RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)
31. marts 2004 *

I sag T-20/02,

Interquell GmbH, Wehringen (Tyskland), ved avocat G.J. Hodapp,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved G. Schneider og U. Pfleghar, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

støttet af

Provimi Ltd, Staffordshire (Det Forenede Kongerige), ved avocat M. Kinkeldey,

intervenient,

* Processprog: tysk.

den anden part i sagen for appelkammeret ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) var

SCA Nutrition Ltd, Staffordshire, ved avocat M. Kinkeldey,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 27. november 2001 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 264/2000-2) vedrørende en indsigelsessag mellem Interquell GmbH og SCA Nutrition Ltd,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Fjerde Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, H. Legal, og dommerne V. Tiilli og M. Vilaras,

justitssekretær: fuldmægtig I. Natsinas,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 17. december 2003,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Den 4. juli 1996 indgav sagsøgeren en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret.

2 Varemærket, der er søgt registreret, er et blandet ord- og figurmærke, og er gengivet nedenfor:



3 De varer og tjenesteydelser, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 31 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og er beskrevet på følgende måde: »næringsmidler til hunde«.

4 Ansøgningen om EF-varemærket blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 29/98 af 20. april 1998.

5 Den 20. juli 1998 rejste SCA Nutrition Ltd indsigelse mod registreringen af dette EF-varemærke i henhold til artikel 42, stk. 1, i forordning nr. 40/94. Indsigelsen blev bl.a. begrundet med, at der i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 var risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og de to følgende ældre varemærker:

— Ordmærket, der er gengivet nedenfor og registreret i Det Forenede Kongerige under nr. 1 573 085

HAPPIDOG

Figur- og ordmærket, der er gengivet nedenfor og registreret i Det Forenede Kongerige under nr. B 1 128 306



6 De varer, for hvilke de ældre varemærker er registreret, henhører under klasse 31 i Nice-arrangementet og svarer ligeledes til næringsmidler til hunde.

7 I sin afgørelse af 9. februar 2000 tog Harmoniseringskontorets Indsigelsesafdeling indsigelsen til følge og afslog som følge heraf at registrere det ansøgte varemærke, da det lignede det ældre ordmærke nr. 1 573 085, og da de to varemærker betegner varer af samme art, hvilket risikerer at skabe forveksling i offentlighedens bevidsthed i Det Forenede Kongerige, hvor det ældre varemærke er beskyttet.

8 Den 13. marts 2000 påklagede sagsøgeren Indsigelsesafdelingens afgørelse til Harmoniseringskontoret i medfør af artikel 59 i forordning nr. 40/94.

9 Ved afgørelse af 27. november 2001 (herefter »den anfægtede afgørelse«), der blev meddelt sagsøgeren den 30. november 2001, afslog Andet Appelkammer klagen.

10 Appelkammeret fandt, at Indsigelsesafdelingens afgørelse var velbegrundet. Nærmere bestemt fandt appelkammeret, at der var en risiko for forveksling i den relevante offentligheds bevidsthed i Det Forenede Kongerige, da det anmeldte tegn og det ældre ordmærke nr. 1 573 085 betegner de samme varer, og de to omhandlede tegn begrebsmæssigt og visuelt ligner hinanden meget.

Retsforhandlinger og parternes påstande

11 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 30. januar 2002 har sagsøgeren anlagt denne sag.

12 I skrivelse af 21. juni 2002 har Harmoniseringskontoret anført, at det ældre ordmærke nr. 1 573 085 var blevet slettet af det britiske varemærkeregister, da det var udløbet, og anmodet om udsættelse af sagen indtil det kompetente organs afgørelse af genregistreringsanmodningen, der er indgivet SCA Nutrition. Som følge af sagsøgerens indsigelse herimod blev anmodningen om udsættelse af sagen ikke taget til følge.

13 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 19. august 2002 har selskabet Provimi Ltd, der fik overdraget det ældre ordmærke HAPPIDOG den 8. juli 2002, anmodet om tilladelse til at indtræde i sagen til støtte for Harmoniseringskontorets påstande. Ved kendelse af 16. oktober 2002 imødekom formanden for Rettens Fjerde Afdeling Provimis begæring, hvorefter selskabet i henhold til artikel 116, stk. 6, i Rettens procesreglement fik tilladelse til at fremsætte sine bemærkninger under retsmødet.

14 SCA Nutrition og Harmoniseringskontoret har indleveret deres svarskrifter til Rettens Justitskontor den 28. og 29. august 2002. SCA Nutrition har heri anført, at den nationale registrering af det ældre varemærke nr. 1 573 085 var blevet fornyet den 10. juni 2002, inden det pågældende varemærke blev overdraget til Provimi den 8. juli 2002.

15 Ved skrivelse af 4. december 2003 har SCA Nutrition og Provimi oplyst Retten om, at de ikke ville være til stede under retsmødet den 17. december 2003.

16 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

17 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

18 SCA Nutrition har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

19 Sagsøgeren har i det væsentlige fremført to anbringender, nemlig at der for det første foreligger en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, og for det andet en tilsidesættelse af denne forordnings artikel 12.

20 Det skal desuden bemærkes, at i det omfang, stævningen generelt henviser til argumenter fremsat i de dokumenter, der er fremlagt under den administrative procedure, opfylder den ikke kravene i procesreglementets artikel 44, stk. 1, litra c), og argumenterne kan derfor ikke tages i betragtning (Rettens dom af 7.11.1997, sag T-84/96, Cipeke mod Kommissionen, Sml. II, s. 2081, præmis 33).

Tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

21 Sagsøgeren har indledningsvis gjort gældende, at udtrykket »happy dog« i forbindelse med næringsmidler til hunde er beskrivende, idet det betegner det pågældende næringsmiddels beskaffenhed og anvendelsesformål. Denne ordkombination udtrykker på en forståelig måde for kundekredsen, navnlig i Det Forenede Kongerige, at næringsmidlets ordkombination er så sund og velsmagende, at hunden er sund og derfor glad efter at have spist det.

22 Denne bedømmelse, der ikke er blevet foretaget af appelkammeret, er nødvendig for at fastslå rækkevidden af beskyttelsen af det ældre ordmærke og for at efterprøve, om det ansøgte varemærke griber ind i den pågældende beskyttelse.

23 Den beskrivende egenskab af udtrykket »happy dog« er forklaringen på, hvorfor SCA Nutrition kun har kunnet få registreret sit ordmærke i Det Forenede Kongerige ved at ændre det ene af disse ord og ved at sammenskrive dem for at skabe et grammatisk ukorrekt udtryk. Beskyttelsen af et sådant varemærke er begrænset til de tilfælde, hvor der foreligger en risiko for forveksling med

identiske tegn. I modsat fald ville der blive skabt hindringer for, at erhvervsdrivende i deres tegn anvender grammatisk korrekte, men beskrivende ord sammen med andre bestanddele, der giver disse tegn særpræg, fordi der er en fonetisk lighed med et varemærke — som det i den foreliggende sag — der består af en grammatisk ukorrekt version af de pågældende udtryk.

24 Hvad angår sammenligningen af de omhandlede varemærker har sagsøgeren anført, at varemærkerne ikke ligner hinanden visuelt. Appelkammeret har i den forbindelse ikke undersøgt det ansøgte varemærkes figurative bestanddele, der er de eneste, som gør det muligt at registrere det pågældende varemærke. Desuden har appelkammeret ligeledes tilsidesat artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, idet det har fundet, at de omhandlede tegn har en høj grad af typografisk lighed, mens det ansøgtes varemærkes typografiske udformning tydeligvis var blevet bearbejdet.

25 Desuden har sagsøgeren anført, at da rækkevidden af beskyttelsen af det ældre ordmærke er meget begrænset, kan det ikke fastslås, at der foreligger en risiko for forveksling med de omhandlede tegn på grundlag af en fonetisk lighed mellem disse tegn.

26 Harmoniseringskontoret har anført, at sagsøgeren i sin argumentation fjerner bestanddelen »happy dog« fra hvert varemærke, således at der, hvad angår det ansøgte varemærke, kun er en figurativ bestanddel tilbage, og hvad angår det ældre varemærke kun er en sammenstilling af ordene »happy« og »dog« samt en anvendelse af bogstavet »i« i stedet for »y« i det første ord tilbage. Ifølge Harmoniseringskontoret har denne argumentation ført sagsøgeren til den fejlagtige opfattelse, at sammenligningen af de »resterende« bestanddele gør de omhandlede tegn for forskellige til, at der foreligger risiko for forveksling.

27 Sagsøgte har bestridt denne argumentation, da den ikke tager hensyn til det samlede indtryk af de enkelte varemærker, og da den er baseret på den fejlagtige forudsætning, at bestanddelen »happy dog« er beskrivende for de omhandlede varer.

28 For det første fremgår det af en helhedsvurdering af de omhandlede tegn, at tegnene er såvel begrebsmæssigt som lydmæssigt identiske, da de visuelle forskelle ikke i sig selv er tilstrækkelige til at udelukke en risiko for forveksling, når henses til, at de omfattede varer er identiske.

29 For det andet kan en ordkombination kun betegnes som beskrivende, når den uden videre af den relevante kundekreds opfattes som en angivelse af varens art, indhold eller dens anvendelse, hvilket ikke er tilfældet for ordkombinationen »happy dog«, der hvad angår næringsmidler til hunde højst kan være et suggestivt varemærke. At tale om en »glad« eller »tilfreds« hund har ikke nogen umiddelbart forbindelse til de omhandlede varer.

30 SCA Nutrition har — efter at have anført, at Rettens rolle er at efterprøve lovligheden af appelkammerenes afgørelser, der kun kan underkendes, såfremt deres retlige vurdering af de faktiske omstændigheder er åbenbar forkert — gjort gældende, at det er med rette, at Andet Appelkammer i denne sag har fastslået en risiko for forveksling.

31 Idet sagsøgeren har anført, at beskyttelsen af varemærket HAPPIDOG er begrænset til de tilfælde, hvor der er en risiko for forveksling med identiske tegn, har sagsøgeren ifølge SCA Nutrition fejlfortolket artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, der ikke sondrer mellem ordmærker ved at behandle varemærker, der består af kendte ord, anderledes. Desuden kan ordkombina-

tionen »happy dog« i henhold til Domstolens dom af 20. september 2001, Procter & Gamble mod Harmoniseringskontoret (sag C-383/99 P, Sml. I, s. 6251), ikke betragtes som beskrivende. Sagsøgerens argumentation vedrørende den beskrivende karakter af udtrykket »happy dog« er i øvrigt i strid med sagsøgerens egen EF-varemærkeansøgning.

32 SCA Nutrition har ligeledes hævdet, at selv om beskyttelsesområdet for det ældre ordmærke er meget begrænset, er der dog i den foreliggende sag en risiko for forveksling mellem de omtvistede tegn. Tegnene er lydmæssigt identiske og har en høj grad af visuel lighed. I den forbindelse har det ansøgte varemærkes figurative bestanddel, der er en almindeligt forekommende grafisk uformning af reklamer, ikke en selvstændig betydning og vil derfor af forbrugerne opfattes som en variation af det ældre ordmærke. Da de omhandlede varer er identiske, skaber den begrebsmæssige lighed nødvendigvis en risiko for forveksling mellem de omhandlede tegn.

Rettens bemærkninger

33 Hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, ifølge artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 udelukket fra registrering, »såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre mærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art; risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke«. Desuden forstås der ved ældre varemærker ifølge artikel 8, stk. 2, litra a), nr. ii), i forordning nr. 40/94 varemærker, som er registreret i en medlemsstat, og hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EF-varemærkeansøgningen.

34 Indledningsvis bemærkes, at den generelle formulering af ovennævnte bestemmelser modsiger sagsøgerens argumentation, hvorefter beskyttelsen af visse ordmærker som det ældre varemærke HAPPIDOG er begrænset til de tilfælde, hvor der foreligger en risiko for forveksling med identiske varemærker. Det fremgår af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, at alle gyldigt registrerede varemærker ikke kun er beskyttede, når det anmeldte tegn og det ældre varemærke er identiske, men også i de tilfælde, hvor de ligner hinanden, og når de omhandlede varer eller tjenesteydelser er af lignende art.

35 Det skal herefter understreges, at der ved anvendelsen af denne artikel skal foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling i offentlighedens bevidsthed, der er defineret som risikoen for, at det i kundekredsen kan antages, at de pågældende varer eller tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder (Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 29, og af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 17, Rettens dom af 23.10.2002, sag T-104/01, Oberhauser mod Harmoniseringskontoret – Petit Liberto (Fifties), Sml. II, s. 4359, præmis 25), under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde (Canon-dommen, præmis 16, Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 18, og Fifties-dommen, præmis 26).

36 Denne helhedsvurdering indebærer en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning, og især ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem de 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 (Canon-dommen, præmis 17, Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 19, og Fifties-dommen, præmis 27).

37 Desuden spiller det en afgørende rolle i helhedsvurderingen af risikoen for forveksling, hvordan forbrugeren af varerne eller tjenesteydelserne opfatter varemærkerne. Da arten af de berørte varer (næringsmidler til hunde) i denne

sag er dagligvarer, og da det ældre ordmærke er registreret og beskyttet i Det Forenede Kongerige, består den berørte kundekreds, for så vidt angår bedømmelsen af risikoen for forveksling, af denne medlemsstats gennemsnitsforbruger. En gennemsnitsforbruger, der anses for at være almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet, opfatter imidlertid normalt et varemærke som en helhed og undersøger ikke de forskellige detaljer (Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 23, Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 25, og Fifties-dommen, præmis 28). Desuden må der tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugeren kun sjældent har mulighed for at foretage en direkte sammenligning mellem de forskellige mærker, men må stole på det ufuldstændige billede, han i erindringen har af dem (Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 26).

38 I lyset af det foran anførte, skal der foretages en sammenligning af dels de berørte varer, dels de omhandlede tegn.

39 Det er ubestridt mellem parterne, at varerne, der er omfattet af de omhandlede varemærker, er identiske.

40 Hvad angår sammenligningen af tegnene fremgår det af retspraksis, at helhedsvurderingen af risikoen for forveksling, for så vidt angår de pågældende varemærkers visuelle, lydmæssige eller begrebsmæssige lighed, skal være baseret på helhedsindtrykket af varemærkerne, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller dominans (SABEL-dommen, præmis 23, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 25).

41 I den forbindelse bemærkes, at appelkammeret i den anfægtede afgørelse fandt, at det ikke var nødvendigt med en detaljeret vurdering for at fastslå, at køberne af næringsmidler til hunde ville forveksle de to omhandlede tegn, da de begrebsmæssige og visuelle ligheder var meget store. Appelkammeret tilføjede, at forskellene mellem de to tegn, når de var påsat dåser med næringsmidler til hunde, næsten ikke var til at se, selv når dåserne var placeret ved siden af hinanden (den anfægtede afgørelses punkt 17).

42 Det må herefter fastslås, at de omtvistede tegn har samme begrebsmæssige indhold, idet de over for den relevante kundekreds antyder, at hvis hunden spiser denne vare, vil den blive glad.

43 Hvad angår den visuelle sammenligning bemærkes, at ordbestanddelen »happy dog« har en dominerende plads i det anmeldte tegn. Af sammenligningen mellem det dominerende ordelement i dette tegn og det ældre varemærke fremgår, at der er en vis visuel lighed mellem dem (Fifties-dommen, præmis 37). Forskellen, der er frembragt ved at sammenstille ordene »happy« og »dog« samt ved at udskifte bogstavet »i« med »y«, er nemlig ikke tilstrækkelig vigtig til at udelukke enhver lighed, da gennemsnitsforbrugeren sjældent har mulighed for at foretage en direkte sammenligning mellem de forskellige mærker, men må stole på det ufuldstændige billede af dem. Hvad angår den visuelle vurdering af de omhandlede tegn i deres helhed gør imidlertid det forhold, at der er en figurativ bestanddel i det ansøgte varemærke — selv om indramningen og den særlige skrifttype af ordkombinationen »happy dog« ikke er særlig markant — det ikke muligt at slutte, at der foreligger en meget høj grad af visuel lighed.

44 Selv om det måtte kunne antages, at det kan fastslås, at de omhandlede tegn ikke ligner hinanden visuelt, har appelkammeret i den foreliggende sag med rette anført, at der er risiko for forveksling. I betragtning af, at de omfattede varer er

identiske, og de omhandlede tegn ligner hinanden, hvortil det bør tilføjes, at de samme tegn for den relevante kundekreds' vedkommende er åbenbart fonetisk identiske, kan eventuelle visuelle forskelle mellem tegnene ikke udelukke, at der er en risiko for forveksling i den tilsigtede kundekreds' bevidsthed (jf. i denne retning Fifties-dommen, præmis 46).

45 En risiko for forveksling, der således er fastslået mellem de omhandlede tegn, afkræftes ikke af sagsøgerens argumentation om den beskrivende egenskab af ordkombinationen »happy dog«. I det omfang, sagsøgeren har villet henvise til den i retspraksis fastsatte sammenhæng mellem graden af det ældre varemærkes særpræg og omfanget af dettes beskyttelse (SABEL-dommen, præmis 24, Canon-dommen, præmis 18, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 20) og derved har argumenteret for, at der som følge af det ældre ordmærkes ringe grad af særpræg ikke er en risiko for forveksling, skal denne argumentation betragtes som irrelevant.

46 Selv om det antages, at ordkombinationen »happy dog« kan betragtes som beskrivende for næringsmidler til hunde, og at det ældre ordmærke som følge heraf har en ringe grad af særpræg, skal det bemærkes, at som følge af den indbyrdes afhængighed af de faktorer, der er relevante ved vurderingen af risikoen for forveksling, er det forhold, at de varer, der er omfattet af de omhandlede tegn, er identiske, og at der er stor lighed mellem tegnene, tilstrækkelig til at fastslå, at der er risiko for forveksling (jf. i denne retning Rettens dom af 15.1.2003, sag T-99/01, Mystery Drinks mod Harmoniseringskontoret — Karlsberg Brauerei (MYSTERY), Sml. II, s. 43, præmis 36).

47 Heraf følger, at sagsøgerens første anbringende skal forkastes.

Manglende anvendelse af artikel 12 i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

48 Ifølge sagsøgeren fremgår det af artikel 12 i forordning nr. 40/94, at EF-varemærkeindehaverens rettigheder er begrænsede, når en tredjemand for at betegne sine varer bruger angivelser, der bl.a. vedrører arten, beskaffenheden eller værdien af disse varer. I overensstemmelse med denne bestemmelser gør den beskyttelse, som det ældre ordmærke nyder, det ikke muligt at forbyde anvendelsen af beskrivende ord som »happy dog« i denne sag.

49 Sagsøgeren har hævdet, at denne argumentation blev fremført under sagens behandling ved Harmoniseringskontoret, men at sidstnævnte hverken undersøgte denne argumentation »eller tog artikel 12 i forordning nr. 40/94 i betragtning«. Harmoniseringskontoret har således tilsidesat den pågældende forordning, idet det ikke har overholdt de anvendelige bestemmelser.

50 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at artikel 12 i forordning nr. 40/94 ikke finder anvendelse inden for rammerne af en registreringsprocedure, hvilket Domstolen desuden har fastslået vedrørende en anvendelse af absolutte registreringshindringer (dom af 4.5.1999, sag C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Sml. I, s. 2779) og på grundlag af betragtninger, der ligeledes gælder inden for rammerne af en indsigelsessag i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

51 SCA Nutrition har ligeledet anført, at artikel 12 i forordning nr. 40/94 ikke finder anvendelse under en procedure om registrering af et EF-varemærke, og at sagsøgeren ikke kan påberåbe sig denne bestemmelse, da sagsøgeren åbenbart har til hensigt at anvende det anmeldte tegn som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse, dvs. som et varemærke, hvilket ikke svarer til en loyal anvendelse, således som dette er defineret i artikel 12 i forordning nr. 40/94.

Rettens bemærkninger

52 Sagsøgeren har anført, at i overensstemmelse med artikel 12 i forordning nr. 40/94 kan den beskyttelse, som det ældre ordmærke nyder, ikke medføre et forbud mod, at en konkurrent anvender beskrivende ord som »happy dog« for sine varer.

53 Det skal imidlertid bemærkes, at efter en undersøgelse af alle sagsøgerens skriftlige indlæg under den administrative procedure fremgår det, at denne aldrig udtrykkelig har nævnt artikel 12 i forordning nr. 40/94 og da slet ikke har udviklet en argumentation, der hviler på denne særlige bestemmelse i den pågældende forordning.

54 Under disse omstændigheder er sagsøgerens klagepunkt, hvorefter appelkammeret har undladt at træffe afgørelse i denne sag om anvendelsen af artikel 12 i forordning nr. 40/94, således baseret på forkerte forudsætninger og skal forkastes.

55 Selv om det antages, at argumentet, der fremgår af begrundelsen for klagen over Indsigelsesafdelingens afgørelse, hvorefter konkurrenterne frit skal kunne anvende udtrykket »happy dog«, burde være blevet opfattet af appelkammeret som en stiltiende, men nødvendig henvisning til artikel 12 i forordning nr. 40/94, skal det bemærkes, at denne artikel ikke finder anvendelse under en procedure om registrering af et EF-varemærke.

56 Artikel 12 i forordning nr. 40/94 omhandler nemlig begrænsninger af den ret, som et EF-varemærke giver indehaveren i omsætningen. Den, der påstås at krænke et

varemærke, kan til sit forsvar påberåbe sig denne bestemmelse for i givet fald at undgå at blive beskyldt for at have grebet ind i de rettigheder, der tilkommer indehaveren af et EF-varemærke, der bl.a. består af ord, som betegner den pågældende vares beskaffenhed og andre egenskaber. Artikel 12 i forordning nr. 40/94 kan således ikke tages i betragtning under proceduren om registrering af et varemærke, da den ikke, som hævdet af sagsøgeren, tillægger tredjemand ret til at gøre brug af sådanne ord som varemærke, men begrænser sig til at sikre, at tredjemand kan bruge dem på beskrivende måde, dvs. som angivelse af beskaffenheden eller andre egenskaber ved varen, såfremt brugen sker i overensstemmelse med redelig markedsføringsskik. (jf. analogt Windsurfing Chiemsee-dommen, præmis 28, og Rettens dom af 15.10.2003, sag T-295/01, Nordmilch mod KHIM (OLDENBURGER), Sml. II, s. 4365, præmis 55-57).

57 Heraf følger, at sagsøgerens andet anbringende skal forkastes.

58 På baggrund af det ovenfor anførte skal Harmoniseringskontoret frifindes.

Sagens omkostninger

59 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor tilpligtes at betale de omkostninger, der er afholdt af Harmoniseringskontoret og SCA Nutrition, i overensstemmelse med disses påstande herom. Da Provimi derimod ikke har nedlagt påstand om tilkendelse af sagsomkostninger, skal selskabet bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Afdeling)

1) **Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) frifindes.**

2) **Sagsøgeren bærer sine egne omkostninger samt betaler de omkostninger, der er afholdt af Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) og af SCA Nutrition Ltd.**

3) **Provimi Ltd bærer sine egne omkostninger.**

Legal Tiili Vilaras

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 31. marts 2004.

H. Jung

Justitssekretær

H. Legal

Afdelingsformand