridt, at der er risiko for forveksling mellem de af sagen omhandlede varemærker RATPAC og RAT PACK for så vidt angår tjenesteydelsen filmproduktion. Sagen drejer derfor hovedsageligt om, hvorvidt Rat Pack Filmproduktion GmbH har dokumenteret at have stiftet en ret til RAT PACK som varemærke, kendetegn og/eller selskabsnavn i Danmark forud for prioritetsdatoen for VR 2015 02390 RATPAC <w> den 17. juni 2014.

Ved afgørelsen skal der foretages en samlet vurdering af, om alle de fremlagte bilag vedrørende ibrugtagningen af ordmærkerne ”Rat Pack” og ”Rat Pack Filmproduktion” samt figurmærket



(samlet benævnet ”varemærket RAT PACK”) udgør tilstrækkelig dokumentation for, at Pack Filmproduktion GmbH har stiftet en varemærkeret forud for prioritetsdagen for varemærke VR 2015 02390 RATPAC <w>. Det gøres gældende, at dette gælder uanset om og i hvilket

omfang, Ankenævnet måtte have vægtet dokumentationen i forbindelse med afsigelsen af den kendelse, der er genstand for sagen.

Det gøres gældende, at bestanddelen ”Filmproduktion” i hovedintervenientens selskabsnavn og varemærke er beskrivende for den tjenesteydelse, som er relevant for sagen, nemlig filmproduktion. Dermed skal der ses bort fra denne bestanddel ved vurdering af både, hvorvidt hovedintervenienten ved brug har stiftet en rettighed til varemærket RAT PACK for filmproduktion i Danmark, og hvorvidt der er risiko for forveksling med mellem varemærkerne RAT PACK og RATPAC efter den tidligere varemærkelovs § 4, stk. 1, nr. 2 og § 15, stk. 4, nr. 2.

2.3. Hovedintervenientens har stiftet en varemærkeret ved ibrugtagning af varemærket RAT PACK for filmproduktion forud for prioritetsdatoen for VR 2015 02390 RATPAC <w>

2.3.1. Generelt om kravene til ibrugtagning

De relevante kriterier følger af den tidligere varemærkelovs § 3, stk. 1, nr. 2. Det skal derfor vurderes, om der forud for prioritetsdatoen for VR 2015 02390 RATPAC <w> er sket en ibrugtagning af varemærket RAT PACK her i landet for den relevante tjenesteydelse filmproduktion, og om varemærket på dette tidspunkt vedvarende blev brugt for denne tjenesteydelse.

Varemærket RAT PACK har ubestridt et iboende særpræg for filmproduktion. Derfor kan der ikke stilles de samme krav til dokumentationen for ibrugtagning af varemærket i henhold til den tidligere varemærkelovs § 3, stk. 1, nr. 2, som der skal stilles til dokumentation for opnåelse af særpræg gennem ibrugtagningen efter varemærkelovens § 3, stk. 3.

Det gøres derfor overordnet gældende, at varemærkeretten til RAT PACK skal anses for stiftet allerede den første gang, der er gjort en reel brug af varemærket over for omsætningskredsen på en måde, som kan betegnes som almindelig varemærkemæssig brug i branchen, og som medfører, at omsætningskredsen har fået kendskab til varemærket.

Det gøres i den forbindelse gældende, at filmproduktionsvirksomhed kun sjældent markedsføres på anden måde end i forbindelse med markedsføringen af de film, der er produceret. Filmproduktionsvirksomhedens navn og varemærke markedsføres derfor som regel kun i forbindelse med udgivelse, markedsføring, salg, fremvisning og anden omtale af de film, der er produceret.

Kravene til at etablere en varemærkeret gennem ibrugtagning er i praksis beskedne, idet der ikke stilles krav om, at den brug, der er gjort af varemærket, skal være af betydeligt omfang, hverken i henseende til volumen eller geografisk område.

2.3.2. Hovedintervenientens har dokumenteret ibrugtagning af RAT PACK som varemærke for filmproduktion

Den af Rat Pack Filmproduktion GmbH fremlagte dokumentation for ibrugtagningen af varemærket RAT PACK kan sammenfattende kategori-seres som følger:

Dokumentation vedrørende Rat Pack Filmproduktion GmbH's, herunder samarbejdspartneres, egen brug af varemærket RAT PACK:

- Brug af varemærket RAT PACK på DVD-covers distribueret i Danmark: bilag 5.10, 5.11, 5.24, 5.34, 5.44 og 5.45
- Brug af varemærket RAT PACK på filmplakater: bilag 7.73 og 7.74
- Brug af varemærket RAT PACK i indledningen af film distribueret i Danmark: bilag 5.12, 5.25, 5.35 og 5.46

Dokumentationen vedrørende omfanget af brugen af varemærket RAT PACK:

- Solgte biografbilletter: bilag 5.15 og 7.64 (vedrører Danmark), 5.27 og 5.37 (vedrører Tyskland og Østrig)
- Omsætning på salg af DVD'er i Danmark: bilag 5.23, 5.33 og 5.43
- Trykte danske udgaver af DVD-covers: bilag 5.48
- Brug af varemærket RAT PACK i internationale medier rettet mod Danmark: bilag 5.21, 5.22, 5.31, 5.32, 5.41 og 5.42
- Brug af varemærket RAT PACK i internationale medier, som er tilgængelige fra Danmark: bilag 5.8, 7.77, 7.79, 7.80 og 7.82
- Omtale af varemærket RAT PACK i artikler i danske medier: bilag 5.6, 5.7, 5.17, 5.28 og 5.38
- Distribution af DVD'er via danske biblioteker 5.49 – 5.54 og 7.76 samt bilag Adc. A, som viser en oversigt over minimum antal udlån af DVD'erne, der er sket via danske biblioteker i perioden 1. januar 2009 – 16. juni 2014 (mindst 1.075 eksemplarer af filmene Bølgen og Krokodillebanden 1 – 3).

Dokumentation som ikke direkte viser brugen af varemærket RAT PACK, men som understøtter den øvrige dokumentation for ibrugtagning af varemærket:

- Dokumentation for distributionskanaler for DVD'er: bilag 5.19, 5.20, 5.29, 5.30, 5.39 og 5.40
- Distributionsaftaler: bilag 5.13, 5.14, 5.26, 5.36, 5.39, 5.40 og 5.47
- Dokumentation for adgang til streaming via danske hjemmesider: bilag 7.66 – 7.69
- Omtaler af film produceret af Rat Pack Filmproduktion GmbH og tildelte priser: bilag 5.18, 7.70, 7.71, 7.78 og 7.81
- Brug af film produceret af Rat Pack Filmproduktion GmbH som undervisningsmateriale: bilag 7.72 og 7.75

Det gøres med henvisning til den fremlagte dokumentation overordnet gældende, at omsætningskredsen har haft mulighed for at gøre sig bekendt

med, at de af sagen omhandlede film er produceret af hovedintervenienten. Det gøres derfor gældende, at kriteriet i den tidligere varemærkelovs § 3, stk. 1, nr. 3 er opfyldt, idet varemærket RAT PACK er brugt i overens-stemmelse med varemærkets grundlæggende funktion, som er at angive oprindelsen af de tjenesteydelser, som markedsføres under varemærket (oprindelsesfunktionen).

Det gøres gældende, at også den brug, som ikke er sket ved direkte autori-sation fra Rat Pack Filmproduktion GmbH, fx gennem omtaler i artikler og andre medier, udgør relevant dokumentation for stiftelse af retten til RAT PACK gennem ibrugtagning.

Med den konsekvente anvendelse af det beskrivende ord "Filmproduk-tion" i forlængelse af den særprægede del af Rat Pack Filmproduktion Gm-bH's mærke RAT PACK, har det stået klart for omsætningskredsen, at Rat Pack Filmproduktion GmbH har produceret de omhandlede film.

Den af Rat Pack Filmproduktion GmbH fremlagte dokumentation viser dermed samlet, at der er gjort brug af RAT PACK som varemærke her i landet i overensstemmelse med mærkets oprindelsesfunktion forud for prioritetsdatoen for VR 2015 02390 RATPAC <w>.

2.3.3. Brugen af varemærket RAT PACK har været vedvarende

Den af Rat Pack Filmproduktion GmbH fremlagte dokumentation viser, at der er gjort vedvarende brug af varemærket RAT PACK i Danmark i ca. 6 år fra udgivelsen af filmen "Bølgen" /"Die Welle" i 2008 indtil prioritetsda-toen for VR 2015 02390 RATPAC <w>.

Det gøres gældende, at retten til et ibrugtaget varemærke kun kan bortfal-de, hvis brugen er ophørt definitivt. I den relevante periode, som Rat Pack Filmproduktion GmbH har dokumenteret brug af varemærket RAT PACK for, er der sket en kontinuerlig brug ved bl.a. fremvisning af film i biografer og løbende salg og udlån af DVD'er og lancering af nye film på det danske marked. Der har således på intet tidspunkt været et ophør, endsige et defi-nitivt ophør, i brugen af varemærket i Danmark.

2.3.4. Brugen af varemærket RAT PACK er sket i et omfang, der er af mere end lokalt afgrænset karakter

Kravet om brug af varemærket i et omfang, der er af mere end lokalt af-grænset karakter, er det eneste krav i den nugældende varemærkelovs § 3, stk. 1, nr. 3 til det kvantitative omfang af brugen af varemærket. Kravet fandtes dog ikke i den udgave af varemærkeloven, som var i kraft på prio-ritetsdagen for VR 2015 02390 RATPAC <w>, jf. den tidligere varemærke-lovs § 3, stk. 1, nr. 2.

Uanset dette gøres det gældende, at brugen af varemærket RAT PACK er sket i et omfang, der er mere end lokalt afgrænset karakter.

Det fremgår eksempelvis af bilag 7.65, at filmen ”Bølgen” /”Die Welle” blev afspillet i biografer i de fire største byer i Danmark (København, Odense, Aarhus og Aalborg).

Også af oversigten over bibliotekernes udlån af DVD’erne med filmene produceret af Rat Pack Filmproduktion GmbH fremlagt som bilag Adc. A fremgår det, at distributionen har været landsdækkende.

Dertil kommer, at de medier, som har omtalt filmene og gengivet vare-mærket RAT PACK i samme forbindelse, har haft en landsdækkende ud-bredelse.

4. Hovedintervenientens brug af varemærket RATPAC <w> for ”produktion og distribution af fjernsynsprogrammer og film” og ”finansiering af spillefilm” i Danmark udgør en krænkelse af hovedintervenientens rettigheder til varemærket RAT PACK

Hvis retten finder, at Rat Pack Filmproduktion GmbH har stiftet en ret til varemærket RAT PACK for filmproduktion i Danmark, giver stiftelsen Rat Pack Filmproduktion GmbH en eneret, jf. varemærkelovens § 4, stk. 1.

Eneretten omfatter tegn, der er identiske med varemærket og anvendes i forbindelse med ydelser, som er identiske med dem, for hvilke varemærket er beskyttet, jf. varemærkelovens § 4, stk. 2, nr. 1 samt tegn, som er identiske med eller ligner varemærket, og ydelserne er af samme eller lignende art, såfremt der er risiko for forveksling, herunder at det antages, at der er en forbindelse med varemærket, jf. varemærkelovens § 4, stk. 2, nr. 2.

Som følge af den lydæssige og begrebsmæssige identitet samt den høje grad af visuel lighed mellem varemærkerne RAT PACK og RATPAC, gøres det gældende, at der er en meget høj grad af lighed mellem varemærkerne.

Eftersom ydelsen ”produktion og distribution af fjernsynsprogrammer og film”, som er omfattet af VR 2015 02390 RATPAC <w>, er identisk med ydelsen filmproduktion, som Rat Pack Filmproduktion GmbH har stiftet en varemærkeret for, vil brugen af varemærket RATPAC <w> for ”produktion og distribution af fjernsynsprogrammer og film” udgøre en krænkelse af Rat Pack Filmproduktion GmbHs rettigheder efter varemærkelovens § 4, stk. 2, nr. 1, subsidiært § 4, stk. 2, nr. 2.

Det gøres dertil gældende, at ”finansiering af spillefilm”, som er omfattet af VR 2015 02390 RATPAC <w>, er ligartet med ydelsen filmproduktion.

Det bemærkes, at klassificeringen af ”finansiering af spillefilm” i klasse 36 i en anden klasse i Niceklassifikationen end filmproduktion i klasse 41 ikke

er afgørende for vurderingen af ligheden mellem ydelserne. Det afgørende er, at finansiering af spillefilm i sagens natur vil indebære en finansiering af filmproduktion. Der er dermed tale om to ydelser, som i praksis er afhængige af hinanden, dvs. komplementerende, og ydelserne leveres inden for den samme branche, nemlig filmbranchen. Dertil kommer, at virksomheder, som står bag henholdsvis finansieringen af spillefilm og produktionen af spillefilm, typisk begge vil blive markedsført over for den samme kundekreds i forbindelse med markedsføringen af en spillefilm.

Det gøres derfor gældende, at kunderne vil kunne forveksle varemærkerne RAT PACK og RATPAC, eller antage at der er en forbindelse mellem disse varemærker, hvis varemærket RATPAC bliver anvendt i forbindelse med finansiering af spillefilm.

Brugen af varemærket RATPAC for ”finansiering af spillefilm” vil derfor udgøre en krænkelse af Rat Pack Filmproduktion GmbH’s rettigheder efter varemærkelovens § 4, stk. 2, nr. 2.

Ratpac Entertainment, LLC har gjort gældende, at Ankenævnet har afvist hovedintervenientens indsigelse med hensyn til de i klasse 36 omhandlede tjenesteydelser, herunder anbringendet om at disse tjenesteydelser skulle være ligeartede med ”produktion og distribution af fjernsynsprogrammer og film” i klasse 41. Denne opfattelse er imidlertid ikke korrekt, idet Rat Pack Filmproduktion GmbH’s oprindelige indsigelse mod VR 2015 02390 RATPAC alene rettede sig mod tjenesteydelserne i klasse 41, jf. indsigelse af 17. december 2015 (bilag Adc. B). Som følge heraf har hverken Patent- og Varemærkestyrelsen eller Ankenævnet, som påstået af Ratpac Entertainment LLC, taget stilling til spørgsmålet om lighed mellem tjenesteydelserne i henholdsvis klasse 36 og klasse 41, og der er derfor ikke af den grund grundlag for at afvise hovedintervenientens anbringende.

2.5. Hovedintervenientens kendetegn udgør en hindring for registrering og brug af varemærket RATPAC

Hvis retten, trods indholdet af de fremlagte bilag, ikke finder det dokumenteret, at sagsøger har etableret en varemærket til RAT PACK, gøres det subsidiært gældende, at sagsøger har dokumenteret, at betegnelsen RAT PACK er taget i brug på en sådan måde, at der er stiftet en kendetegnsretlig adkomst for sagsøger til denne betegnelse, som udgør en hindring for registrering af VR 2015 02390 RATPAC, jf. den tidligere varemærkelovs § 15, stk. 4, nr. 2 og markedsføringslovens § 22.

2.6. Hovedintervenientens selskabsnavn udgør en hindring for registrering og brug af varemærket RATPAC

Hovedintervenienten har anvendt selskabsnavnet Rat Pack Filmproduktion GmbH i Danmark for filmproduktion i hvert fald siden 2008, jf. bl.a. underbilag bilag 5.5 og 7.64. Denne brug må i medfør af det ovenfor anførte

anses for at have været kontinuerlig og vedvarende frem til prioritetsdato-en for VR 2015 02390 RATPAC <w>.

Eftersom hovedintervenienten har anvendt sit virksomhedsnavn i Danmark til identifikation af hovedintervenientens ydelser over for kunder og samarbejdspartnere, skal indehavers varemærke nægtes registrering i klasse 36 for finansiering af spillefilm og klasse 41 for produktion og distribution af fjernsynsprogrammer og film, jf. den tidligere varemærkelovs § 14, nr. 4, ligesom brugen af varemærket RATPAC vil krænke hovedintervenientens rettigheder.

3. Konklusion

På grundlag af de fremlagte bilag gøres det gældende, at Rat Pack Filmproduktion GmbH har dokumenteret at have stiftet en ret til RAT PACK som varemærke, kendetegn og/eller selskabsnavn i Danmark forud for prioritetsdatoen for VR 2015 02390 RATPAC <w> den 17. juni 2014.

Eftersom der er en høj grad af mærkelighed mellem varemærkerne RAT PACK og RATPAC samt identitet mellem på den ene side filmproduktion, som varemærket RAT PACK er ibrugtaget for og på den anden side ydelsen ”produktion og distribution af fjernsynsprogrammer og film” i klasse 41, som VR 2015 02390 RATPAC <w> foreløbigt er registreret for, skal VR 2015 02390 RATPAC <w> nægtes endelig registrering for disse ydelser, jf. den tidligere varemærkelovs § 15, stk. 4, nr. 2, jf. § 3, stk. 1, nr. 2. Ankenævnet skal derfor have medhold i sin frifindelsespåstand.

Af samme grunde skal RatPac Entertainment, LLC anerkende, at Rat Pack Filmproduktion GmbH forud for prioritetsdagen for varemærke VR 2015 02390 RATPAC <w> har stiftet en ret til varemærket RAT PACK for filmproduktion i Danmark, ligesom RatPac Entertainment, LLC skal anerkende, at brug af varemærket RATPAC i Danmark udgør en krænkelse af Rat Pack Filmproduktion GmbH’s varemærkerettigheder, jf. varemærkelovens § 4, stk. 2, nr. 2, jf. den tidligere varemærkelovs § 3, stk. 1, nr. 2.

Som følge af at ”finansiering af spillefilm” er ligeartet med produktion af spillefilm, og at ydelserne komplementerer hinanden, gøres det gældende, at der er risiko for forveksling, hvis RatPac Entertainment, LLC gør brug af varemærket RATPAC i Danmark for denne ydelse. RatPac Entertainment, LLC skal derfor anerkende at brug af varemærket RATPAC for finansiering af spillefilm i Danmark udgør en krænkelse af Rat Pack Filmproduktion GmbH’s rettigheder, jf. varemærkelovens § 4, stk. 2, nr. 2, jf. den tidligere varemærkelovs § 3, stk. 1, nr. 2. ...”

Rettens begrundelse og resultat

Denne sag angår prøvelse af kendelse af 8. april 2021 fra Ankenævnet for Patenter og Varemærker, hvor registrering af ordmærket "RATPAC" for "produktion og distribution af fjernsynsprogrammer og film" i klasse 41 blev nægtet under henvisning til, at Rat Pack GmbH havde dokumenteret varemærkemæssig brug af "Rat Pack" for "filmproduktion" forud for prioritetsdagen for RatPac Entertainments foreløbige varemærkereгистраering, jf. den dagældende varemærkelovs § 15, stk. 4, nr. 2.

Rettens prøvelse omfatter fuldt ud det faktuelle grundlag og retsanvendelsen i Ankenævnets afgørelse, mens tilsidesættelse af skønsmæssige vurderinger forudsætter et sikkert grundlag, jf. herved Højesterets dom af 27. november 2019 trykt i UfR 2020.524. Rettens prøvelse intensiveres ikke som følge af, at det fremgår af Ankenævnets afgørelse, at Ankenævnet i en tidligere afgørelse i samme sag havde begået en ikke uvæsentlig sagsbehandlingsfejl. Det samme gælder for det forhold, at Ankenævnet tidligere var kommet til et andet resultat på et andet faktisk grundlag.

Spørgsmålet om, hvorvidt Rat Pack GmbH havde stiftet varemærkeret ved brug af "Rat Pack" for filmproduktion forud for prioritetsdagen den 17. juni 2014, beror på en konkret helhedsvurdering af samtlige relevante faktorer, hvor det afgørende er, om den skete brug af mærket i kvalitativ og kvantitativ henseende samlet set har ført til en tilstrækkelig effektiv ibrugtagning som varemærke over for den relevante omsætningskreds.

Retten finder, at Ankenævnet i sin afgørelse af 8. april 2021 har foretaget en bedømmelse af sagen inden for den angivne retlige ramme under inddragelse af de relevante og fornødne faktiske oplysninger, og retten finder ikke, at der er det fornødne sikre grundlag for at tilsidesætte den skønsmæssige vurdering af spørgsmålet om ibrugtagning efter den dagældende varemærkelovs § 3, stk. 1, nr. 2, som nævnet har foretaget.

På den anførte baggrund frifinder retten Ankenævnet for Patenter og Varemærker og tager Rat Pack GmbH's påstand 1 til følge.

For så vidt angår Rat Pack GmbH's påstand 2, finder retten, at Rat Pack GmbH som hovedintervenient har en selvstændig retlig interesse i pådømmelse af påstand 2. Da det endvidere kan lægges til grund som ubestridt, at der foreligger en risiko for forveksling, jf. varemærkelovens § 4, stk. 2, nr. 2, tages påstanden til følge.

Det samlede resultat bliver herefter, at Ankenævnet frifindes, og at Rat Pack GmbH's påstand 1 og 2 tages til følge.

Efter sagens udfald skal RatPac Entertainment betale sagsomkostninger til Ankenævnet og Rat Pack GmbH. Sagsomkostningerne til Ankenævnet fastsættes efter sagens karakter, omfang og forløb til 25.000 kr. inkl. moms, som angår udgifter til advokatbistand. Sagsomkostningerne til Rat Pack GmbH fastsættes på samme grundlag til 25.000 kr. inkl. moms.

THI KENDES FOR RET:

Ankenævnet for Patenter og Varemærker frifindes.

RatPac Entertainment, LLC skal anerkende, at Rat Pack Filmproduktion GmbH forud for prioritetsdagen for VR 2015 02390 RATPAC <w> har stiftet en ret til varemærket RAT PACK for filmproduktion i Danmark.

RatPac Entertainment, LLC skal anerkende, at brug af varemærket RATPAC <w> for ”produktion og distribution af fjernsynsprogrammer og film” og ”finansiering af spillefilm” i Danmark udgør en krænkelse af Rat Pack Filmproduktion GmbH’s rettigheder til varemærket RAT PACK.

RatPac Entertainment, LLC skal i sagsomkostninger betale 25.000 kr. inkl. moms til Ankenævnet for Patenter og Varemærker og 25.000 kr. inkl. moms til Rat Pack Filmproduktion GmbH.

Sagsomkostningerne skal betales inden 14 dage og forrentes efter rentelovens § 8 a.