

RESUMÉ:

AN 2015 00005 – VR 2014 00422 SAFARI <fig> - Indsigelse – Forveksling

Der blev fremsat indsigelse mod endelig registrering af VR 2014 00422 SAFARI <fig>. Indsigelsen blev begrundet med, at indehavers mærke VR 2014 00422 SAFARI <fig> er forveksleligt med indsigers ældre stiftede varemærket ved ibrugtagning af mærket SAFARI. Patent- og Varemærkestyrelsen tog ikke indsigelsen til følge og opretholdt registreringen i sin helhed. Denne afgørelse blev indbragt for Ankenævnet for Patenter og Varemærker, som stadfæstede den påklagede afgørelse.

KENDELSE:

År 2015, den 21. september afsagde Ankenævnet for Patenter og Varemærker

(Hans Chr. Thomsen, Hanne Kirk, Knud Wallberg og Eva K. Borgen)

følgende kendelse i sagen **AN 2015 00005**

Klage fra

Gaming A/S

v/DELACOUR

over

Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse af 15. december 2014 vedr.

VR 2014 00422 SAFARI <fig>

Indehavet af:

Spilnu.dk A/S

v/ Advokatfirmaet Kühnel P/S

Ankenævnet har behandlet sagen skriftligt.

Ankenævnet udtaler:

På baggrund af den overfor ankenævnet fremlagte erklæring af 4. juni 2015, må Gaming A/S anses for at være bemyndiget til at påtale de rettigheder til varemærket SAFARI, som måtte tilkomme datterselskabet CompuGame-DAE A/S.

Det fremgår af varemærkelovens § 15, stk. 4, nr. 2, at indehaveren af en ved brug stiftet rettighed til et varemærke eller et andet erhvervsmæssigt kendetegn skal dokumentere, at vedkommende har erhvervet ret til det ibrugtagne kendetegn før tidspunktet for ansøgningen af det yngre mærke, og at indehaveren vil kunne forbyde brugen af det yngre mærke.

Klager har i sagen påberåbt sig, at CompuGame-DAE A/S har stiftet varemærket til SAFARI for spillemaskiner gennem brug før tidspunktet for ansøgning af indklagedes mærke SAFARI, og at varemærket fortsat anvendes. Til dokumentation herfor er der fremlagt 4 fakturaer dateret 9. juli 2008, 18. august 2008, 29. oktober 2008 og 26. august 2009 og en enkelt faktura dateret 13. juni 2014. I tilknytning hertil er der over for ankenævnet fremlagt en erklæring fra klagers direktør, hvori det erklæres, at brugen af ordet Safari på de nævnte fakturaer refererer til "salg af spilleautomaten SAFARI". Klager har endvidere fremlagt et udateret produktblad, der viser en spilleautomat, på hvis skærm der er afbildet et spil benævnt SAFARI, samt typegodkendelsen fra FORCE TECHNOLOGY af en "gevinstgivende spilleautomat, model "Safari", " dateret 9. juli 2008.

På baggrund af den fremlagte dokumentation finder ankenævnet det godtgjort, at CompuGame-DAE A/S anvendte SAFARI som kendetegn for en gevinstgivende spillemaskine i perioden mellem juli 2008 og august 2009. I tiden efter dette tidspunkt og indtil den angrebne ansøgning blev indleveret den 13. september 2013, er der imidlertid ikke dokumenteret yderligere brug af kendetegnet, og ankenævnet finder det derfor ikke tilstrækkeligt dokumenteret, at klager på tidspunktet for ansøgningens indlevering besad rettigheder til kendetegnet SAFARI for spillemaskiner.

Hertil kommer, at varemærkelovens § 15, stk. 4, nr. 2, kun finder anvendelse, hvis indehaveren af en ved brug stiftet rettighed kan forbyde brugen af det yngre mærke. Sidstnævnte betingelse indebærer bl.a., at varemærket fortsat skal være i brug, jf. herved betingelsen i varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 2. Da der efter ansøgningsdatoen kun er dokumenteret et enkelt salg af en spillemaskine i juni 2014, finder ankenævnet det ikke dokumenteret, at klager på dette tidspunkt besad sådanne rettigheder til SAFARI, at klager vil kunne forbyde ansøgerens brug af det angrebne mærke.

Herefter bestemmes:

Den påklagede afgørelse stadfæstes.

Sagens baggrund:

Den 13. september 2013 indleverede Advokatfirma Kühnel Kringelbach P/S ansøgning om registrering af varemærket SAFARI <fig>



For:

Klasse 28: Skrabelodder til at spille lotterispil, spil, spillehalsmaskiner, spillemaskiner til pengespil, spillemærker, videospillemaskiner, brætspil, gevinstgivende spillemaskiner.

Klasse 41: Online spiltjenester fra et computernetværk, spilletjenester tilvejebragt online fra et computernetværk, kasinovirksomhed (spillevirksomhed).

Klasse 42: Rådgivning vedrørende computersoftware til computerspil til brug for online spillemaskiner.

Varemærket blev registreret den 20. februar 2014 og efterfølgende publiceret i Dansk Varemærketidende den 26. februar 2014.

Fra Patent- og Varemærkestyrelsens indsigelsessag citeres følgende:

”...Den 25. marts 2014 gjorde DELACOUR DANIA ADVOKATKOMMANDITAKTIESELSKAB indsigelse på vegne af Gaming A/S mod gyldigheden af det registrerede figurmærke SAFARI. Indsiger henviste til varemærkelovens § 23. Indsigelsen blev begrundet med, at indehavers mærke er identisk med indsigers varemærke SAFARI, som er stiftet ved ibrugtagning for spilleautomater, herunder som online spil. Det vil sige, et produkt af samme eller lignende art som samtlige de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af indehavers registrering. Indsiger henviste til varemærkelovens § 15, stk. 4, nr. 2. Indsiger gjorde opmærksom på, at Gaming A/S er ejer af CompuGame-DAE A/S, som er etableret ved en fusion mellem Dansk Automat Ekspert A/S og CompuGame A/S i 2010. Indsiger gjorde endvidere opmærksom på, at Gaming A/S siden 2008 har gjort vedvarende brug af varemærket SAFARI for sine populære spilleautomater og har herved stiftet varemærkeret til SAFARI gennem ibrugtagning, jf. varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 2. Der er vedlagt dokumentation herfor. Endelig gjorde indsiger gældende, at de dominerende farver ved såvel indsigers som indehavers mærke er gul/orange med en mørk kant. Ordene i begge mærker står med blokbogstaver og de anvendte fonte er næsten ens. Samlet set er de to mærker klart forvekslelige og der er risiko for, at det antages, at der er en forbindelse mellem de to mærker.

Den 16. april 2014 svarede Advokatfirma Kühnel Kringelbach på vegne af indehaver, at mærket indeholder det fornødne særpræg, hvorfor endelig registrering skal gennemføres. Dernæst gjorde indehaver gældende, at indsigers påståede varemærkestiftelse alene vedrører stationære spillemaskiner og at indsiger ikke har fremlagt dokumentation for, at der er tale om online spil, hvorfor der er væsentlig forskel på produkterne. Endvidere gjorde indehaver gældende, at indsiger ikke har løftet bevisbyrden for at have stiftet en varemærkeret jf. varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 2. Indehaver gjorde yderligere gældende, at sammenfaldet mellem de anvendte bogstaver ikke skal tillægges betydning i forhold til registrering af et figurmærke, idet vurderingen skal baseres på den grafiske gengivelse i form af format, farve og skrifttype. Indehavers mærke har en farvekomposition og en font, der markant adskiller sig fra indsigers produkt samt benytter sig af bogstaver, der alle har en intern, sort, optrukket linje, der fremhæver det enkelte bogstav, som gør fremstillingen unik sammenholdt med indsigers produkt. Endvidere anses farvekompositionen i indehavers mærke for entydig og uden den overgang, der findes hos indsigers produkt. Det fornødne særpræg skal således ikke alene findes i anvendelsen af farver men primært i den anvendte font. På den baggrund adskiller indehavers mærke sig markant fra indsigers påståede stiftede varemærker, og der er derfor intet til hinder for en endelig registrering. Ved brev af 10. juli 2014 meddelte indehaver, at man ønskede at begrænse varefortegnelsen i klasse 42 fra ”rådgivning vedrørende computer software” til ”rådgivning vedrørende computer software til brug for online spillemaskiner”.

Ved brev af 11. juli 2014 fremkom indsiger med supplerende indlæg vedrørende indehavers påstand om, at indsiger ikke har løftet bevisbyrden for ibrugtagning. Indsiger gjorde gældende, at styrelsen ved afgørelse af 28. november 2013 i sagen vedrørende registreringen af Spilnu.dk A/S's VR 2012 02381 LAS VEGAS <fig> vurderede, at indsiger havde dokumenteret ibrugtagning ved fremlæggelse af tilsvarende dokumentation som i nærværende sag. Endvidere fastholdt indsiger, at der er risiko for forveksling af de to mærker, eftersom ordelementet SAFARI er identisk. Dette forhold må tillægges betydelig vægt, eftersom betegnelsen SAFARI besidder en høj grad af særpræg og er hovedelementet i begge mærker. Endelig gjorde indsiger gældende, at der er tale om identiske varer samt at online spillemaskiner og fysiske spillemaskiner under alle omstændigheder må anses for at være lignende varer.

Indehaver fremkom ved brev af 28. august 2014 med sine supplerende bemærkninger. Indehaver gjorde særligt gældende, at såfremt præjudikatværdien af afgørelsen af 28. november 2014 i VR 2012 02381 LAS VEGAS <fig> vedrørende bevisbedømmelsen tillægges betydning, skal præjudikatværdien af afgørelsen i sin helhed tillægges betydning under nærværende sag. Det fremhævedes særligt, at ansøgningen blev fremmet til registrering, hvorfor den af indsiger fremlagte dokumentation under sagen var utilstrækkelig for at dokumentere ibrugtagning jf. varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 2. Endelig gjorde indehaver gældende, at der er forvekslelighed grundet sammenfald mellem

ordelementet SAFARI. Ordelementet har ikke det fornødne særpræg, idet ordet ”safari” er af almen udbredt karakter og går således igen i et flertal af varemærker. Det forekommer uklart, hvorvidt indsigelse anser indehaver som afskåret fra endelig registrering, idet der er lighed mellem ordelementerne. På den baggrund fastholdt indehaver sin påstand om endelig registrering.”

Patent- og Varemærkestyrelsen traf afgørelse i sagen med brev af 15. december 2014. Styrelsen tog ikke indsigelsen til følge og opretholdt registreringen med følgende begrundelse:

”... 2. Lovgrundlaget

I varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 2, står der, at en varemærkeret kan stiftes:

”ved ibrugtagning af et varemærke her i landet for de varer eller tjenesteydelse, for hvilke varemærket er taget i brug, og for hvilke det vedvarende anvendes.”

I varemærkelovens § 15, stk. 4, nr. 2 står der, at et varemærke er udelukket fra registrering, hvis

”der ved brug her i landet er erhvervet ret til et identisk eller forveksleligt varemærke eller til et andet i erhvervsvirksomhed anvendt identisk eller forveksleligt tegn før tidspunktet for ansøgningen af det yngre varemærke eller eventuelt tidspunktet for den fortrinsret, der gøres gældende til støtte for ansøgningen af det yngre varemærke, hvis indehaveren af den ældre ret kan forbyde brugen af det yngre mærke”

3. Vurdering og konklusion

Indehavers registrering:



VR 2014 00422

Registeret for:

Klasse 28: Skrabelodder til at spille lotterispil, spil, spillehalsmaskiner, spillemaskiner til pengespil, spillemærker, videospolemaskiner, brætspil, gevinstgivende spillemaskiner.

Klasse 41: Online spiltjenester fra et computernetværk, spilletjenester tilvejebragt online fra et computernetværk, kasinovirksomhed (spillevirksomhed).

Klasse 42: Rådgivning vedrørende computersoftware til computerspil til brug for online spillemaskiner.

Anmoders stiftelse af en varemærkeret til varemærket SAFARI

Indsiger har påstået at have stiftet en varemærkeret ved ibrugtagning af varemærket SAFARI for spilleautomater, herunder som online spil. Spilleautomater hører under klasse 28 i Nice-klassificeringen, mens tilvejebringelse og udbydelse af onlinespil hører under klasse 41.

Det fremgår af varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 2, at en varemærkeret kan stiftes ved ibrugtagning af varemærket her i landet for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket er taget i brug, og for hvilke det vedvarende anvendes. *Indsiger* skal således dokumentere, at *indsiger* forud for indleveringen af den omtvistede ansøgning har stiftet en varemærkemæssig ret til SAFARI samt hvilke varer og tjenesteydelser, der er omfattet.

Indsiger har indsendt følgende materiale til dokumentation for stiftelsen af en varemærkeret:

1. Rapport fra Force Technology af 9. juli 2008 vedrørende godkendelse af Dansk Automat Expert A/S's spilleautomat med navnet "Safari".
2. Et billede af spillet indeholdende en henvisning til www.spilleautomat.dk samt Dansk Automat Expert A/S. Materialet er udateret.
3. Udskrift fra internettet, som viser en spilleautomat i sin helhed og henviser til Dansk Automat Expert A/S. Materialet er udateret.
4. Udskrift fra internettet, som under overskriften "Safari" forklarer spillet safari samt viser en spilleautomat. Materialet er udateret.

Derudover har *indsiger* oplyst, at spilleautomaterne solgt under betegnelsen SAFARI er solgt/opstillede over hele Danmark. Der er ikke vedlagt dokumentation for dette.

For så vidt angår kravet om, at det er *indsiger*, der skal have stiftet en varemærkeret ved ibrugtagning, er det styrelsens vurdering, at det indsendte materiale ikke i tilstrækkelig omfang viser, at det er *indsiger*, der har anvendt kendetegnet SAFARI. Der er i den forbindelse lagt vægt på, at det indsendte materiale alt sammen vedrører Dansk Automat Expert A/S og ikke Gaming A/S, som er *indsiger*. *Indsiger* har oplyst, at Gaming A/S ejer CompuGame-DAE A/S, som er etableret ved en fusion mellem Dansk Automat Ekspert A/S og CompuGame A/S i 2010. Styrelsen kan ved opslag på CVR se, at Dansk Automat Expert A/S er ophørt i juli 2011 efter fusion med COMPU-Game A/S. Der blev i den forbindelse lavet en navneændring til COMPUGAME-DAE A/S. Det fremgår ikke af CVR, at der er et ejerforhold mellem Gaming A/S og COMPUGAME-DAE A/S, hvorfor det ikke er muligt at konstatere, at der er en forbindelse mellem disse juridiske enheder.

Selv om der måtte eksistere den fornødne forbindelse mellem de juridiske enheder, finder styrelsen, at det indsendte materiale ikke i tilstrækkelig grad dokumenterer en varemærkemæssig brug af SAFARI for spilleautomater, herunder som online spil, idet materialet i form af det ovenfor nævnte dokumentationsmateriale nr. 2. – 4., ikke er dateret, hvorfor det ikke er muligt at konstatere, hvornår brugen er sket.

Der er alene et dokument i form af rapporten fra Force Technology af 9. juli 2008 vedrørende godkendelsen af Dansk Automat Expert A/S's spilleautomat med navnet "Safari", som er dateret. Dette er ikke tilstrækkeligt til at dokumentere en stiftet kendetegnsret ved ibrugtagning. For at en varemærkemæssig brug kan anses for at være stiftet, skal det fremgå, hvem der anvender varemærket og for hvad samt at det vedvarende anvendes.

Idet *indsiger* ikke har dokumenteret, at der er erhvervet en varemærkeret eller anden kendetegnsret ved ibrugtagning til navnet SAFARI i forhold til spilleautomater, herunder som online spil, kan styrelsen ikke tage *indsigers* påstand om forvekslelighed til følge.

På baggrund af ovenstående tager vi således ikke *indsigelsen* til følge, og registreringen er fortsat gyldig.

Vi har afgjort sagen efter varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 2 og § 15, stk. 4, nr. 2..."

Denne afgørelse blev med brev af 13. februar 2015 fra DELACOUR på vegne klager, Gaming A/S, indbragt for Ankenævnet for Patenter og Varemærker med følgende påstand:

”... Som advokat for Gaming A/S, Michael Drewsens Vej 13, 8270 Højbjerg, skal jeg herved indbringe Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse af 15. december 2014 i indsigelsessagen vedrørende registrering af varemærket VR 2014 00422 SAFARI<fig> for Ankenævnet for Patenter og Varemærker.

1. VR 2014 00422 SAFARI<fig> og Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse

Den 13. september 2013 indleverede Spilnu.dk A/S, c/o Cego ApS, John F. Kennedys Plads 1E, 3. sal, 9000 Aalborg, varemærkeansøgningen VA 2013 02331 SAFARI<fig> til Patent- og Varemærkestyrelsen omfattende følgende varer og tjenesteydelser:

Klasse 28

Skrabelodder til at spille lotterispil, spil, spillehalsmaskiner, spillemaskiner til pengespil, spillemærker, videospillemaskiner, brætspil, gevinstgivende spillemaskiner.

Klasse 41

Online spiltjenester fra et computernetværk, spilletjenester tilvejebragt online fra et computernetværk, kasinovirksomhed (spillevirksomhed).

Klasse 42

Rådgivning vedrørende computersoftware.

Den 26. februar 2014 blev varemærket VR 2014 00422 SAFARI<fig> offentliggjort i Dansk Varemærketidende omfattende de i ansøgningen anførte varer og tjenesteydelser.

Den 10. juli 2014 meddelte varemærkeindehaver, at man ønskede at begrænse varefortegnelsen i klasse 42 fra *rådgivning vedrørende computersoftware* til *rådgivning vedrørende computersoftware til brug for online spillemaskiner*.

Den 25. marts 2014 gjorde Gaming A/S indsigelse mod endelig registrering af VR 2014 00422 SAFARI<fig> for de anførte varer og tjenesteydelser og på baggrund af parternes udveksling af indlæg herom traf Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse i indsigelsessagen den 15. december 2014.

Ved Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse af 15. december 2014 konkluderes følgende:

For så vidt angår kravet om, at det er indsiger, der skal have stiftet en varemærkeret ved ibrugtagning, er det styrelsens vurdering, at det indsendte materiale ikke i tilstrækkelig omfang viser, at det er indsiger, der har anvendt kendetegnet SAFARI. Der er i den forbindelse lagt vægt på, at det indsendte materiale alt sammen vedrører Dansk Automat Expert A/S og ikke Gaming A/S, som er indsiger. Indsiger har oplyst, at Gaming A/S ejer CompuGame-DAE A/S, som er etableret ved en fusion mellem Dansk Automat Ekspert A/S og CompuGame A/S i 2010. Styrelsen kan ved opslag på CVR se, at Dansk Automat Ekspert A/S er ophørt i juli 2011 efter fusion med COMPUGAME A/S. Der blev i den forbindelse lavet en navneændring til COMPUGAME-DAE A/S. Det fremgår ikke af CVR, at der er et ejerforhold mellem Gaming A/S og COMPUGAME-DAE A/S, hvorfor det ikke er muligt at konstatere, at der er en forbindelse mellem disse juridiske enheder.

Selv om der måtte eksistere den fornødne forbindelse mellem de juridiske enheder, finder styrelsen, at det indsendte materiale ikke i tilstrækkelig grad dokumenterer en varemærkemæssig brug af SAFARI

for spilleautomater, herunder som online spil, idet materialet i form af det ovenfor nævnte dokumentationsmateriale nr. 2. – 4., ikke er dateret, hvorfor det ikke er muligt at konstatere, hvornår brugen er sket.

Der er alene et dokument i form af rapporten fra Force Technology af 9. juli 2008 vedrørende godkendelsen af Dansk Automat Expert A/S' spilleautomat med navnet "Safari", som er dateret. Dette er ikke tilstrækkeligt til at dokumentere en stiftet kendetegnsret ved ibrugtagning. For at en varemærkemæssig brug kan anses for at være stiftet, skal det fremgå, hvem der anvender varemærket og for hvad samt at det vedvarende anvendes.

Idet indsigers ikke har dokumenteret, at der er erhvervet en varemærkeret eller anden kendetegnsret ved ibrugtagning til navnet SAFARI i forhold til spilleautomater, herunder som online spil, kan styrelsen ikke tage indsigers påstand om forvekslelighed til følge.

På baggrund af ovenstående tager vi således ikke indsigelsen til følge, og registreringen er fortsat gyldig.

Vi har afgjort sagen efter varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 2 og § 15, stk. 4, nr. 2.

2. Indsigers påberåbte ældre varemærkerettigheder - dokumentation

Som det fremgår af vedlagte koncerndiagram (**bilag 3**), er Gaming A/S bl.a. ejer af CompuGame-DAE A/S, som etableredes ved fusionen mellem Dansk Automat Ekspert A/S og CompuGame A/S i 2010. Gaming A/S' virksomhed består i udvikling, produktion og salg af gevinstgivende spilleautomater, herunder online, hovedsageligt til det danske og det øvrige skandinaviske marked. Kopi af CompuGame-DAE A/S' ejerbog vil blive fremlagt snarest med henblik på dokumentation af ejerforholdet.

Gaming A/S (eller selskaber i forhold til hvilke Gaming A/S har succederet i rettighederne) har siden 2008 vedvarende gjort brug af varemærket SAFARI for en af sine populære spilleautomater og har herved stiftet varemærkeret til SAFARI gennem ibrugtagning, jf. varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 2.

Under indsigelsessagen for Patent- og Varemærkestyrelsen har indsiger bl.a. fremlagt kopi af Force Technologys godkendelse af indsigers spilleautomat SAFARI af 9. juli 2008, hvorved bemærkes, at Force Technology er akkrediteret til på vegne af Spillemyndigheden at godkende brugen af spilleautomater, og at det simpelthen ikke er muligt at registrere to forskellige spil under samme varemærke.

Som oplyst under indsigelsessagen har indsiger siden 2008 løbende solgt spilleautomaterne under navnet SAFARI, og disse spilleautomater er solgt/opstillet over hele Danmark.

I tillæg til den under indsigelsessagen fremlagte dokumentation for indsigers salg af spilleautomater under navnet SAFARI fremlægges følgende eksempelvis fakturaer vedrørende salg af SAFARI spilleautomater (**bilag 4**):

- Faktura nr. 63339 af 9. juli 2008 til Dansk Automatspil A/S
- Faktura nr. 63633 af 18. august 2008 til Automatgruppen Danmark A/S
- Faktura nr. 66564 af 26. august 2009 til Dan Automater Struer ApS

Yderligere fakturaer som dokumentation for indsigers vedvarende salg af SAFARI spilleautomater vil blive fremlagt, idet det skal bemærkes, at det som følge af indsigers implementering af et nyt økonomistyringsystem er ganske vanskeligt at fremfinde de relevante fakturaer.

3. Indsigers påberåbte ældre varemærkerettigheder - retlig argumentation

Det fremgår af varemærkelovens § 15, stk. 4, nr. 2, at et varemærke er udelukket fra registrering, hvis der ved brug her i landet er erhvervet ret til et identisk eller forveksleligt varemærke eller til et andet i erhvervsvirksomhed anvendt identisk eller forveksleligt tegn før tidspunktet for ansøgningen af det yngre varemærke, hvis indehaveren af den ældre ret kan forbyde brugen af det yngre mærke.

Som dokumenteret under punkt 2 har indsiger siden 2008 anvendt varemærket SAFARI for spilleautomater, dvs. et produkt af samme eller i hvert fald lignende art, som samtlige de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af Spilnu.dk A/S' varemærke VR 2014 00422 SAFARI<fig>, hvorved bemærkes, at mærke VR 2014 00422 SAFARI<fig> bl.a. er registreret for spil, spillehalsmaskiner, spillemaskiner til pengespil, videospillemaskiner og gevinstgivende spillemaskiner i klasse 28, og at online spillemaskiner og fysiske spillemaskiner under alle omstændigheder må anses for at være lignende varer.

I relation til *mærkeligheden* mellem Spilnu.dk A/S' varemærke VR 2014 00422 SAFARI<fig> og indsigers ældre ved brug stiftede varemærke til SAFARI skal det fremhæves, at ordelementet i VR 2014 00422 SAFARI<fig> er identisk med indsigers varemærke SAFARI. Dette forhold må konkret tillægges stor vægt, eftersom betegnelsen SAFARI besidder en høj grad af særpræg og udgør hovedelementet i begge figurmærker.

Dertil kommer, at de dominerende farver ved såvel indsigers mærke som ved VR 2014 00422 SAFARI<fig> er gul/orange med en mørk kant. Endvidere anvendes ved begge mærker blokbogstaver, og de anvendte fonte er stort set ens. Samlet set er de to mærker klart forvekslelige, og der er derfor risiko for, at det antages, at der er en forbindelse mellem de to mærker og indehaverne heraf.

Det gøres på denne baggrund samlet gældende, at indsiger har opnået varemærkeret til betegnelsen SAFARI ved ibrugtagning, jf. varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 2, og at der er forvekslingsrisiko mellem Spilnu.dk A/S' varemærke VR 2014 00422 SAFARI<fig> og det af indsiger påberåbte mærke SAFARI, hvorfor endelig registrering af varemærket VR 2014 00422 SAFARI<fig> må afslås, jf. varemærkelovens § 15, stk. 4, nr. 2.

Gaming A/S skal høfligst anmode om, at der fastsættes en rimelig frist på f.eks. 4 uger med henblik på indsigers indlevering af et supplerende indlæg, herunder med henblik på fremlæggelse af supplerende dokumentation...”

Med brev af 13. marts 2015 fremsendte DELACOUR på vegne klager, Gaming A/S, et supplerende klageindlæg som følger:

”... I forlængelse af ankeskrivelsen af 13. februar 2015 skal jeg herved på vegne af min klient, Gaming A/S, Michael Drewsens Vej 13, 8270 Højbjerg, fremkomme med følgende supplerende argumentation og dokumentation.

1. Ejerforholdet mellem Gaming A/S og CompuGame-DAE A/S

Som yderligere dokumentation for, at Gaming A/S ejer CompuGame-DAE A/S, fremlægges udskrift fra Det Offentlige Ejerregister (**bilag 5**), hvorved det dokumenteres, at Gaming A/S er ejer af samtlige aktier i CompuGame-DAE A/S.

2. Indsigers påberåbte ældre varemærkerettigheder - dokumentation

Gaming A/S (eller selskaber i forhold til hvilke Gaming A/S har succederet i rettighederne) har, som redegjort for i ankeskrivelsen, siden 2008 vedvarende gjort brug af varemærket SAFARI for en af sine populære spilleautomater og har herved stiftet varemærkeret til SAFARI gennem ibrugtagning, jf. varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 2.

Som supplerende dokumentation for, at varemærket SAFARI er anvendt af indsiger, fremlægges faktura nr. 64311 af 29. oktober 2008 til Elite Gaming A/S udvisende salg af SAFARI spilleautomater (**bilag 6**).

3. Indsigers påberåbte ældre varemærkerettigheder - retlig argumentation

Et varemærke er udelukket fra registrering, hvis der ved brug her i landet er erhvervet ret til et identisk eller forveksleligt varemærke eller til et andet i erhvervsvirksomhed anvendt identisk eller forveksleligt tegn før tidspunktet for ansøgningen af det yngre varemærke, hvis indehaveren af den ældre ret kan forbyde brugen af det yngre mærke, jf. varemærkelovens § 15, stk. 4, nr. 2.

Til støtte for, at også spiltitler i sagens natur nyder varemærkeretlig beskyttelse, fremlægges kopi af Vestre Landsrets dom af 27. november 2006, V.L. B-1780-03 (**bilag 7**), jf. særligt dommens side 4.

Idet indsiger nu har fremlagt (i) dokumentation for ejerforholdet mellem Gaming A/S og CompuGame-DAE A/S samt (ii) dataret materiale udvisende varemærkeretlig brug af betegnelsen SAFARI for spilleautomater og lignende varer må Ankenævnet for Patenter og Varemærker konstatere, at indsiger har stiftet varemærket til betegnelsen SAFARI ved ibrugtagning, jf. varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 2.

Idet indsiger ligeledes i ankeskrivelsen af 13. februar 2015 har redegjort for, at der er forvekslingsrisiko mellem Spilnu.dk A/S' varemærke VR 2014 00422 SAFARI<fig> og det af indsiger påberåbte mærke SAFARI, må endelig registrering af varemærket VR 2014 00422 SAFARI<fig> derfor afslås, jf. varemærkelovens § 15, stk. 4, nr. 2...”

Med brev af 22. april 2015 kommenterede Advokatfirmaet Kühnel P/S på vegne klager, Spilnu.dk A/S, klagen med følgende:

”... På baggrund af anken af Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse af 15. december 2014 vedrørende varemærket ”SAFARI” - VR 2014 00422, indgivet den for Ankenævnet for Patenter og Varemærker den 13. februar 2015, samt yderligere materiale indgivet 13. marts 2015, følger herved varemærkeindehavers svarskrivelse.

Nærværende svar vil følge didaktikken i Gaming A/S' anke, hvor der indledningsvis bliver repliceret på ejerforholdet mellem Gaming A/S og CompuGame A/S følgelig påståede krænkelse af Gaming A/S rettigheder, hvorefter Gaming A/S' retlige argumentation for påberåbelse af ældre varemærkerettigheder vil blive behandlet. Afslutningsvis behandles forvekslingsmuligheden indeholdt i Varemærkelovens § 15.

Vedrørende Varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 2

1) Succession

Det kan ud fra Gaming A/S' anke lægges til grund, at ejerskabet til stationære spillemaskiner med spillet ”Safari”, og følgelig den påståede retsstiftelse jf. Varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 2, tidligere hidrørte fra selskabet Dansk Automat Expert A/S. Det kan endvidere lægges til grund, at Dansk Automat Expert A/S blev opløst i 2011, efter fusion med selskabet COMPUGame A/S, senere navneændret til CompuGame-DAE A/S.

Ud fra sagens bilag 5 kan det endvidere lægges ubestridt til grund, at Gaming A/S ejer 100 % af kapitalen i CompuGame-DAE A/S.

På foreliggende grundlag er der imidlertid ikke belæg for at fastslå, at Gaming A/S skulle have succederet i rettigheder til spillemaskiner med ”Safari”, herunder immaterielle rettigheder hertil, der tilkom Dansk Automat Expert A/S. På foreliggende grundlag må det forudsættes, at eventuelle påståede immaterielle rettigheder blev overdraget til COMPUGame A/S, som led i nævnte fusion i 2010.

Navnet Safari i forhold til spilleautomater og de varemærkerettigheder der efter Gaming A/S' påstand er knyttet hertil, ville i så fald være placeret ved CompuGame A/S / CompuGame-DAE A/S, idet Gaming A/S er at betragte som en tredjepart i nævnte fusion.

Såfremt Gaming A/S succederede i rettigheder hertil, og skal dette lægges til grund som en korrekt og ubestridt faktisk omstændighed, påhviler det Gaming A/S at præsentere dokumentation herfor, idet formodningen modsat fald er for, at Gaming A/S ikke var adressat for varemærkerettigheder.

Endvidere er der en formodning for, at en sådan succession ej har fundet sted grundet det faktum, at der ikke foreligger nogen form for salg af spillemaskiner tilknyttet det påståede varemærke, "Safari", efter 2009. Dette kan udledes direkte af de af Gaming A/S fremlagte fakturaer i bilag 4 og bilag 6. Alle disse hidrører fra før, at Gaming A/S blev ejer af CompuGame-DAE A/S. Salg af spillemaskiner er derfor alene foretaget af selskabet Dansk Automat Expert A/S og er begrænset til ganske få spillemaskiner i årene 2007 – 2009.

Gaming A/S har således ikke dokumenteret, at selskabet har succederet eller erhvervet varemærkerettigheder rettigheder tilknyttet spillemaskiner med spillet "Safari" i kraft af at der ingen salg eller distribution er foretaget af Gaming A/S. Gaming A/S kan på denne baggrund ej heller med rette syntes at være indehaver af varemærket "SAFARI", stiftet ved ibrugtagen jf. Varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 2

2) Ibrugtagen og opretholdelse

Jf. ovenstående faktuelle omstændigheder, at Gaming A/S ikke aktivt har solgt, distribueret eller på anden vis markedsført eller promoveret spillemaskiner med "Safari". Det gøres således endvidere gældende, at desuagtet salget af spillemaskiner med spillet "Safari" i årene 2007 - 2009, foreligger der ikke dokumentation for en vedvarende brug fra Gaming A/S' side, hvor der derigennem skulle være stiftet et varemærke. Desuagtet at der måtte være stiftet et varemærke ved brug i årene 2007 – 2009, er denne påståede varemærkestiftelse fortabt jf. princippet i Varemærkelovens § 25.

Kravet i Varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 2 forudsætter i ordets forstand en stiftelse af ret ved ibrugtagen, hvor opretholdelsen af varemærkerettigheden forudsætter en kontinuerlig og vedvarende brug jf. princippet i Varemærkelovens § 25. Loven foreskriver en brug uden ophør i indtil 5 år, hvorefter et registreret varemærke må anses for ophørt. Bestemmelsen er tilsigtede registrerede varemærker, men gælder følgelig analogt for varemærker antageligt registreret ved brug.

Denne kontinuerlige og vedvarende brug foreligger ikke for Gaming A/S' vedkommende, der ud fra de dokumenterede faktuelle omstændigheder ikke har gennemført et salg af spillemaskiner med "Safari" siden august 2009 jf. bilag 4. Faktum er derimod, at der blot er fremlagt dokumentation for enkelte salg, der går over 5 år tilbage. Brugen og derved opretholdelsen af den påståede varemærkerettighed er udokumenteret, hvorfor reel brug ikke foreligger med den konsekvens, at varemærkerettigheden skal betragtes som ophørt.

Såfremt Ankenævnet for Patenter og Varemærker måtte finde, at der er stiftet et varemærke ved ibrugtagen jf. Varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 2 for salg af spillemaskiner i årene 2007 – 2009 og såfremt Ankenævnet måtte finde, at denne ret er overdraget til Gaming A/S, gøres det gældende at Gaming A/S har fortabt sin ret jf. Varemærkelovens § 25.

Vedrørende Varemærkelovens § 15

Hvis Ankenævnet for Patenter og Varemærker måtte finde, at Gaming A/S har succederet i rettighederne tilknyttet spillemaskiner lanceret og solgt af Dansk Automat Expert A/S, gøres det gældende, at der ikke foreligger en forvekslelighed eller mærkelighed mellem VR 2014 00422 SAFARI <fig> og Gaming A/S påståede varemærke.

Indledningsvis bemærkes det, at VR 2014 00422 SAFARI <fig> er et figurmærke, hvor sammenfaldet mellem ordelementerne ikke skal tillægges ophævelsesvirkning. Endvidere bemærkes det, at SAFARI som ordelement ikke har det fornødne særpræg, hvorfor Gaming A/S ikke med rettelig belæg kan påberåbe sig en eneret til brugen heraf.

Vurderingen skal eksklusivt baseres på den grafiske gengivelse i form af format, farve og skrifttype.

VR 2014 00422 SAFARI <fig> har en farvekomposition og en font, der markant adskiller sig fra Gaming A/S' varemærke. VR 2014 00422 SAFARI <fig> benytter sig af bogstaver, der alle har en intern, sort, optrukket linje, der fremhæver det enkelte bogstav, og derved gør fremstillingen unik sammenholdt med Gaming A/S' varemærke. Endvidere er farvekompositionen i VR 2014 00422 SAFARI <fig> entydig og uden den overgang, der findes hos Gaming A/S' varemærket. Det fornødne særpræg skal således ikke alene findes i anvendelsen af farver, men primært i den anvendte font.

På denne baggrund adskiller VR 2014 00422 SAFARI <fig>, sig markant fra Gaming A/S' påståede stiftede varemærker, og der er derfor intet til hinder for en endelig registrering..."

Patent- og Varemærkestyrelsen afgav med brev af 5. maj 2015 følgende udtalelse:

"... Som svar på Ankenævnets brev af 23. april 2015 skal styrelsen udtale følgende:

Klager har overfor Ankenævnet fremlagt yderligere materiale til dokumentation for, at klager har anvendt SAFARI som kendetegn for klagers produkter. Materialet omfatter bl.a. oversigter over ejerforhold, udskrifter fra CVR og 4 fakturaer dateret henholdsvis den 9. juli 2008, 18. august 2008, 26. august 2009 og 29. oktober 2008.

Af styrelsens afgørelse af 15. december 2014 fremgår, at styrelsen som begrundelse for, at indsigelsen ikke kunne tages til følge bl.a. har henvist til, at klager ikke kan anses for at have stiftet en kendetegnsret ved brug – dette allerede fordi det indsendte materiale til dokumentation herfor ikke viser klagers brug af det omhandlede kendetegn, men alene brug gjort af virksomheden Dansk Automat Expert A/S. Styrelsen anfører i den forbindelse, at styrelsen ved opslag på CVR kan se, at Dansk Automat Expert A/S er ophørt i juli 2011 efter fusion med COMPU-Game A/S, der i den forbindelse ændrede navn til COMPUGAME-DAE A/S. Endvidere bemærker styrelsen i afgørelsen, at de for styrelsen tilgængelige oplysninger i CVR ikke afslører et nærmere ejerforhold mellem Gaming A/S og COMPUGAME-DAE A/S.

Den af klager nu indsendte ejeroversigt og udskrifter fra CVR, jf. klagers bilag 3 og 5, viser at klager ejer selskabet COMPUGAME-DAE A/S.

Det skal i den forbindelse først og fremmest bemærkes, at det følger af varemærkelovens § 38, stk. 2, at overdrager nogen sin virksomhed, går retten til virksomhedens varemærker over til erhververen, medmindre andet er eller må anses for at være aftalt. Som sagen foreligger oplyst, må det følgelig lægges til grund, at eventuelle varemærkerettigheder, der var indehavet af Dansk Automat Expert A/S ved fusionen i juli 2011 er overgået til selskabet COMPUGAME-DAE A/S.

Som anført af styrelsens afgørelse er det imidlertid ikke COMPUGAME-DAE A/S, der har fremsat indsigelse i sagen, men derimod Gaming A/S.

Der fremgår i den forbindelse følgende af § 13, stk. 2 i bekendtgørelse nr. 364 af 21. maj 2008 om ansøgning og registrering m.v. af varemærker og fællesmærker:

Stk. 2. Indsigelsen kan fremsættes af enhver. Dog kan indsigelse fremsat under henvisning til varemærkelovens § 14, stk. 4-5, og § 15, alene fremsættes af indehaveren af de ældre påberåbte rettigheder eller en navnebærer af det navn, der påberåbes. Styrelsen kan dog undtage herfra.

Udkastet til bekendtgørelse blev sendt i høring den 14. marts 2008, jf. bilag A, og udkastet indeholdt følgende bemærkninger til denne bestemmelse:

”Stk. 2 er ny og præciserer i 2. pkt., hvem der kan fremsætte indsigelse. 2. pkt. kodificerer styrelsens praksis, hvorefter indsiger som udgangspunkt ikke kan påberåbe sig tredjemands rettigheder som grundlag for en indsigelse. Bestemmelsen giver mulighed for at styrelsen kan undtage fra dette. Baggrunden for dette forslag er, at styrelsen har et ønske om at gøre adgangen for f.eks. koncernforbundne selskaber til at fremsætte indsigelse så smidig som muligt, således at ét selskab i koncernen kan gøre indsigelse på basis af hele koncernens varemærkeportefølje.”

Om styrelsens mulighed for at undtage fra kravet om, at det alene er indehaveren af en tidligere rettighed, der kan påberåbe sig denne rettighed i en indsigelsessag, fremgår endvidere følgende af styrelsens [Varemærkeguidelines](#):

”Det skal være oplyst, hvem der fremsætter indsigelsen. Enhver har ret til at fremsætte indsigelse. Der kræves ikke en retlig interesse i sagen. Som udgangspunkt kan man dog ikke til støtte for en indsigelse påberåbe sig andres rettigheder. Dog kan for eksempel et moderselskab påberåbe sig mærker, som datterselskaber er indehavere af, hvis moderselskabet bemyndiges hertil af datterselskaberne. Styrelsen vil i denne situation kræve, at datterselskaberne erklærer, at moderselskabet har bemyndigelse til at fremsætte indsigelsen på datterselskabernes vegne.”

Det bemærkes i øvrigt, at det af Varemærkeret, Varemærkeloven og Fællesmærkeloven med kommentarer, Knud Wallberg, 4. udgave, 2008, side 254, fremgår, at ”Baseres indsigelsen på en tidligere rettighed, følger det endvidere af almindelige retsgrundsætninger, at det kun er indehaveren af den rettighed eller den, som indehaveren har bemyndiget hertil, der kan påberåbe sig denne.”

COMPUGAME-DAE A/S og klager – Gaming A/S – er to selvstændige juridiske enheder, om end klager efter det oplyste ejer COMPUGAME-DAE A/S.

Det forhold alene, at klager har dokumenteret et vist ejerforhold mellem Gaming A/S og COMPUGAME-DAE A/S indebærer efter styrelsens opfattelse ikke, at klager dermed skal anses for at have en adkomst til at påberåbe sig eventuelle kendetegnsrettigheder indehavet af COMPUGAME-DAE A/S i en indsigelsessag efter varemærkelovens § 23. Derimod må det som anført ovenfor kræves, at klager dokumenterer, at klager af COMPUGAME-DAE A/S er blevet bemyndiget til at påberåbe sig de rettigheder, der indehaves af COMPUGAME-DAE A/S.

Klager har ikke indsendt dokumentation for en sådan bemyndigelse, og styrelsen skal følgelig fastholde det i afgørelsen af 15. december 2014 fremførte om, at det indsendte materiale allerede af denne grund ikke kan dokumentere en tidligere rettighed stiftet af klager ved brug.

Styrelsen har endvidere i afgørelsen af 15. december 2014 tillige kommenteret på det indsendte materiales evne til i øvrigt at dokumentere, at der ved brug er stiftet en ret til kendetegnet SAFARI.

Som anført i styrelsens afgørelse, er det – i det for styrelsen forelagte materiale – alene rapporten fra Force Technology af 9. juli 2008, som er dateret forud for ansøgningstidspunktet for det angrebne mærke.

Klager har for Ankenævnet forelagt yderligere materiale til dokumentation for, at der forud for ansøgningstidspunktet er stiftet en kendetegnret til "SAFARI". Som anført ovenfor består materialet hovedsageligt af 4 fakturaer, der er dateret henholdsvis den 9. juli 2008, 18. august 2008, 26. august 2009 og 29. oktober 2008.

Om de for Ankenævnet forelagte fakturaer skal indledningsvist bemærkes, at det af disse ikke fremgår hvilke varer fakturaerne vedrører. Således er til beskrivelse af varerne angivet betegnelser som "Omb.kit ProX. Safari", "Omb. kit, Royal Luxe, Safari", "Omb. Kit DT.Kab. Safari", "Omb. af display til grafisk type", "Omb.kit AGD Safari", "Omb.kit JK maxi Safari" og "Omb. kit Royal Lux Safari", hvilke betegnelser efter styrelsens opfattelse ikke giver klare indikationer af, hvilke varer der er tale om.

Fakturaerne indeholder også diverse numre for de enkelte varer, herunder nummer "267277", "266877", "260777", "262177" og "266877", men materialet i øvrigt kaster intet lys over hvilke varer disse numre vedrører.

Styrelsen finder allerede af denne grund, at de fremlagte fakturaer ikke kan medvirke til at dokumentere, at der er stiftet en kendetegnret for varen "spilleautomater", da fakturaerne ikke i sig selv viser brug herfor, og i øvrigt ikke er understøttet af andet materiale i sagen.

Endeligt skal bemærkes, som dette også er anført af indklagede, at de fremlagte fakturaer er mere end 5 år gamle. Skal den senest daterede faktura, dvs. fakturaen af 26. august 2009, således anses for at angive datoen den seneste brug af det påberåbte kendetegn, har brugen heraf således været ophørt i næsten 6 år, og havde været ophørt i ca. 4½ år ved indsigelsens fremsættelse.

Under hensyn til det indsendte materiales karakter og beskedne omfang, samt til den forløbne periode fra den senest daterede faktura til indsigelsens fremsættelse, er det følgelig styrelsens opfattelse, at en i 2008-2009 eventuelt etableret kendetegnret under alle omstændigheder i dag må anses for at være faldet bort.

Med disse yderligere bemærkninger fastholder styrelsen derfor afgørelsen af 15. december 2014 og den under behandlingen fremførte argumentation og vurdering.

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

Med brev af 8. juni 2015 kommenterede DELACOUR på vegne klager, Gaming A/S, styrelsens udtalelse med følgende:

"... I anledning af Patent- og Varemærkestyrelsens udtalelse af 5. maj 2015 skal jeg herved på vegne af klager, Gaming A/S, fremkomme med følgende kommenter:

1. Gaming A/S' ret til at gøre indsigelse

Patent- og Varemærkestyrelsen fastholder - ud fra en meget formalistisk anskuelse - og i modstrid med intentionerne bag varemærkebekendtgørelsens § 13, stk. 1, at Gaming A/S på trods af det dokumenterede ejerskab til CompuGame-DAE A/S ikke skulle være berettiget til under nærværende sag at påberåbe sig den af CompuGame-DAE A/S ved brug etablerede varemærkeret til SAFARI i relation til spilleautomater, jf. varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 2.

Til trods for at det efter klagers bedste overbevisning ikke burde være fornødent, vedlægges som **bilag 8** erklæring af 4. juni 2015 fra CompuGame-DAE A/S, hvorved det bekræftes, at Gaming A/S af datterselskabet CompuGame-DAE A/S er bemyndiget til at forestå registrering og håndhævelse af CompuGame-DAE A/S' varemærker, herunder for så vidt angår det ved brug etablerede varemærke SAFARI.

2. CompuGame-DAE A/S' påberåbte ældre varemærkerettigheder - dokumentation

Patent- og Varemærkestyrelsen har endvidere - ud fra en ligeledes meget formalistisk anskuelse - gjort gældende, at det ikke skulle fremgå af de af klager indleverede fakturaer udvisende salg af produkter under varemærket SAFARI, at de herved solgte produkter skulle være spilleautomater.

Til trods for at det allerede er dokumenteret af klager, at (1) man af Force Technology har opnået tilladelse til at sælge en spilleautomat under navnet SAFARI (bilag 1), og at (2) man rent faktisk sælger spilleautomater under varemærket SAFARI (bilag 2), erklæres det af CompuGame-DAE A/S' direktør med henblik på at imødegå enhver tvivl herom ved den som bilag 8 vedlagte erklæring, at de under nærværende sag indleverede fakturaer (helt eller delvist) vedrører salg af spilleautomaten SAFARI.

Endelig vedlægges som **bilag 9** kopi af faktura nr. 131931 af 13. juni 2014 fra CompuGame-DAE A/S til Automat Fabrikkerne A/S som yderligere dokumentation for vedvarende salg siden 2008 af spilleautomater under varemærket SAFARI...”

Udskriftens og fotokopiens rigtighed bekræftes.

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