RETTENS DOM (Anden Afdeling)

22. juni 2004 *

I sag T-66/03,

Koffiebranderij en Theehandel »Drie Mollen sinds 1818« BV, 's-Hertogenbosch (Nederlandene), ved avocat P. Steinhauser, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved J. Novais Gonçalves og S. Laitinen, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

den anden part i sagen ved Harmoniseringskontorets appelkammer:

Manuel Nabeiro Silveira, L[da], Campo Maior (Portugal),

angående en påstand om annullation af den afgørelse, der blev truffet af Harmoniseringskontorets Andet Appelkammer den 17. december 2002 (R 270/2001-2) vedrørende en indsigelsessag mellem Koffiebranderij en Theehandel »Drie Mollen sinds 1818« BV og Manuel Nabeiro Silveira, L[da],

* Processprog: engelsk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Pirrung, og dommerne A.W.H. Meij og N.J. Forwood,

justitssekretær: fuldmægtig J. Plingers,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 26. februar 2003,

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 20. juni 2003,

og efter retsmødet, hvori sagsøgeren ikke deltog, den 20. januar 2004,

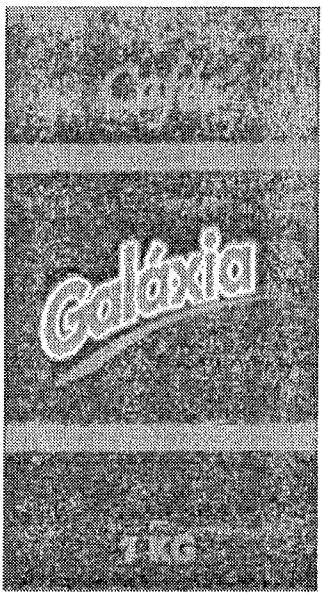
afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Den 15. juni 1998 indgav Manuel Nabeiro Silveira, L[da], i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret, en varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«).

2 Det figurmærke, der søgtes registreret, bestod af følgende tegn:



3 Det varemærke, der er søgt registreret, vedrører varen »kaffe«, der henhører under klasse 30 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret.

4 Ansøgningen er blevet offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 17/1999 af 8. marts 1999.

5 Den 6. april 1999 rejste sagsøgeren indsigelse i medfør af artikel 42, stk. 1, i forordning nr. 40/94. Indsigelsen var rettet mod registreringen af dette varemærke. Som indsigelsesgrund blev der anført at være en risiko for forveksling — i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 — mellem det ansøgte varemærke og de ældre varemærker, som sagsøgeren er indehaver af.

6 De ældre varemærker, som er gjort gældende til støtte for indsigelsen, beskytter ordmærket GALA og vedrører varer i klasse 30 i Nice-arrangementet, navnlig varerne »kaffe og/eller te«. Det drejer sig om følgende varemærker:

— Det græske nationale varemærke (nr. 32533) vedrørende varerne »kaffe og te«.

— To nationale varemærker, som er registreret i Det Forenede Kongerige (varemærke nr. 870174 vedrørende varerne »kaffe og te«, og varemærke nr. 1469857, som bl.a. vedrører varerne »kaffe og te«).

— Det i Benelux-landene registrerede varemærke (nr. 042335) vedrørende varerne »kaffe og te«.

— Det internationale varemærke (nr. R210550) med retsvirkning i Frankrig, Italien og Østrig vedrørende varerne »kaffe og te«.

— Det internationale varemærke (nr. 570004) med retsvirkning i Portugal vedrørende varerne »kaffe og te«.

7 Indsigelsen blev afvist af Harmoniseringskontorets Indsigelsesafdeling ved afgørelse af 29. januar 2001 med den begrundelse, at selv om de varer, som var omfattet af det ansøgte varemærke og de ældre varemærker, var de samme, var der ingen lighed mellem tegnene, og der forelå således ingen risiko for forveksling.

8 Den 16. marts 2001 indgav sagsøgeren i medfør af artikel 59 i forordning nr. 40/94 en klage over denne afgørelse, idet sagsøgeren gjorde gældende, at der var sket en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

9 Klagen blev afvist ved Harmoniseringskontorets Andet Appelkammers afgørelse af 17. december 2002 (herefter »den anfægtede afgørelse«). Appelkammeret antog, at der ikke var risiko for forveksling af de omhandlede varemærker, da de ikke havde visuel, fonetisk eller begrebsmæssig lighed.

Parternes påstande

10 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annuleres.

— Harmoniseringskontoret pålægges at give afslag på varemærkeansøgningen.

— Harmoniseringkontoret pålægges at bære sine egne omkostninger.

11 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

Den første påstand vedrørende annullation af den anfægtede afgørelse

12 Til støtte for sine påstande har sagsøgeren nærmere bestemt fremført to anbringender, nemlig dels at artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er tilsidesat, dels at artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 er tilsidesat, idet begge bestemmelser skal sammenholdes med artikel 42, stk. 1, i samme forordning.

Anbringendet om, at der er sket en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94

— Parternes argumenter

13 Sagsøgeren er af den opfattelse, at de varer, der er omfattet af de omhandlede varemærker, er af samme art, at de omhandlede mærkevarer ligner hinanden, og at der i konsekvens heraf er en risiko for forveksling af varemærkerne.

14 Ifølge sagsøgeren har appelkammeret ikke i tilstrækkeligt omfang taget hensyn til den omstændighed, at varemærket GALA er velkendt, og at kaffen sælges på et marked, hvor kendskabet til varen frem for alt udbredes mundtligt, hvilket giver den fonetiske lighed mellem de omhandlede varemærker særlig stor betydning.

15 Endvidere har sagsøgeren gjort gældende, at eftersom de fire første bogstaver af det omtvistede varemærkes ordbestanddele er identiske med bogstaverne i de ældre varemærkers ordbestanddele, vil kundekredsen automatisk forledes til at tro, at disse varer stammer fra økonomisk forbundne virksomheder.

16 Harmoniseringskontoret har tilbagevist sagsøgerens argumentation og anført, at den anfægtede afgørelse ikke er behæftet med nogen retlig fejl.

— Rettens bemærkninger

17 Det følger af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, at hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, 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.

18 I henhold til artikel 8, stk. 2, litra a), nr. ii) og iii), i forordning nr. 40/94 forstås ved ældre varemærker de varemærker, hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EF-varemærkeansøgningen, som er registreret i en medlemsstat, eller varemærker, som er genstand for en international registrering.

19 I den foreliggende sag er de ældre nationale og internationale varemærker blevet registreret i Grækenland, Benelux-landene, Det Forenede Kongerige, Portugal, Frankrig og Italien. Følgelig skal der med henblik på vurderingen af risikoen for

forveksling tages hensyn til opfattelsen hos den relevante kundekreds i disse medlemsstater. Eftersom varerne, som er omfattet af de ældre varemærker, er almindelige forbrugsvarer, består denne kundekreds af gennemsnitsforbrugere.

20 Ifølge Domstolens faste praksis udgør 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, en risiko for forveksling.

21 Ifølge samme retspraksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling på grundlag af den relevante kundekreds' opfattelse af de omhandlede tegn, varer eller tjenesteydelser og under hensyntagen til alle relevante faktorer i sagen, og især den indbyrdes afhængighed, der foreligger i ligheden mellem tegnene og ligheden mellem de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkerne (jf. Rettens dom af 9.7.2003, sag T-162/01, Laboratorios RTB mod KHIM — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), Sml. II, s. 2831, præmis 31-33 og den deri nævnte retspraksis).

22 Der er enighed mellem parterne om, at den vare, som varemærkeansøgningen vedrører (kaffe), og de varer, der er omfattet af de ældre varemærker (kaffe og te er af samme eller lignende art.

23 Under disse omstændigheder er afgørelsen af sagen afhængig af, hvilken grad af lighed der er mellem de omhandlede tegn. Således følger det af fast praksis, at helhedsvurderingen af risikoen for forveksling for så vidt angår de pågældende tegns visuelle, fonetiske 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 (jf. Rettens dom af 14.10.2003, sag T-292/01, Phillips-Van Heusen mod KHIM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), Sml. II, s. 4335, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

24 Hvad angår den visuelle lighed mellem de omhandlede tegn er de fire første bogstaver af ordbestanddelen af det varemærke, der er søgt registreret, identisk med de bogstaver, som udgør ordmærket, der er beskyttet af de ældre varemærker. Imidlertid har de to omhandlede ord, »Galáxia« og »Gala«, en tydeligt forskellig længde. Endvidere udgør de fire første bogstaver af ordet »Galáxia« ikke en bestanddel, som vil kunne opfattes uafhængigt af ordets endelse (»xia«). Navnlig er de fire første bogstaver ikke adskilt fra endelsen, ikke skrevet på nogen anden måde, og der er intet i øvrigt, der adskiller dem fra endelsen »xia«. Ordbestanddelen »Galáxia« vil følgelig blive opfattet som en helhed og ikke som et ord, der består af forskellige bestanddele, herunder af ordet »Gala«. Endelig er det varemærke, der er søgt registreret, et figurmærke. En rød skrift omkrandset af hvidt på en sort baggrund udgør således en integrerende del af det tegn, der er søgt registreret, og forekommer at være dominerende ud fra en visuel betragtning af tegnet. Følgelig skal det med appelkammeret (punkt 19 i den anfægtede afgørelse) konstateres, at der ikke er nogen visuel lighed mellem de omhandlede tegn.

25 Med hensyn til den mulige fonetiske lighed mellem de omhandlede tegn har Harmoniseringskontoret med rette bemærket, at der er en anseelig forskel mellem ordene »Gala« og »Galáxia«. Især adskiller de sig på antallet af stavelser. I øvrigt er konsonanten »x« i midten af ordet »Galáxia«, efterfulgt af vokalerne »i« og »a«, påfaldende ud fra en lydlig opfattelse af ordet og vil kunne opfattes af forbrugeren. Det følger heraf, at der heller ikke er nogen lydlig lighed mellem de pågældende tegn.

26 Sagsøgerens argument om, at tegnenes fonetiske elementer er af særlig betydning på det omhandlede marked, når henses til, hvordan kaffe normalt sælges, må følgelig forkastes som irrelevant.

27 Hvad angår de mulige begrebsmæssige ligheder mellem de omhandlede tegn antyder de ældre varemærker GALA, på de anvendte sprog på de relevante markeder, undtagen på græsk, festligheder, hvorimod »Galáxia« på alle de relevante sprog vækker associationer til en mængde stjerner (en galakse). På græsk, hvorfra ordet

»Galáxia« kommer, betyder »gala« (γάλα) »mælk«. Dog er der også på græsk en klar begrebsmæssig forskel mellem de omhandlede ord, det vil sige »mælk« (γάλα) på den ene side, og »galakse« (γαλαξίας) på den anden side.

28 Det følger af ovennævnte, at appelkammeret med rette i den anfægtede afgørelses punkt 19 har fundet, at der ikke var nogen visuel, lydlig eller begrebsmæssig lighed mellem de omhandlede varemærker.

29 De øvrige af sagsøgeren fremsatte argumenter, som dels støtter sig på det omdømme, der påstås at være knyttet til sagsøgerens varemærker, dels på risikoen for, at der antages at være en forbindelse mellem de omhandlede tegn, er ikke i stand til at svække denne konklusion.

30 Med hensyn til det første af disse argumenter, der bygger på, at appelkammeret ikke har taget hensyn til det for denne instans for første gang fremførte anbringende om, at de ældre varemærker er velkendte på en del af fællesmarkedet, skal det bemærkes, hvad også følger af syvende betragtning til forordning nr. 40/94, at et varemærkes renommé er et element, som skal tages i betragtning ved bedømmelsen af, om ligheden mellem tegnene eller mellem varerne og tjenesteydelserne er tilstrækkelig til at fremkalde risiko for forveksling (Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 18 og 24 (vedrørende Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker, EFT 1989 L 40, s. 1), og Rettens dom af 22.10.2003, sag T-311/01, Éditions Albert René mod KHIM — Trucco (Starix), Sml. II, s. 4625, præmis 61).

31 I den forbindelse konstaterer Retten indledningsvis, at sagsøgeren på intet tidspunkt under Harmoniseringskontorets registreringsprocedure har forelagt nogen form for faktiske omstændigheder eller noget bevis vedrørende et eller flere af dennes varemærkers omdømme. Det skal tilføjes, at sagsøgeren navnlig ikke har præciseret, på hvilket eller hvilke relevante markeder dennes varemærker nyder et sådant renommé.

32 Artikel 74, stk. 1 in fine, i forordning nr. 40/94 bestemmer, at i sager vedrørende relative registreringshindringer begrænser Harmoniseringskontoret sig til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger. Det følger af denne bestemmelse, at det ligeledes påhviler parterne at fremføre kendsgerninger og beviser til støtte for deres anbringender (med hensyn til beviser, se Rettens dom af 13.6.2002, sag T-232/00, Chef Revival USA mod KHIM — Massagué Marín (Chef), Sml. II, s. 2749, præmis 45). Når den part, som har rejst indsigelse, påberåber sig den omstændighed, at dens varemærke er velkendt, er denne part forpligtet til at fremføre kendsgerninger og i givet fald beviser, der gør det muligt for Harmoniseringskontoret at efterprøve rigtigheden af en sådan påstand. Hvis sagsøgeren i denne sag ønskede, at der skulle tages hensyn til dennes ældre varemærkers eventuelle omdømme, kunne sagsøgeren derfor ikke begrænse sig til blot at postulere et sådant omdømme. Det følger heraf, at det ikke kan lægges til grund, at et af de ældre varemærker nød et omdømme på markedet.

33 Selv om de af sagsøgeren fremførte anbringender blev anset for rigtige, kan prøvelsen af varemærkernes lighed ikke føre til et andet resultat. Uanset hvor kendte de ældre varemærker i sagen måtte være, består der væsentlige forskelle, som giver de berørte forbrugere mulighed for klart at skelne det varemærke, der er søgt registreret, fra de ældre varemærker. Især er det varemærke, der er søgt registreret, således som det fremgår af præmis 24 ovenfor, et figurmærke, således at dets fremtræden tydeligvis er forskellig fra de omhandlede ældre ordmærker.

34 Følgelig må sagsøgerens argument vedrørende de ældre varemærkers påståede omdømme forkastes.

35 Hvad angår det andet af de argumenter, der er nævnt i præmis 29 ovenfor, synes sagsøgeren at påstå, at der er en risiko for, at der antages at være en forbindelse mellem de omhandlede tegn som følge af identiteten mellem de ældre varemærker (GALA) og den første del af ordbestanddelen i det tegn (»Galá«), der er søgt

registreret, og at denne risiko ikke opvejes af den omstændighed, at betydningen af de omhandlede tegn er forskellig, ligesom der ikke består nogen semantisk forbindelse mellem det varemærke, der er søgt registreret, og varen, der er omfattet heraf.

36 I denne forbindelse skal der mindes om, at artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 kun finder anvendelse, hvis der på grund af identiteten eller ligheden mellem dels varemærkerne, dels de heraf omfattede varer eller tjenesteydelser, »i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet, er risiko for forveksling; risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke«. Det fremgår af denne ordlyd, at begrebet risiko for, at der antages at være en forbindelse, ikke er et alternativ til begrebet risiko for forveksling, men tjener til nærmere at fastlægge dette begrebs rækkevidde. Selve ordlyden af bestemmelsen udelukker derfor, at den kan anvendes, hvis der ikke i offentlighedens bevidsthed er risiko for forveksling (jf. Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 18, og af 22.6.2000, sag C-425/98, Marca Mode, Sml. I, s. 4861, præmis 34). Risikoen for forveksling som omhandlet i denne bestemmelse er kun aktuel, hvis det er fastslået, at det blandt forbrugerne kan antages, at varerne, som er solgt under de omhandlede varemærker, hidrører fra den samme virksomhed eller fra økonomisk forbundne virksomheder (Canon-dommen, præmis 29). I den foreliggende sag kunne denne betingelse være opfyldt, hvis de første fire bogstaver i ordbestanddelen af det tegn, der er søgt registreret (»Galá«), kan opfattes som en oprindelsesbetegnelse, der har tilknytning til indehaverne af de ældre varemærker, og hvis endelsen (»xia«) kan identificeres som en vedhæftet del, der eksempelvis betegner en særlig produktserie. Det fremgår af præmis 24 ovenfor, at den første del af ordet »Galáxia« (»Galá«) ikke af forbrugerne vil opfattes som en adskilt og i forhold til endelsen (»xia«) selvstændig del. Heraf følger, at forbrugerne ikke kan forledes til at tro, at de varer, som er solgt under de ældre varemærker (GALA), og den vare, der er solgt under det varemærke, som er søgt registreret, hvori indgår ordbestanddelen »Galáxia«, hidrører fra den samme virksomhed eller fra økonomisk forbundne virksomheder. I øvrigt skal det bemærkes, at ansøgeren af et varemærke i medfør af bestemmelserne i forordning nr. 40/94, navnlig artikel 4, 7, og 8, ikke på nogen måde er forpligtet til at knytte en semantisk forbindelse mellem varemærket og den heraf omfattede vare. Således er det uden betydning, at der ikke er nogen semantisk forbindelse mellem ordbestanddelen i det varemærke, der er søgt registreret, og det heraf omfattede produkt (kaffe).

37 Det følger af ovennævnte, at appelkammeret ikke har begået nogen retlig fejl, da det fastslog, at risikoen for forveksling kunne udelukkes i sagen, da der ikke var nogen lighed mellem de omhandlede tegn. I konsekvens heraf kan anbringendet om, at der er sket en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ikke tiltrædes.

Anbringendet om, at der er sket en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94

— Parternes argumenter

38 Under henvisning til artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 har sagsøgeren gjort gældende, at varemærket GALA nyder et særligt renommé på Benelux-markedet, og at det varemærke, der er søgt registreret, er skadeligt for de ældre varemærkers særpræg på dette marked. Ifølge sagsøgeren skulle Harmoniseringskontoret have inddraget dette hensyn i den anfægtede afgørelse.

39 Ifølge Harmoniseringskontoret er der tre grunde til, at dette anbringende ikke kan realitetsbehandles. For det første har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at ethvert anbringende, som efter udløbet af den frist på tre måneder, som er fastsat i artikel 42, stk. 1, i forordning nr. 40/94, er fremsat i den begrundede indsigelse, som er påkrævet i medfør af stk. 3 i samme artikel, skal afvises. For det andet har det gjort gældende, at dette anbringende skal afvises i medfør af artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement, hvorefter parterne ikke i deres processkrifter må foretage nogen ændring af sagsgenstanden, som den har foreligget for appelkammeret. For det tredje har Harmoniseringskontoret bemærket, at apppelkammeret i medfør af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 ikke må prøve relative registreringshindringer, som ikke på dette tidspunkt i sagen var blevet påberåbt af sagsøgeren.

— Rettens bemærkninger

40 Retten konstaterer, at anbringendet vedrørende en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 ikke er blevet påberåbt i forbindelse med indsigelsessagen, men at sagsøgeren kun har fremsat dette anbringende i stævningen, der blev indleveret til Retten.

41 Det fremgår af de sagsakter, som Harmoniseringskontoret har forelagt Retten, at det, sagsøgeren gjorde gældende i sin appel, var, at de ældre varemærker var velkendte. Dette argument blev imidlertid fremsat i forbindelse med anbringendet om, at der var en risiko for forveksling som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, uden at sagsøgeren henviste til artikel 8, stk. 5, i denne bestemmelse.

42 På baggrund af denne konstatering kan det andet anbringende, som sagsøgeren har gjort gældende, forstås på to forskellige måder.

43 Det bemærkes for det første, at hvis dette anbringende skal forstås således, at Harmoniseringskontoret kritiseres for ikke ex officio at have prøvet registreringshindringen, som omhandles i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94, indebærer dette anbringende i realiteten en påstand om, at artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 er blevet tilsidesat. Som det klart fremgår af ordlyden af denne bestemmelse, behøver appelkammeret dog ikke at prøve, hvorvidt der foreligger den relative registreringshindring, som omhandles i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94, når sagsøgeren ikke har henvist til retlige eller faktiske omstændigheder eller har fremlagt beviser til støtte herfor.

44 Følgelig er anbringendet, hvis det drejer sig om en tilsidesættelse af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94, ugrundet.

45 Det bemærkes for det andet, at hvis anbringendet indebærer, at Retten anmodes om selv at prøve, hvorvidt betingelserne for anvendelsen af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 er opfyldt i sagen, skal der mindes om, at sigtet med den foreliggende sag er at få efterprøvet lovligheden af en afgørelse fra Harmoniseringskontorets appelkammer (Rettens dom af 6.3.2003, sag T-128/01, DaimlerChrysler Corporation mod KHIM (kølergitre), Sml. II, s. 701, præmis 18, af 3.7.2003, sag T-129/01, José Alejandro mod KHIM — Anheuser-Busch (BUDMEN), Sml. II, s. 2251, præmis 67, samt Starix-dommen, præmis 70). Følgelig skal Rettens efterprøvelse foretages under hensyntagen til de faktiske og retlige omstændigheder i sagen, som den er blevet forelagt appelkammeret (Rettens dom af 5.3.2003, sag T-194/01, Unilever mod KHIM (ægformet tablet), Sml. II, s. 383, præmis 16).

46 De faktiske omstændigheder, som en efterprøvelse af det andet anbringende nødvendigvis skulle vedrøre, er ikke identiske med de faktiske omstændigheder, som er relevante for sagsøgerens første anbringende, der støttes på artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, og sagsøgeren har ikke henvist til faktiske omstændigheder, fremført argumenter eller fremlagt beviser, som særligt vedrører en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94. Betingelserne for anvendelsen af sidstnævnte bestemmelse har således ikke været (og vil ikke kunne blive) genstand for en efterprøvelse i sagen ved Harmoniseringskontorets appelkammer. Rettens efterprøvelse af de faktiske og retlige aspekter af betingelserne for anvendelsen af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 kan derfor ikke foretages inden for de faktiske og retlige rammer for den anfægtede afgørelse.

47 Heraf følger, at det andet anbringende, når det forstås således, at det indebærer, at Retten anmodes om selv at prøve, hvorvidt betingelserne for anvendelsen af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 er opfyldt, ændrer sagens genstand på en måde, der er i strid med procesreglementets artikel 135, stk. 4, og anbringendet må derfor afvises (se hertil Starix-dommen, præmis 70 og 71).

48 Herefter kan andet anbringende ikke tiltrædes, uanset hvordan det udlægges.

49 Det følger af ovennævnte, at den første påstand om, at den anfægtede afgørelse annulleres, må forkastes.

Vedrørende den anden påstand om, at Harmoniseringskontoret pålægges at give afslag på varemærkeansøgningen

50 Det fremgår af sammenhængen mellem de af sagsøgeren nedlagte påstande, at den anden påstand forudsætter, at påstanden om, at den anfægtede afgørelse annulleres, i hvert fald delvis tages til følge, og at den anden påstand således kun er blevet nedlagt med henblik på, at dette er tilfældet.

51 Som det fremgår af præmis 49 ovenfor, skal den anfægtede afgørelse ikke annulleres. Det er derfor ikke nødvendigt at tage stilling til formaliteten eller realiteten i den anden påstand.

Sagens omkostninger

52 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 pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer:

RETTEN (Anden Afdeling)

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

2) Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.

Pirrung Meij Forwood

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 22. juni 2004.

H. Jung J. Pirrung

Justitssekretær Afdelingsformand