RESUMÉ:

AN 2019 00013 – VR 2017 01864 REYULTI <w> – Administrativ ophævelse

Der blev anmodet om administrativ ophævelse af registreringen VR 2017 01864 REYULTI <w>. Anmodningen blev fremsat med henvisning til anmoders ældre EU-registrering EUTM 012681375 RAYALDEE <w> (klasse 5). Patent- og Varemærkestyrelsen tog ikke begæringen til følge og opretholdt registreringen. Denne afgørelse blev indbragt for Ankenævnet for Patenter og Varemærker, som stadfæstede styrelsens afgørelse.

KENDELSE:

År 2020, den 21. oktober afsagde Ankenævnet for Patenter og Varemærker

(Henrik Rothe, Tine Sommer, Jens Schovsbo og Eva Nødskov Aaen)

følgende kendelse i sagen **AN 2019 00013**

Klage fra

OPKO Ireland Global Holdings Ltd., Irland

v/ Lundgrens Advokatpartnerselskab

Anmoder

over

Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse af 29. januar 2019 vedr. VR 2017 01864 REYULTI <w>

Indehaver:

H. Lundbeck A/S

Ankenævnet har behandlet sagen skriftligt.

Ankenævnet udtaler:

Ankenævnet bemærker indledningsvis, at indsigelsen ligger forud for ændringen af varemærkeloven, lov nr. 1533 af 18. december 2018 med ikrafttræden 1. januar 2019. Ankenævnets vurdering i denne sag beror derfor på bestemmelserne i den dagældende varemærkelov, lovbekendtgørelse nr. 223 af 26. februar 2017.

Spørgsmålet for ankenævnet er, om der er risiko for forveksling mellem indklagedes mærke REYULTI <w> og klagers ældre EU-varemærke RAYALDEE <w>. Begge mærker er registreret for farmaceutiske præparater i klasse 5.

Patent- og Varemærkestyrelsen fandt ikke, at der er risiko for forveksling, da mærkerne på trods af enkelte lydlige og synsmæssige ligheder adskiller sig tydeligt fra hinanden, idet de bl.a. ingen fælles stavelser har. Klager har heroverfor anført, at styrelsen ikke har taget mærkernes overordnede helhedsindtryk i betragtning og heller ikke har vurderet forvekslingsrisikoen i relation til mærkernes særpræg eller den relevante kundekreds, herunder især patienter. Klager fremhæver dertil også, at styrelsen ikke har lagt tilstrækkelig vægt på produktreglen eller taget det udviskede erindringsbillede i betragtning i sammenligningen af varemærkerne.

Ankenævnet er enig i, at der er fuldstændigt varesammenfald og varelighed mellem registreringerne. Det afgørende bliver derfor, i hvilken grad mærkerne adskiller sig fra hinanden. Som det er fremhævet af klager, følger det herved af produktreglen, at kravene til mærke-lighed mindskes ved varesammenfald. Der må således i den konkrete sag kræves en relativt stor forskel mellem de to ordmærker, for at der ikke foreligger en risiko for forveksling.

Ankenævnet finder i den forbindelse og på samme måde som styrelsen, at forskellene mellem de to mærker – REYULTI og RAYALDEE – er betydelige. Ser man på synsbilledet, har mærkerne således placeringsmæssigt kun tre bogstaver til fælles, vokalfølgen er forskellig, og det dobbelte E i slutningen af RAYALDEE er visuelt markant. Med hensyn til udtalen gør klager gældende, at indklagedes mærke vil blive udtalt "rejulti", mens klagers mærke vil blive udtalt "rejaldi", hvorved der består en vis lydmæssig lighed. Begge mærker består af kunstord, og en dansk gennemsnitsforbruger vil ikke have ord med en kendt udtale at falde tilbage på som støtte for udtalen af de to ord. Ankenævnet kan imidlertid ikke se, hvorfor den første vokal i klagers mærke (bogstavet A) af en dansk gennemsnitsforbruger skulle blive udtalt som "e", eller hvorfor de to bogstaver EE i slutningen af klagers mærke ville blive udtalt som et "i". Ligheden er således ikke så tydelig, som hævdet af klager. Mærkerne adskiller sig derved med en lydmæssig længdeforskel. Da indklagedes mærke endelig vil blive udtalt med et afsluttende "i", medfører EE i slutningen af klagers mærke således, at der er en reel forskel også med hensyn til mærkernes udtale.

På denne baggrund finder ankenævnet på samme måde som styrelsen, at der på grund af de samlet set betydelige forskelle mellem de to mærker ikke er risiko for forveksling, jf. varemærkelovens § 15, stk.1, nr. 2, selv om varerne er identiske. Klagers mærkes iboende særpræg kan ikke føre til et andet resultat. Det kan heller ikke den omstændighed, at mærkerne anvendes for farmaceutiske præparater, jf. herved navnlig det anførte om de udtalemæssige forskelle.

Herefter bestemmes:

Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse af 29. januar 2019 stadfæstes.

Sagens baggrund:

Den 10. juli 2017 indleverede H. Lundbeck A/S en ansøgning om registrering af mærket REYULTI <w> for følgende varer:

Klasse 5: Farmaceutiske og medicinske præparater og stoffer; vacciner; farmaceutiske præparater og stoffer til forebyggelse og behandling af lidelser og sygdomme i, genereret fra eller med virkning på centralnervesystemet; farmaceutiske præparater og stoffer, der virker på centralnervesystemet; centralnervesystemstimulanser; farmaceutiske præparater og stoffer til forebyggelse og behandling af psykiatriske og neurologiske lidelser og sygdomme; farmaceutiske præparater og stoffer til forebyggelse og behandling af demens, Alzheimers sygdom og lidelse, svimmelhed, anfald, slagtilfælde, depression, kognitiv svækkelse, kognitive forstyrrelser og sygdomme, humørsvingninger, psykose, angst, apati, epilepsi; farmaceutiske præparater og stoffer til forebyggelse og behandling af Lennox-Gastaut syndrom (LGS), sklerose, porfyri, Huntingtons sygdom og lidelse, søvnløshed, Parkinsons sygdom og lidelse, fald, bevægelseslidelser og bevægelsesforstyrrelser, tremor, skizofreni, bipolar sygdom og lidelse, mani, ADHD, PTSD, agitation, onkologi, migræne, smerte, alkoholisme og afhængighed; præparater, stoffer, reagenser og midler til diagnostiske og medicinske formål.

I brev af 25. september 2017 meddelte Patent- og Varemærkestyrelsen ansøger H. Lundbeck A/S, at varemærket REYULTI med ansøgningsnummer VA 2017 01509 ville blive registreret for de ansøgte varer.

Varemærket REYULTI fik registreringsnummer VR 2017 01864 og blev registreret den 4. oktober 2017. Registreringen blev offentliggjort i Dansk Varemærketidende den 4. oktober 2017.

I e-mail af 11. juni 2018 indleverede Lundgrens Advokatpartnerselskab en anmodning om administrativ ophævelse af VR 2017 01864 REYULTI <w> på vegne af OPKO Ireland Global Holdings, Ltd. med henvisning til dennes ældre EU-registrering EUTM 012681375 RAYALDEE <w> (klasse 5).

Patent- og Varemærkestyrelsen traf den 29. januar 2019 følgende afgørelse i sagen:

"… **AFGØRELSE**

Styrelsen tager ikke begæringen til følge og registreringen vil blive opretholdt.
Afgørelsen er truffet i medfør af varemærkelovens § 28, stk. 1, jf. § 15, stk. 1, nr. 2.

1. Sagsfremstilling

I brev af 11. juni 2018 begærede LUNDGRENS ADVOKATPARTNERSELSKAB på vegne af OPKO Ireland Global Holdings, Ltd. anmodning om administrativ ophævelse af VR 2017 01864, ordmærket REYULTI.

Vi henviser til varemærkelovens § 30, stk. 1, jf. § 28, stk. 1, jf. § 15, stk. 1, nr. 2 i lovbekendtgørelse nr. 223 af 26. februar 2017.

Anmodningen er fremsat under henvisning til, at indehavers mærke er forveksleligt med anmoders ældre EU varemærke EU012681375 RAYALDEE som er registreret i klasse 5. Anmoder gør gældende, at der foreligger varesammenfald og varelighed mellem de varer, som er omfattet af anmoders varemærke og indehavers varemærke i klasse 5. I forhold til mærkeligheden henviser anmoder til, at der er en høj grad af lydig lighed mellem mærkerne, hvilke opvejer eventuelle visuelle uligheder der måtte være mellem mærkerne. Anmoder fremhæver, at begge mærker består af fantasiord, som begge har en høj grad af særpræg.

Anmoder har i brev af 17. juli 2018 fremsendt yderligere argumentation hvor anmoder fremhæver rettens afgørelse i T-15/17, YAMAS vs. LLAMA. Anmoder henviser til, at der i afgørelsen blev lagt særlig vægt på den lydige lighed mellem mærkerne, idet medicinske præparater kan blive ordineret mundtligt.

Indehaver er blevet hørt, men har ikke udtalt sig i sagen.

2. Lovgrundlaget

Ifølge varemærkelovens § 15, stk. 1 nr. 2, er et varemærke udelukket fra registrering, hvis

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

3. Vurdering og konklusion

Indehavers mærke

VR 2017 01864 **REYULTI**

Registreret for: Klasse 5: Farmaceutiske og medicinske præparater og stoffer; vacciner; farmaceutiske præparater og stoffer til forebyggelse og behandling af lidelser og sygdomme i, genereret fra eller med virkning på centralnervesystemet; farmaceutiske præparater og stoffer, der virker på centralnervesystemet; centralnervesystemstimulanser; farmaceutiske præparater og stoffer til forebyggelse og behandling af psykiatriske og neurologiske lidelser og sygdomme; farmaceutiske præparater og stoffer til forebyggelse og behandling af demens, Alzheimers sygdom og lidelse, svimmelhed, anfald, slagtilfælde, depression, kognitiv svækkelse, kognitive forstyrrelser og sygdomme, humørsvingninger, psykose, angst, apati, epilepsi; farmaceutiske præparater og stoffer til forebyggelse og behandling af Lennox-Gastaut syndrom (LGS), sklerose, porfyri, Huntingtons sygdom og lidelse, søvnløshed, Parkinsons sygdom og lidelse, fald, bevægelseslidelser og bevægelsesforstyrrelser, tremor, skizofreni, bipolar sygdom og lidelse, mani, ADHD, PTSD, agitation, onkologi, migræne, smerte, alkoholisme og afhængighed; præparater, stoffer, reagenser og midler til diagnostiske og medicinske formål.

Anmoders mærke:

EU 012681375 **RAYALDEE**

Registreret for: Klasse 5: Farmaceutiske præparater; Farmaceutiske præparater til behandling af sygdomme og forstyrrelser i parathyroidea samt nyresygdomme; Farmaceutiske præparater til behandling af sekundær hyperparathyroidisme; Præparater til behandling af D vitaminmangel; Nærende tilsætningsstoffer, Vitamintilskud.

Vurdering af forvekslelighed

Sammenligning af varer

Anmoders mærke er registreret for bl.a. ”farmaceutiske præparater” i klasse 5. Styrelsen finder, at der er sammenfald for så vidt angår varerne ” farmaceutiske præparater; vacciner; farmaceutiske præparater og stoffer til forebyggelse og behandling af lidelser og sygdomme i, genereret fra eller med virkning på centralnervesystemet; farmaceutiske præparater og stoffer, der virker på centralnervesystemet; farmaceutiske præparater og stoffer til forebyggelse og behandling af psykiatriske og neurologiske lidelser og sygdomme; farmaceutiske præparater og stoffer til forebyggelse og behandling af demens, Alzheimers sygdom og lidelse, svimmelhed, anfald, slagtilfælde, depression, kognitiv svækkelse, kognitive forstyrrelser og sygdomme, humørsvingninger, psykose, angst, apati,

epilepsi; farmaceutiske præparater og stoffer til forebyggelse og behandling af Lennox-Gastaut syndrom (LGS), sklerose, porfyri, Huntingtons sygdom og lidelse, søvnløshed, Parkinsons sygdom og lidelse, fald, bevægelseslidelser og bevægelsesforstyrrelser, tremor, skizofreni, bipolar sygdom og lidelse, mani, ADHD, PTSD, agitation, onkologi, migræne, smerte, alkoholisme og afhængighed" omfattet af indehavers registrering, idet der i indehavers registrering er tale om forskellige typer af farmaceutiske præparater der alle er omfattet af overbegrebet "farmaceutiske præparater" i anmoders registrering.

Der findes ligeledes at være sammenfald mellem varerne "farmaceutiske præparater" omfattet af anmoders registrering og "centralnervesystemstimulanser" i indehavers registrering, idet der kan være tale om farmaceutiske præparater der påvirker centralnervesystemet.

Det er styrelsens vurdering, at der er et vist overlap i mellem farmaceutiske og medicinske præparater. Vi finder derfor, at der i det mindste er tale om ligeartede varer i relation til "farmaceutiske præparater" i anmoders registrering og "medicinske præparater og stoffer; præparater, stoffer, reagenser og midler til diagnostiske og medicinske formål" i indehavers registrering.

Der er således fuldstændig varesammenfald og varelighed mellem registreringerne.

<u>Sammenligning af mærker</u>

Mærkerne REYULTI og RAYALDEE består begge af kunstord uden en sproglig betydning. Mærkernes lighed må derfor vurderes ud fra den synsmæssige og lydlige lighed. Ved vurderingen af lighed kan der lægges vægt på bl.a.: antal sammenfaldende stavelser, antal sammenfaldende bogstaver, mærkets opbygning, såsom rækkefølgen af stavelser eller bogstaver, herunder konsonanter og vokaler, og mærkets indledning og afslutning samt trykfordelingen. Disse kriterier kan til sammen bidrage til helhedsindtrykket af mærkerne.

Mærkerne REY-UL-TI og RAY-AL-DEE består begge af tre stavelser på henholdsvis 7 og 8 bogstaver.

Mærkerne har i den første stavelse bogstaverne R og Y til fælles, mens vokalerne E og A er forskellige. I mærkernes midterste og sidste stavelse er det udelukkende bogstavet L som findes i begge mærker.

Styrelsen bemærker, at vokal- og konsonantrækkefølgen er den samme i begge mærker, med undtagelse af slutningen af anmoders mærke, der ender på to vokaler. Opbygningen i mærkerne har

således visse fælles træk, idet begge mærker består af tre stavelser, hvor både den første og midterste stavelse består af samme antal bogstaver. Herudover indledes begge mærker af bogstavet R hvor den eneste forskel i den første stavelse er bogstaverne E og A. Visuelt har mærkerne således ligheder i deres længde og sammensætning.

Forskellene i mærkerne består i, at ingen af mærkerne har identiske stavelser og udelukkende har bogstaverne R, Y og L til fælles, hvilket bevirker, at mærkernes samlede synsmæssige indtryk er forskelligt. Forskellen findes særligt de sidste to stavelser i mærkerne.

Idet vokal- og konsonantrækkefølgen i begge mærker er ens bortset fra slutningen af anmoders mærke, finder styrelsen, at der er visse lydige ligheder mellem mærkerne. Den eneste forskel i den første stavelse er bogstaverne A og E. Der er således visse ligheder i udtalen af stavelserne REY og RAY, da udtalen af ”a” og ”e” har fælles lydige træk. Styrelsen finder dog ikke samme ligheder i mærkernes midterste stavelse UL og AL, da disse udtales forskelligt. I forhold til mærkernes sidste stavelse, er der enkelte lydige ligheder mellem stavelserne TI og DEE, da udtalen af ”d” og ”t” på dansk er næsten ens. Dog er den samlede udtale af stavelserne TI og DEE forskellig som følge af, at anmoders mærker ender på EE.

Det er styrelsens vurdering, at mærkernes samlede helhedsindtryk er forskelligt, og at mærkerne dermed ikke ligner hinanden. Mærker med tre stavelser, hvoraf ingen af stavelserne er identiske, vil normalt ikke ligne hinanden. Dette kan dog opvejes af sammenfald af bogstaver eller andre ligheder. Visse af disse ligheder er til stede i mærkerne, men styrelsen lægger særlig vægt på, at mærkerne ikke indeholder identiske stavelser. Styrelsen finder, at lighederne mellem mærkerne er, at de begge indledes af bogstavet R og at tredje og femte bogstav er identisk. På trods af at begge mærker indledes med samme bogstav, og at den første stavelse REY og RAY har visse synsmæssige og lydige ligheder, adskiller mærkernes resterende stavelser sig fra hinanden. Både mærkernes midterste stavelse, UL og AL og sidste stavelse TI og DEE har både lydige og synsmæssige forskelle. Særligt de sidste to stavelser i mærkerne er overordnet set lydigt forskellige, særligt i kraft af de midterste stavelser AL og UL.

Det samme gælder også for mærkernes endelser I og EE. Der er således overvejende synsmæssige og lydige forskelle mellem mærkerne, og det er vores opfattelse, at disse forskelle samlet set overskygger de synsmæssige ligheder i den første stavelse og de lydige ligheder i mærkernes første og sidste stavelse.

Som påpeget af anmoder, kan det i visse tilfælde være relevant at lægge særlig vægt på de lydige ligheder mellem mærker, når varernes art og beskaffenhed tages i betragtning. Styrelsen skal til dette

bemærke, at på trods af, at varerne i nærværende sag i klasse 5 i visse tilfælde ordineres mundtligt, finder vi ikke, at de enkelte lydige ligheder mellem mærkerne er tilstrækkeligt til at opveje de samlede synsmæssige og lydige forskelle mellem mærkerne.

Risiko for forveksling

Det er vores vurdering, at der ikke er risiko for forveksling af mærkerne, uanset at der er sammenfald af varer, da mærkerne ud fra en helhedsvurdering ikke ligner hinanden tilstrækkeligt.

Vi har i vores vurdering af forvekslingsrisikoen lagt vægt på, at mærkerne ingen fælles stavelser har, og at mærkernes enkelte lydige og synsmæssige ligheder ikke er tilstrækkeligt til, at der er risiko for forveksling, herunder at der kan antages en forbindelse mellem mærkerne.

Styrelsen tager således ikke begæringen til følge og registreringen vil blive opretholdt.

Afgørelsen er truffet i medfør af varemærkelovens § 28, stk. 1, jf. § 15, stk. 1, nr. 2…"

Denne afgørelse blev med brev af 28. marts 2019 fra Lundgrens Advokatpartnerselskab på vegne af klager, OPKO Ireland Global Holdings Ltd., indbragt for Ankenævnet for Patenter og Varemærker med følgende inkl. 3 bilag:

"… I henhold til varemærkelovens § 46 fremsættes på vegne af OPKO Ireland Global Holdings, Ltd. ("Klager") klage over afgørelse truffet af Patent- og Varemærkestyrelsen ("Indklagede") den 29. januar 2019 vedrørende begæring om ophævelse indgivet på vegne af Klager mod dansk varemærkeregistrering VR 2017 01864 REYULTI (ordmærke) indehavet af H. Lundbeck A/S ("Indehaver"). Den nævnte afgørelse herefter "Afgørelsen".

Afgørelsen fremlægges som bilag 1.

1. PÅSTAND

Klager nedlægger påstand om, at Afgørelsen omgøres, således at VR 2017 01864 REYULTI (ordmærke) ophæves for samtlige varer i medfør af varemærkelovens § 34, stk. 1, jf. § 28, stk. 1, jf. §
15, stk. 1, nr. 2.

2. ANBRINGENDER

Til støtte for Klagers påstand gøres gældende, at Indklagede i Afgørelsen ikke har taget en række væsentlige faktorer i betragtning.

Indklagede har således ikke taget mærkernes overordnede helhedsindtryk i betragtning, ligesom Indklagede ikke har vurderet forvekslingsrisikoen i forhold til mærkernes særpræg eller i relation til den relevante kundekreds, herunder især patienter. Endelig har Indklagede i Afgørelsen hverken taget produktreglen eller det udviskede erindringsbillede i betragtning i sammenligningen af varemærker.

2.1 Mærkernes overordnede helhedsindtryk

Indklagede nævner, at en række kriterier tilsammen kan bidrage til mærkernes helhedsindtryk, jf. Afgørelsens side 4, sidste afsnit. Herefter går Indklagede meget detaljeret til værks i sin analyse af de to varemærker, og gennemgår således mærkernes opbygning i form af stavelser og bogstaver, vokaler og konsonanter, udtale og konnotationer, hvor der nævnes en række ligheder og forskelle, jf. Afgørelsens side 5. Klagers bemærkning hertil fremgår af pkt. 5 nedenfor.

I sin analyse mangler Indklagede imidlertid at foretage en vurdering af varemærkernes ligheder ud fra det overordnede helhedsindtryk. Indklagede fremsætter blot i Afgørelsens sidste afsnit på side 5 følgende generelle bemærkninger:

> *"Mærker med tre stavelser, hvoraf ingen af stavelser er identiske, vil normalt ikke ligne hinanden."*

Det gøres gældende, at sådanne generelle betragtninger ikke er tilstrækkelige for at vurdere en konkret sag, og at det overordnede helhedsindtryk således ikke er taget i betragtning af Indklagede.

2.2 Den relevante kundekreds

I Afgørelsen vurderer Indklagede ingen steder varemærkernes forvekslelighed i forhold til den relevante kundekreds. Som nævnt i pkt. 7 nedenfor kan denne også bestå af patienter.

Da der i denne sag er tale om farmaceutiske præparater kan forveksling blandt disse patienter have meget alvorlige konsekvenser, enten ved at der indtages forkert medicin, eller ved at livsvigtig medicin slet ikke bliver indtaget.

2.3 Mærkernes særpræg

Det fremgår af Afgørelsen, at begge mærker består af *"kunstord uden sproglig betydning"*, jf. Afgørelsens side 4, sidste afsnit. Herudover tages der i Afgørelsen igen steder stilling til

varemærkernes særpræg, eller til det forhold at et varemærke med en høj grad af særpræg har bredere beskyttelsesomfang end et beskrivende varemærke, jf. tillige pkt. 5.1 nedenfor.

2.4 Det udviskede erindringsbillede

Herunder forholder Indklagede sig i Afgørelsen ingen steder til det udviskede erindringsbillede, og det forhold, at man ikke altid kan foretage en direkte sammenligning mellem to varemærker, jf. pkt. 8 nedenfor.

2.5 Produktreglen

Endelig gøres det gældende, at Indklagede i Afgørelsen ikke tager højde for produktreglen, jf. pkt. 6 nedenfor. Indklagede konstaterer, at der er *"fuldstændig varesammenfald og varelighed mellem registreringerne"*, jf. Afgørelsens side 4, 4. afsnit, men tager herefter ikke højde for den indbyrdes afhængighed mellem varernes lighed og mærkernes lighed, jf. pkt. 6 nedenfor.

2.6 Sammenfatning

På baggrund af ovenstående anbringender, bedes Ankenævnet således omgøre afgørelsen.

I den forbindelse henviser Klager til fremlagte argumenter i ophævelsessagen og gør herudover nedenstående gældende:

3. OPHÆVELSESSAGENS PARTER

3.1 Indehaver

Indehaver indleverede den 10. juli 2017 ansøgning om registrering af ordmærket REYULTI for varer i klasse 5. Ansøgningen blev imødekommet den 25. september 2017, og mærket blev registreret under VR 2017 01864 REYULTI (ordmærke). ("Indehavers Varemærke")

Udskrift af det Indehavers Varemærke fremlægges som bilag 2.

Det fremgår af Indehavers hjemmeside, http://www.lundbeck.com/dk/om-lundbeck, at Indehaver er en global medicinalvirksomhed, som er aktiv indenfor forskning, udvikling, produktion, markedsføring og salg af lægemidler.

3.2 Klager

Klager er datterselskab af Opko Health Inc., der er en børsnoteret amerikansk virksomhed med fokus på komplementære lægemidler og teknologi. Koncernen er tilstede i mere end 30 lande verden over, herunder i EU og i Danmark, blandt andet med lægemidlet RAYALDEE.

Klagers anmodning om administrativ ophævelse er baseret på Klagers tidligere varemærke EUTM 012681375 RAYALDEE (ordmærke), som er registreret for varer i klasse 5 ("Klagers Varemærke"). Klager indleverede ansøgning om registrering af Klagers Varemærke den 11. marts 2014, hvilken ansøgning blev imødekommet den 11. august 2014.

Udskrift af Klagers Varemærke fremlægges som bilag 3.

4. SAMMENLIGNING AF VARER

Klager gør gældende, at der foreligger varelighed mellem de varer, som er omfattet af Klagers Varemærke og Indehavers Varemærke.

4.1 Sammenligning

Som det fremgår af nedenstående sammenligning, kan det lægges til grund, at der er høj grad af lighed mellem de produkter, som sammenlignes.

4.1.1 Varer omfattet af Klagers Varemærke

Registreringen af Klagers Varemærke omfatter følgende varer:

> Klasse 5: Farmaceutiske præparater; Farmaceutiske præparater til behandling af sygdomme og forstyrrelser i parathyroidea samt nyresygdomme; Farmaceutiske præparater til behandling af sekundær hyperparathyroidisme; Præparater til behandling af D vitaminmangel; Nærende tilsætningsstoffer, Vitamintilskud.

Ovenstående varer omfatter således farmaceutiske præparater som sådan og farmaceutiske præparater til specifikke sygdomme mv., som alle er receptpligtige. Endvidere omfatter Klagers Varemærke kosttilskud og vitamintilskud, hvoraf nogle er receptpligtige, mens dette ikke er tilfældet for andre præparater.

4.1.2 Varer omfattet af Indehavers Varemærke

Registreringen af Indehavers Varemærke omfatter følgende varer:

> Klasse 5: Farmaceutiske og medicinske præparater og stoffer; vacciner; farmaceutiske præparater og stoffer til forebyggelse og behandling af lidelser og sygdomme i, genereret fra eller med virkning på centralnervesystemet; farmaceutiske præparater og stoffer, der virker på centralnervesystemet; centralnervesystemstimulanser; farmaceutiske præparater og stoffer til forebyggelse og behandling af psykiatriske og neurologiske lidel ser og sygdomme; farmaceutiske

præparater og stoffer til forebyggelse og behandling af demens, Alzheimers sygdom og lidelse, svimmelhed, anfald, slagtilfælde, depression, kognitiv svækkelse, kognitive forstyrrelser og sygdomme, humørsvingninger, psykose, angst, apati, epilepsi; farmaceutiske præparater og stoffer til forebyggelse og behandling af Lennox-Gastaut syndrom (LGS), sklerose, porfyri, Huntingtons sygdom og lidelse, søvnløshed, Parkinsons sygdom og lidelse, fald, bevægelseslidelser og bevægelsesforstyrrelser, tremor, skizofreni, bipolar sygdom og lidelse, mani, ADHD, PTSD, agitation, onkologi, migræne, smerte, alkoholisme og afhængighed; præparater, stoffer, reagenser og midler til diagnostiske og medicinske formål.

Indehavers Varemærke omfatter således også farmaceutiske præparater som sådan samt farmaceutiske præparater til specifikke sygdomme mv., som alle er receptpligtig. Endvidere er vacciner og præparater, stoffer, reagenser og midler til diagnostiske og medicinske formål omfattet.

4.1.3 Sammenligning af varer

Som det fremgår af punkt 4.1.1 og 4.1.2, er der for varerne omfattet af Indehavers Varemærke enten sammenfald eller ligeartethed med de varer, som er omfattet af Klagers Varemærke.

Endvidere er beskaffenheden, indpakning samt distributionen af varerne identisk. For læger og farmaceuter, som ordinerer og håndterer de omhandlede produkter, vil der også være sammenfald for så vidt angår aftagerne af de omfattede varer, hvorfor der er høj grad af lighed mellem varerne, se punkt 7 nedenfor.

4.1.4 Sammenfatning vare-lighed

For så vidt angår den overordnede sammenligning mellem varerne, så kan det konkluderes, at varerne omfattet af Indehavers Varemærke er identiske med eller ligeartede med de varer, som er omfattet af Klagers Varemærke.

4.2 Indklagedes vurdering

Indklagede er enig i ovenstående vurdering af vare-lighed, idet det af Afgørelsen fremgår:

> ”Der er således fuldstændig varesammenfald og varelighed mellem registreringerne”.

5. SAMMENLIGNING AF MÆRKER

Som nævnt i pkt. 2 ovenfor, har Indklagede i Afgørelsen ikke foretaget en korrekt sammenligning af sagens varemærker.

De varemærker, som skal sammenlignes, er:

RAYALDEE (ordmærke)	**REYULTI** (ordmærke)
Klagers Varemærke	Indehavers Varemærke

Det relevante marked er Danmark, og der skal foretages en helhedsvurdering ved sammenligningen af Klagers Varemærke og Indehavers Varemærke.

Denne helhedsvurdering skal, for så vidt angår de pågældende varemærkers visuelle, lydlige eller begrebsmæssige lighed, være baseret på helhedsindtrykket af varemærkerne, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller dominans (C-251/95, Sabèl, præmis 23).

5.1 Varemærkernes særpræg

Som allerede nævnt, er varemærkernes særpræg en af de faktorer, som der skal vurderes, når varemærkerne sammenlignes.

Hverken Klagers Varemærke, RAYALDEE, eller Indehavers Varemærke, REYULTI, har nogen betydning på dansk. Det er således tale om fantasiord, som begge har høj grad af særpræg.

Varemærker, som benyttes for varer i klasse 5, omfatter ofte internationale generiske navne (INN). Brugen af INNs letter identifikationen af farmaceutiske stoffer eller aktive farmaceutiske ingredienser, idet hvert enkelt INN er et unikt navn, som er globalt anerkendt og som må benyttes frit. Når varemærker indeholder INN-elementer, skal disse mærkers grad af særpræg vurderes uden at tage højde for selve INN-delen af mærket.

I nærværende sag er det vigtigt at understrege, at selvom varerne er medicinske præparater, så indeholder Klagers Varemærke og Indehavers Varemærke ingen INN-elementer. Når man da sammenligner varemærkerne, skal der således tages udgangspunkt i en helhedsvurdering af varemærkerne som sådan.

5.1.1 Synsmæssig lighed

Både Klagers Varemærke og Indehavers Varemærke er ordmærker. De består af henholdsvis 7 og 8 bogstaver, begge begynder med bogstaven R og består af 3 stavelser.

Visuelt er varemærkerne ens i deres længde og i deres sammensætning, for så vidt som de begge begynder med bogstavet "R", har de tilsvarende andre bogstaver (både "A" og "E" er sammensat af ”lige linjer”, og begge har en linje ”på tværs”), de har begge "Y" som tredje bogstav og "L" som femte bogstav.

5.1.2 Lydlig lighed

Der er endvidere høj grad af lighed ved udtalen af Klagers Varemærke og Indehavers Varemærke:

Klagers Varemærke udtales “rejaldi”, mens Indehavers Varemærke udtales “rejulti”. Idet udtalen af “d” og “t” er meget ens på dansk, er udtalen af de to varemærker således også meget lig.

De to varemærker har således høj grad af lydlig lighed.

Det skal endvidere understreges, at den lydlige lighed skal tillægges stor betydning i denne sammenhæng, idet medicinske præparater kan blive ordineret mundtligt, f.eks. hvis sygehuspersonale modtager instruktioner mundtligt, eller hvis medicinske præparater ordineres pr. telefon.

5.1.3 Begrebsmæssig lighed

Som allerede nævnt i punkt 5.1 ovenfor, har varemærkerne ikke nogen konkret betydning på dansk, og de indeholder ikke en INN-betegnelse. Tværtimod er der tale om fantisord med høj grad af særpræg. Det er således ingen konceptuelle konnotationer som adskiller Indehavers Varemærke fra Klagers Varemærke.

5.2 Sammenfatning mærke-lighed

Som det fremgår ovenfor, er der høj grad af lydlige ligheder mellem Klagers Varemærke og Indehavers Varemærke. Denne lighed opvejer eventuelle visuelle uligheder, der måtte være, især når det henses til muligheden for at ordinere de medicinske præparater mundtligt, og efter en samlet vurdering fremstår varemærkerne som meget ens.

Det kan derfor konkluderes, at der i det foreliggende tilfælde er mærke-lighed.

6. PRODUKTREGLEN

Ved helhedsvurderingen af risikoen for forveksling skal den indbyrdes afhængighed af lighed tages i betragtning, og især ligheden mellem varemærkerne og mellem varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkerne. En svag grad af lighed mellem de af varemærkerne omfattede varer eller tjenesteydelser kan således opvejes af en høj grad af lighed mellem varemærkerne og omvendt (ECJ, Canon, C-39/97, præmis 17).

Som det fremgår af pkt. 4 ovenfor, er varerne omfattet af Klagers Varemærke og Indehavers Varemærke identiske eller i hvert fald meget høj grad af lighed, hvilket igen opvejer de mindre forskelle, der er mellem selve mærkerne.

Det gøres gældende, at dette i sig selv burde være tilstrækkeligt til, at der foreligger forvekslingsrisiko.

7. DEN RELEVANTE KUNDEKREDS

Som nævnt i 2 ovenfor skal den relevante kundekreds også tages i betragtning i nærværende sag.

De varer, der er omfattet af Klagers og af Indehavers varemærker, er rettet mod såvel patienter som deres læger, som ordinerer medicinen, farmaceuter som håndterer recepterne samt sygeplejersker og andet sundhedsfagligt personale, som kan give medicin til patienterne. Den relevante kundekreds består således både af ikke-eksperter (patienter) og eksperter (lægefagligt personale).

Graden af agtpågivenhed hos den relevante kundekreds bør være høj , idet de omhandlede varer skal benyttes til at behandle patienter, og idet patienternes helbred dermed står på spil. Det kan imidlertid ikke udelukkes, at opmærksomhedsniveauet undertiden kan være lavere i betragtning af, at ordinering kan finde sted i et stressende øjeblik på en skadestue eller i forbindelse med hurtige og mundtlige ordineringer fra en læge til en lægesekretær. I betragtning af den til tider begrænsede bemanding i den offentlige sundhedssektor, kan denne tendens måske endda være stigende.

Herudover skal patienternes agtpågivenhed også tages i betragtning. Det kan ikke udelukkes, at patienter i deres hjem har flere forskellige farmaceutiske præparater, måske står to ægtefællers medicin endda på samme hylde i badeværelset, og det kan derfor ikke udelukkes, at de to præparater kan blive forvekslet af især svækkede patienter.

8. DET UDVISKEDE ERINDRINGSBILLEDE

Den relevante kundekreds har ikke altid mulighed for at se og vurdere de to mærker samtidig, idet to eventuelt forvekslelige mærker ikke altid står side om side. Situationen kan derimod være den, at kundekredsen kun har et mindre klart billede - et udvisket erindringsbillede - af det pågældende mærke. To varemærker kan derfor være forvekslelige, selvom mærkerne ville kunne holdes ud fra hinanden, hvis de blev set samtidig og side om side, jf. Patent- og Varemærkestyrelsens guidelines om ”Generelle kriterier for vurderingen af lighed”

Således kan patienten eller eksempelvis sygeplejersken, der skal dosere medicin til patienter på enten sygehus eller plejehjem måske stå med dette ene produkt i hånden og ikke erindre det præcise navn på det andet produkt, og – måske i skyndingen – tage fejl af de to præparater.

9. SAMLET VURDERING

Som det fremgår af sammenligningen af varer i pkt. 4 ovenfor, er varerne identiske eller meget ligeartede, og de bliver distribueret på nøjagtig samme måde og rettet mod samme kundekreds.

Endvidere fremgår det af sammenligningen af varemærkerne i pkt. 5 ovenfor, at mærkerne er meget ens, især i betragtning af deres lydlige ligheder.

Når der tages hensyn til produktreglen, jf. pkt. 6 ovenfor, og den betydning dette kan have i forbindelse med ordinering af receptpligtig medicin, er det naturligvis vigtigt at undgå en forveksling af varerne.

Da sammenligningen af to varemærker ikke altid sker på samme tidspunkt, jf. pkt. 8 ovenfor, vil de visuelle forskelle mellem mærkerne ikke have den store betydning i forhold til den enkelte patient eller endda hos det lægefaglige personale, hvorfor risikoen for forveksling er endnu højere.

Følgelig kan den relevante kundekreds - enten patienten, apoteket eller lægen - let forveksle varerne. I betragtning af at produkterne er receptpligtige lægemidler, kan en sådan forveksling i yderste konsekvens medføre skade på patientens helbred som følge af fejlordinering.

Når man yderligere overvejer, at opmærksomhedsniveauet kan være gennemsnitligt i nogle situationer, jf. pkt. 7 ovenfor, herunder den udviskede erindring om, hvordan det enkelte varemærke ser ud, kan risikoen for forveksling være endnu højere.

I betragtning af alle disse faktorer, herunder varemærkernes lighed og varernes lighed, er der risiko for forveksling mellem Indehavers Varemærke og Klagers Varemærke.

Der henvises til T-85/15 Alfa Wassermann SpA mod EUIPO, hvor EU-ansøgning af YLOELIS <w> (ansøgt i klasse 5) var forvekslelig med det tidligere EUTM YONDELIS <w> (registreret i klasse 5).

I T-632/15 Tillots Pharma AG mod EUIPO, fandt Retten (the General Court), at EU-ansøgning af OCTASA <w> (ansøgt i klasse 5) var forvekslelig med de nationale registreringer af PENTASA <w> (registreret i klasse 5).

Endelig, i T-49/16 Azanta A/S mod EUIPO, fandt Retten (the General Court) endvidere, at EU-ansøgning af NIMORAL <w> (ansøgt i klasse 5) var forvekslelig med det tidligere EUTM NEORAL <w> (registreret i klasse 5).

Det skal understreges at ingen af de ovenstående varemærker indeholdt elementer, som refererer til farmaceutiske substanser eller farmaceutiske ingredienser (INN). Som nævnt i pkt. 5.1 ovenfor, må dette tages i betragtning, når varemærker af denne karakter sammenlignes, og når Retten (the General Court) foretog denne vurdering i ovenstående sager, fandt Retten altså frem til, at der forelå risiko for forveksling mellem mærkerne.

Slutteligt henvises der til T-15/17 Dimitrios Mitrakos mod EUIPO, i hvilken afgørelse Retten fandt EU-varemærket YAMAS (figurmærke), ansøgt i klasse 32 og 33, forveksleligt med det tidligere EU-varemærker LLAMA (ordmærke), registreret i klasse 33.

I den forbindelse fandt Retten, at varemærkerne havde høj fonetisk lighed, men at der ikke var nogen konceptuel lighed. Retten fandt endvidere, at det skulle tages i betragtning, at de omhandlede varer (alkoholholdige drikke) kunne blive bestilt mundtligt efter at være set i en menu i f.eks. barer og restauranter, og at de fonetiske ligheder derfor var særligt vigtige, idet konceptuelle forskellige kunne mistes, når varemærkerne kun blev sagt mundtligt og ikke set på f.eks. flasken.

Som nævnt i pkt. 5 ovenfor, skal den lydlige lighed også tillægges stor betydning i nærværende sag, idet medicinske præparater kan blive ordineret mundtligt, f.eks. hvis sygehuspersonale modtager instruktioner mundtligt, eller hvis medicinske præparater ordineres pr. telefon.

10. KONKLUSION

Da der som vist ovenfor er både lighed mellem varemærkerne og mellem de omfattede varer, er der risiko for, at Indehavers Varemærke bliver forvekslet med Klagers Varemærke, jf. Varemærkelovens § 15, stk. 1, nr. 2. Indklagede har derfor ikke truffet den korrekte afgørelse i nærværende sag.

På denne baggrund bedes Afgørelsen omgøres, således at VR 2017 01864 REYULTI <w> ophæves i sin helhed i medfør af varemærkelovens § 34, stk. 1, jf. § 28, stk. 1…"

I brev af 23. april 2019 fremsendte advokat Kristiane Vandborg på vegne af indklagede, H. Lundbeck A/S, følgende kommentarer til klagen:

”… Vi henviser til Styrelsens afgørelse i ophævelsessagen mod REYULTI af 29. januar 2019, hvor det fremgår at Styrelsen ikke tager begæringen til følge og at registreringen af ovennævnte mærke, REYULTI, opretholdes, jf. varemærkelovens § 28, stk. 1, jf. § 15, stk. 1, nr. 2.

Vi er enige med Styrelsens sammenligning af mærkerne, herunder vurderingen, ”at der ikke er risiko for forveksling af mærkerne, …, da mærkerne ud fra en helhedsvurdering ikke ligner hinanden tilstrækkeligt.”

På den baggrund påstås Styrelsens afgørelse stadfæstet og registreringen REYULTI, VR 2017 01864, opretholdt i sin helhed.

Vi imødeser Ankenævnets afgørelse og skal bede om lejlighed til at kommentere på eventulle yderligere indlæg i sagen…”

I brev af 29. april 2019 afgav Patent- og Varemærkestyrelsen følgende udtalelse i sagen:

”… Under behandlingen for Ankenævnet ses der ikke at være fremlagt sådanne nye væsentlige argumenter, at styrelsen har anledning til at ændre opfattelse.

Styrelsen fastholder derfor afgørelsen af 29. januar 2019 og den under behandlingen fremførte argumentation og vurdering.

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

Ankenævnet har ikke modtaget bemærkninger fra parterne angående Patent- og Varemærkestyrelsens udtalelse.

Ankenævnet for Patenter og Varemærker

Henrik Rothe
Formand