

- DIR

UDSKRIFT
AF
SØ- & HANDELSRETTENS DOMBOG

DOM

Afsagt den 1. september 2015

V-67-14

HK Ruokatalo Oy
(advokat Sture Rygaard)
mod
Ankenævnet for Patenter og Varemærker
(advokat Jacob Pinborg)

Sagens baggrund og påstande

Sagen, der er anlagt den 29. september 2014, handler om, hvorvidt HK Ruokatalo Oy kan få registreret ordmærkerne RAPSGRIS, RYBSGRIS og RYPSGRIS i det danske varemærkeregister.

HK Ruokatalo Oy har nedlagt følgende påstande:

Principalt:

1. Ankenævnet for Patenter og Varemærker tilpligtes at anerkende, at HK Ruokatalo OYs foreløbigt registrerede varemærke VA 2012 00625 RYBSGRIS kan registreres endeligt også for de afviste varer i klasse 29 "kød, fisk, fjerkræ og vildt; kødekstrakter; konserverede, frosne og tilberedte frugter og grøntsager; geléer, spiselige olier og fedtstoffer" og klasse 31 "landbrugsprodukter (ikke indeholdt i andre klasser); levende dyr; frø; naturlige planter; næringsmidler til dyr".
2. Ankenævnet for Patenter og Varemærker tilpligtes at anerkende, at HK Ruokatalo OYs foreløbigt registrerede varemærke VA 2012 00626 RAPSGRIS kan registreres endeligt også for de afviste varer i klasse 29 "kød, fisk, fjerkræ og vildt; kødekstrakter; konserverede, frosne og tilberedte frugter og grøntsager; geléer, spiselige olier og fedtstoffer" og klasse 31 "landbrugsprodukter (ikke indeholdt i andre klasser); levende dyr; frø; naturlige planter; næringsmidler til dyr".
3. Ankenævnet for Patenter og Varemærker tilpligtes at anerkende, at HK Ruokatalo OYs foreløbigt registrerede varemærke VA 2012 00627 RYPSGRIS kan registreres endeligt også for de afviste varer i klasse 29 "kød, fisk, fjerkræ og vildt; kødekstrakter; konserverede, frosne og tilberedte frugter og grøntsager; geléer, spiselige olier og fedtstoffer" og klasse 31 "landbrugsprodukter (ikke indeholdt i andre klasser); levende dyr; frø; naturlige planter; næringsmidler til dyr".

Subsidiært:

1. Ankenævnet for Patenter og Varemærker tilpligtes at anerkende, at HK Ruokatalo OYs foreløbigt registrerede varemærke VA 2012 00625 RYBSGRIS kan registreres endeligt også for de afviste varer i klasse 29, som dog begrænses til "rå og uforarbejdet grisekød og -vildt; konserverede, frosne og tilberedte frugter og grøntsager; geléer, spiselige oli-

er og fedtstoffer" og klasse 31 "landbrugsprodukter (ikke indeholdt i andre klasser); levende dyr; frø; naturlige planter; næringsmidler til dyr".

2. Ankenævnet for Patenter og Varemærker tilpligtes at anerkende, at HK Ruokatalo OYs foreløbigt registrerede varemærke VA 2012 00626 RAPSGRIS kan registreres endeligt også for de afviste varer i klasse 29, som dog begrænses til "rå og uforarbejdet grisekød og -vildt; konserverede, frosne og tilberedte frugter og grøntsager; geléer, spiselige oli-er og fedtstoffer" og klasse 31 "landbrugsprodukter (ikke indeholdt i andre klasser); levende dyr; frø; naturlige planter; næringsmidler til dyr".
3. Ankenævnet for Patenter og Varemærker tilpligtes at anerkende, at HK Ruokatalo OYs foreløbigt registrerede varemærke VA 2012 00627 RYPSGRIS kan registreres endeligt også for de afviste varer i klasse 29, som dog begrænses til "rå og uforarbejdet grisekød og -vildt; konserverede, frosne og tilberedte frugter og grøntsager; geléer, spiselige oli-er og fedtstoffer" og klasse 31 "landbrugsprodukter (ikke indeholdt i andre klasser); levende dyr; frø; naturlige planter; næringsmidler til dyr".

Ankenævnet for Varemærker og Patenter har nedlagt påstand om frifindelse.

Ankenævnet for Patenter og Varemærker har endvidere nedlagt påstand om, at bedømmelsen af, hvorvidt ordmærkerne RAPSGRIS, RYBSGRIS og RYPSGRIS er egnet til at vildlede for varerne "fisk, fjerkræ, vildt, konserverede, frosne og tilberedte frugter og grøntsager" i klasse 29, hjemvises til fornyet behandling i Patent- og Varemærkestyrelsen.

HK Ruokatalo OY har heroverfor nedlagt påstand om frifindelse.

Oplysninger i sagen

HK Ruokatalo Oy (i det følgende "HK") er et finsk selskab, der fremstiller og markedsfører kød, kødprodukter og færdigretter, herunder færdigpakket kød til detailsalg, pølser og på-

læg. HK er en del af en koncern, HK'Scan Corporation, som udover HK har datterselskaber i blandt andet Sverige, Danmark og Polen.

Den 24. februar 2012 indgav HK ansøgninger om registrering af ordmærkerne RAPSGRIS, RYBSGRIS og RYPSGRIS for vareklasserne 29, 30 og 31.

Af brev af 16. maj 2012 fra Patent- og Varemærkestyrelsen vedrørende ansøgningen om registrering af ordmærket RYPSGRIS, fremgår blandt andet:

"Vi har vurderet, at dit varemærke ikke har det særpræg, som et varemærke skal have for at kunne registreres.

Dit mærke består af en sammentrækning af ordene "ryps" og "gris". "Ryps" er svensk, og bruges synonymt med "rybs".

...

Danskerne har generelt et godt kendskab til svensk, og betegnelserne "rybs" og "ryps" ligger så tæt på hinanden, at den danske forbruger vil være bekendt med mærkets betydning.

...

Ved markedsføring af kød og kødprodukter er det almindeligt at angive hvilket foder, der er anvendt i opdrættet. Således er det almindeligt at tale om majs- eller hørkyllinger, der altså er kyllinger, der er fodret med majs eller hørfrø. Dette er et ikke uvæsentligt salgsparemeter, da det kan give kødet særlige egenskaber, for eksempel et højt indhold af sunde fedtstoffer eller mere saftige udskæringer.

...

For varerne "kød" i klasse 29 og "levende dyr" i klasse 31 kan mærket således angive varernes art, nemlig at der er tale om grise fodret med ryps. For "kødekstrakter; geléer; spiselige olier og fedtstoffer" i klasse 29 kan mærket angive en egenskab, nemlig at produkterne er lavet af eller indeholder kød fra rypsgrise. "Landbrugsprodukter (ikke indeholdt i andre klasser); frø, naturlige planter; næringsmidler til dyr" kan alle være ryps eller rypsprodukter, der bruges som dyrefoder. For disse varer kan mærket derfor angive varernes anvendelse, nemlig at det er foder til rypsgrise.

Der står i varemærkelovens § 13, stk. 1, nr. 1, at man ikke kan få eneret til varemærker, som udelukkende angiver de ansøgte varers art eller en egenskab herved.

...

Vi kan heller ikke registrere dit varemærke for visse af de øvrige varer, fordi det indeholder ordet "gris", som er artsbetegnelsen for en vare. Mærket er således vildledende for "fisk, fjerkræ, vildt, konserverede, frosne og tilberedte frugter og grøntsager" i klasse 29, da det utvivlsomt er egnet til at vildlede den potentielle kundekreds.

...

Der står i varemærkelovens § 14, stk. 2, at man ikke kan få eneret til varemærker, som kan vildlede med hensyn til varens art.

...

Hvis vi ikke hører fra dig senest den 16. september 2012, vil vi afslå at registrere mærket for de varer, som det mangler særpræg eller er vildledende for, nemlig:

Klasse 29: Kød, fisk, fjerkræ og vildt; kødekstrakter; konserverede, frosne, og tilberedte frugter og grøntsager; geléer, spiselige olier og fedtstoffer.

Klasse 31: Landbrugsprodukter (ikke indeholdt i andre klasser); levende dyr; frø; naturlige planter; næringsmidler til dyr.

Hvis du ikke har anket vores afgørelse, vil vi efter ankefristens udløb registrere mærket for de øvrige varer, nemlig:

Klasse 29: Tørrede frugter og grøntsager; syltetøj, kompotter; æg; mælk og mælkeprodukter.

Klasse 30: Kaffe, te, kakao og kaffeerstatning; ris; tapioka og sago; mel og kornpræparater; brød, konditori- og konfekturvarer; spiseis; sukker, honning, sirup; gær, bagepulver; salt; sennep; eddike, kryddersaucer; krydderier; råis.

Klasse 31: Korn og havebrugs- og skovbrugsprodukter (ikke indeholdt i andre klasser); friske frugter og grøntsager; såsæd; naturlige blomster; malt."

Bortset fra kommentarerne vedrørende danskernes kendskab til det svenske ord ryps, var styrelsens breve af samme dato til HK vedrørende ansøgningerne om registrering af ordmærkerne RAPSGRIS og RYBSGRIS enslydende.

Parterne korresponderede herefter, om betingelserne for registrering var til stede, og den 8. januar 2014 afslog Patent- og Varemærkestyrelsen under henvisning til manglende særpræg endeligt at registrere ordmærkerne som varslet i breve af 16. maj 2012.

HK indgav den 6. marts 2014 en samlet klage til Ankenævnet for Patenter og Varemærker (i det følgende "Ankenævnet") over Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse. Ankenævnet stadfæstede ved kendelser af 5. august 2014 Patent- og Varemærkestyrelsens delvise afslag på registrering af ordmærkerne RAPSGRIS, RYBSGRIS og RYPSGRIS med følgende begrundelse for ordmærket RYBSGRIS:

"Det vil efter ankenævnets opfattelse være umiddelbart nærliggende for den almindeligt oplyste forbruger i Danmark at opfatte ordet RYBSGRIS som betegnelse for en gris, der er opfodret på foder, der hovedsageligt består af planten rybs eller dele heraf.

Ankenævnet kan derfor tilslutte sig Patent- og Varemærkestyrelsens vurdering af og begrundelse for, at det ansøgte mærke RYBSGRIS mangler det til registrering fornødne særpræg for "kød, fisk, fjerkræ og vildt; kødekstrakter; konserverede, frosne, tørrede og tilberedte frugter og grøntsager; geléer, spiselige olier og fedtstoffer" i klasse 29 og for "landbrugsprodukter (ikke indeholdt i andre klasser); levende dyr; frø; naturlige planter; næringsmidler til dyr" i klasse 31.

Da de overfor ankenævnet fremlagte oplysninger og fremførte argumenter i sagen ikke kan føre til en anden vurdering, tiltræder ankenævnet styrelsens afgørelse."

Ankenævnets begrundelse i afgørelserne vedrørende ordmærkerne RAPSGRIS og RYPSGRIS er enslydende.

Om raps er anført følgende i Gyldendals online-encyklopædi:

"... en- eller flerårig plante i slægten kål i korsblomstfamilien. Bladene er glatte og blå-duggede, fannede stilkede, foroven ustilkede med hjerteformet basis. Blomsterne har ca. 1 cm lange, gule kronblade og er samlet i en klase. Frugten er en 5-10 cm lang skulpe med olierige frø.

Raps er Europas og Danmarks vigtigste olieplante og verdens tredjevigtigste. Den dyrkes i to kulturformer; vinterraps, der sås i august og blomstrer året efter i maj, og vårraps, som sås om foråret og blomstrer i slutningen af juni og begyndelsen af juli. I Danmark er vinterraps den mest udbredte pga. sit højere udbytte. I perioden 2013-14 var der årlig ca. 170.000 ha vinterraps og 1450 ha vårraps. Vårrapsfrø indeholder ca. 41 %, og vinterraps ca. 44 % olie; størstedelen anvendes i levnedsmiddelindustrien. Hovedkomponenten i rapsolie er triglycerider med oliesyre som den dominerende fedtsyre, mens indholdet af mættede fedtsyrer er lavt. Proteinindholdet er 20-23 %, højest i vårraps. Ved forædling er frøenes indhold af glukosinolater og erucasyre, der gør dem giftige eller uspiselige pga. smagen (se også planteindholdsstoffer), reduceret til et så lavt niveau, at presse- og ekstraktionsrester er velegnede som proteinfoder til husdyr.

Raps kendes ikke som vildtvoksende, men ses forvildet fra dyrkning. Den er muligvis opstået i Middelhavsregionen ved krydsning mellem havekål og agerkål. Kålroe (kålrabi, *B. napus* ssp. *rapifera*), der er nærtbeslægtet med raps, dyrkes som rodfrugtsplante; den kendes på den stærkt opsvulmede rod og stængel."

Om rybs er anført følgende samme sted:

"... varietet eller underart af [raps] i korsblomstfamilien; dyrkes pga. de olieholdige frø. Rybs er en ca. 1 m høj, enårig urt, der minder om raps, den dominerende olieplante i

Danmark. Rybs har dog et ringere olieindhold og giver et lavere frøudbytte; dyrkes især i Indien".

Under sagen er fremlagt blandt andet artikeluddrag om koncepterne RAPSGRIS, RYBSGRIS og RYPSGRIS som udviklet af HK'Scan Corporation, print af søgninger på internettet og i ordbøger af henholdsvis ordmærkerne, rybs, ryps og raps, samt en artikel om danskeres generelle kendskab til det svenske sprog. Derudover er udskrifter af registreringer af ordmærkerne i blandt andet Norge, Sverige og det europæiske OHIM.

Parternes synspunkter

For HK er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 22. maj 2015, hvoraf fremgår blandt andet:

"Til støtte for de nedlagte påstande 1-3 gøres følgende gældende:

2.1 Særpræg

Det gøres overordnet gældende, at varemærkerne VA 2012 00625 RYBSGRIS; VA 2012 00626 RAPSGRIS og VA 2012 00627 RYPSGRIS besidder det fornødne særpræg til at opnå endelig registrering for samtlige varer i vareklasserne 29, 30 og 31, jf. varemærkelovens § 13, stk. 1.

2.1.1 Er varemærkerne af udelukkende beskrivende karakter?

Ankenævnet har stadfæstet Patent- og Varemærkestyrelsens begrundelse, hvori det anføres, at varemærkerne er sammensatte ordforbindelser, hvor den første del, henholdsvis "RYBS", "RAPS" og "RYP", udgør et beskrivende element for en urt eller en plante, der kan bruges som dyrefoder, og at det er almindeligt ved markedsføring af kød og kødprodukter at angive hvilket foder, der er anvendt i opdrættet (...).

Det er korrekt, at de tre varemærker kan indikere, at der ved opdræt af grisen er blevet anvendt et specielt foder, der indeholder rybs/ryps eller raps. Formålet er netop at højne indholdet af de mere sunde (og umættede) fedtstoffer i produktet, end hvad der normalt er tilfældet. Formålet kan dog ikke uden videre opnås ved blot at fodre grisene med rybs/ryps eller raps, idet konserveringsevnen for denne type kød er ringere. For at klare denne udfordring har HK måttet sammensætte en særlig foderblanding. Der er således ikke tale om, at HK blot har fodret grisene med rybs/ryps eller raps, men at der er foretaget en særlig udvikling af foderet.

...

Det gøres gældende, at et varemærke skal være udelukkende beskrivende for at kunne nægtes registrering. Derimod kan varemærkerne RYBSGRIS, RAPSGRIS og RYPSGRIS ikke anses for at være udelukkende beskrivende for de afviste varer i vareklasse 29 og 31,

idet RYBSGRIS, RAPSGRIS og RYPSGRIS ikke entydigt og udelukkende betegner varernes art, beskaffenhed, anvendelse eller andre egenskaber ved selve varerne.

Patent- og Varemærkestyrelsen og Ankenævnet har bl.a. henvist til, at for varearten "kød" i klasse 29 og "levende dyr" i klasse 31 kan mærkerne angive varens art, nemlig at der er tale om grise, som er fodret med rybs/ryps eller raps. For "kødekstrakter, geléer, spiselige olier og fedtstoffer" i klasse 29 er det anført, at mærkerne kan angive varens egenskab, nemlig at produktet er lavet af eller indeholder kød fra rybsgrise/rypsgrise eller rapsgrise. Endelig er der henvist til, at "landbrugsprodukter, frø, naturlige planter og næringsmidler til dyr" i klasse 31 alle kan være rybs eller rybsprodukter, ryps eller rypsprodukter, raps eller rapsprodukter, der bruges som dyrefoder, dvs. en angivelse af varens anvendelse (...).

Det gøres i denne forbindelse gældende, at både Patent- og Varemærkestyrelsens og Ankenævnets subsumption og anvendelse af varemærkelovens § 13, stk. 2, nr. 1, er forkert og for restriktiv.

RYPSGRIS, RYBSGRIS og RAPSGRIS vil derimod alene være udelukkende betegnende (beskrivende) for varens art, hvis varen var en "gris lavet af rybs/ryps eller raps". Kød er imidlertid ikke lavet af hverken rybs/ryps eller raps. RYPSGRIS, RYBSGRIS og RAPSGRIS vil dog kunne indeholde en hentydning til, at de pågældende grise er fodret med foder, som indeholder rybs/ryps eller raps, hvilket medfører, at varemærkerne er suggestive og dermed har fornødent særpræg.

Til støtte herfor henvises til, at EU-domstolen i adskillige afgørelser har fundet, at afgørelsen af, om et mærke mangler særpræg, skal vurderes på basis af, hvordan den relevante kundekreds opfatter mærket i forhold til de konkrete ansøgte varer/tjenesteydelser, herunder bl.a. Rettens afgørelse i T-339/05 (LOKTHREAD), præmis 29 og 30 (...):

...

Ligeledes kan henvises til EU-Domstolens afgørelse i sag T-67/07 (FUN), præmis 24, ...

...

I ovennævnte sag blev det fastslået, at ordmærket FUN højst var et suggestivt mærke og dermed ikke beskrivende. I sagen blev det endvidere fastslået, at det udgjorde en grov retlig fejl, at OHIM og Board of Appeal havde baseret særprægsbedømmelsen af ordmærket FUN udelukkende på, om mærket var beskrivende.

Der skal således være et tilstrækkeligt direkte og konkret link mellem varemærket og de ansøgte varer/ydelser, så kunden umiddelbart, og uden yderligere overvejelser, opfatter varemærket som beskrivende eller karakteristisk for varen eller ydelsen. Med andre ord, i de tilfælde, hvor kunden skal foretage flere mentale overvejelser for at forbinde varemærket med varen, bør varemærket anses for at være tilstrækkeligt særpræget.

Det faktum, at ordene reelt henviser til et delelement i det foder, som er anvendt ved opdrættet, er for langt nede i produktionskæden til, at kunden umiddelbart og uden nærmere eftertanke kan foretage det direkte og konkrete link mellem varemærket og de afviste varer.

At kunden vil kunne forstå sammenhængen efter nærmere overvejelser, betyder ikke, at mærkerne er beskrivende, men blot at mærkerne er suggestive og dermed tilstrækkeligt

særprægede. Kunden vil måske opfatte hentydningen og konkludere efter nærmere overvejelser, at grisene må have spist foder, som indeholder rybs/ryps eller raps. Hertil bemærkes, at rybs/ryps er sjældent anvendt i det danske ordsprog, og de færreste danskere kender til denne plante, og derfor kan RYPSGRIS og RYBSGRIS heller ikke være beskrivende.

Dette ræsonnement blev anlagt af det finske varemærkeregister, der for nylig foreløbigt afviste mærket KAURAKANA (finsk for "havrekilling"), jf. bilag 16, med begrundelsen, at mærket var beskrivende, da det over for kundekredsen kunne angive, at produktet "består af havre og kylling". Med andre ord var det ikke relevant, om kyllingen var blevet fodret med havre ved vurderingen af, om det færdige produkt, der blev solgt til kunden, var beskrivende for varen. Efter en begrænsning af varefortegnelsen til "rå og uforarbejdet kød og fjerkræ" accepterede de finske myndigheder registreringen af KAURAKANA.

Begrænsningen, som myndigheden ønskede til "rå og uforarbejdet", var begrundet i, at varemærkemyndighederne i Finland fandt, at KAURAKANA for kylling kunne være beskrivende for en ret bestående af både havre og kylling. Det bemærkes, at sagsøgte i nærværende sag ikke har gjort denne indsigelse gældende, hvorfor en sådan begrænsning ikke kan anses for nødvendig.

Patent- og Varemærkestyrelsen har i sit brev af 26. juni 2013 henvist til, at det imaginære varemærke "bambusgardin" vil være beskrivende for gardiner af bambus. Dette er også korrekt, idet "bambusgardin" vil være udelukkende beskrivende for et gardin lavet af bambus, hvilket tillige vil være åbenlyst for kunden, som skaber en direkte forbindelse mellem, (i) hvad varemærket er (et gardin) og, (ii) hvad gardinet er fremstillet af (bambus). Dette eksempel er dog ikke anvendeligt i nærværende sag, idet en gris ikke er lavet af eller består af rybs/ryps eller raps. Derfor kan de ansøgte varemærker ikke direkte over for forbrugeren indikere, hvad det endelige produkt er, eller hvad det er lavet af. Det faktum, at rybs/ryps eller raps som tilsætning i foderet kan have en vis effekt på kødets kvalitet, er for vidtgående en konklusion til, at kunden kan nå dertil direkte og uden yderligere overvejelser.

Hertil kommer, at bestemmelsen i varemærkelovens § 13, stk. 2, nr. 1, altid bør anvendes i lyset af hensynet til friholdelsesbehovet. EU-Domstolen har således udtalt, at der er en almen interesse i, "at de tegn eller beskrivende angivelser af kategorier af varer eller tjenesteydelser, for hvilke der ansøges om registrering, frit kan bruges af alle (...)", jf. EU-Domstolens afgørelse i sag C-108-109/97 (Windsurfing Chiemsee), præmis 25. Imidlertid viser den undersøgelse, som Patent- og Varemærkestyrelsen har foretaget, at den eneste, som bruger betegnelserne RYPSGRIS, RYBSGRIS og RAPSGRIS på hele markedet, faktisk er HK selv (...).

2.2 Patent- og Varemærkestyrelsens og Ankenævnets argumentation

2.2.1 Patent- og Varemærkestyrelsens brev af 16. maj 2012 - ...

Ankenævnet har stadfæstet Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelser med henvisning til de af styrelsen anførte begrundelser, hvorfor styrelsens begrundelser kommenteres nedenfor.

Patent- og Varemærkestyrelsen anførte i sit brev af 16. maj 2012 på side 1 (...), at styrelsen anser det for sædvanligt ved markedsføring af kød og kødprodukter at angive hvilket foder, der er anvendt i opdrættet.

Dette er som udgangspunkt korrekt, men det er typisk en information, der fremgår som del af produktbeskrivelsen og ikke som del af produktnavnet. Det gøres derfor gældende, at styrelsens argument er irrelevant.

Styrelsen henviste for første gang til varemærkerne RAPSKYLLING og MAJSKYLLING, som begge er blevet afvist. Der gøres opmærksom på, at ansøgeren af MAJSKYLLING ikke svarede på afvisningen, og at ansøgeren af RAPSKYLLING frivilligt trak ansøgningen tilbage efter den foreløbige afvisning. Det følger derfor, at styrelsens to registreringsafvisninger aldrig er blevet prøvet, og det gøres gældende, at disse derfor heller ikke kan danne præcedens for disse sager eller i øvrigt nærværende sag.

Styrelsen henviste endvidere i sit brev til udskrifter, der angiveligt viser, at de ansøgte mærker er en almindeligt anvendt ordkombination. Disse udskrifter understøtter dog ikke styrelsens argumenter, idet alle eksemplerne henviser til HK's egen brug af varemærket:

- Artiklen "Svenske Scan lancerer rapsgris som nyt koncept" henviser til det svenske selskab Scan AB, som er indehavers svenske søsterselskab. Artiklen er derfor et eksempel på egen, koncernrelateret brug af betegnelsen.
- Artiklen "Finland - Produktion af "Rybsgris" henviser til indehavers moderselskab, HK'Scan og dette selskabs produkter. Artiklen er derfor et eksempel på egen, koncernrelateret brug af betegnelsen.
- Artiklen "Klart för lansering av rapsgris" er også en henvisning til Scan AB og dermed egen, koncernrelateret brug af betegnelsen.
- Linket til Stockmann's "Skinkor av rybsgris" henviser til indehavers detailhandler og dennes brug af RYBSGRIS produkter og er dermed et eksempel på egen, koncernrelateret brug af betegnelsen.
- Henvisningen til blogindlægget på "bondbloggen.fi" viser konkret, at bloggeren ikke er klar over, hvad "rypsgris" er, hvilket dokumenterer, at den almindelige forbruger ikke umiddelbart og uden nærmere eftertanke kan forstå betydningen af varemærket. Der henvises i øvrigt i blogindlægget til indehavers produkter.
- De sidste tre print har ikke direkte relevans til de tre afviste varemærker, men henviser angiveligt til det at iblande majs, soja og palmeolie i dyrefoder. Disse print er irrelevante, da den suggestive mening i disse tre sager ikke bestrides.

For god ordens skyld bemærkes, at de ovenfor nævnte udskrifter relaterer sig til journalistiske indlæg omhandlende HK's varer. Det er således ikke relevant, at ordmærkerne ikke er skrevet på en måde, som indikerer, at der er tale om varemærker, eksempelvis med store bogstaver eller symbolet ®.

2.2.2 Patent- og Varemærkestyrelsens brev af 27. september 2012 - ...

I sit brev af 27. september 2012 har styrelsen argumenteret for, at den manglende fremkomst i ordbogen af ordet "majskylling" tilsyneladende støtter registreringsafvisningen. Der henvises her til bemærkningerne ovenfor.

Styrelsen anførte endvidere, at ordforbindelserne RYBSGRIS, RAPSGRIS og RYPSGRIS er almindeligt anvendt, angiveligt ved at henvise til udskrifterne nævnt i brev af 16. maj 2012. Som tidligere nævnt viser udskrifterne netop ikke den almindelige brug af betegnelserne, men viser tværtimod, at betegnelserne kun er brugt om netop HK's produkter.

Det fremgår, at styrelsen tillige fandt udskrifterne relevante ud fra begrundelsen, at udskrifterne kommer fra private hjemmesider eller viser HK's produkter. Styrelsen anførte også, at HK selv benytter varemærkerne på en beskrivende måde. Dette er ikke korrekt. Blandt de fremlagte udskrifter (...) findes kun en enkelt privat blogger (kunde), der benytter betegnelsen, og denne blogger ved ikke, hvad betegnelsen betyder (hvilket i sig selv viser, at ordmærkerne ikke er beskrivende). At enkelte journalister angiver varemærket forkert, kan ikke tilskrives HK og ændrer ikke på mærkets karakter. Kun en enkelt udskrift viser HK's varemærke (se stockmann.com), der korrekt anfører det finske varemærke RYPSIPORSAS med store bogstaver.

Det bemærkes, at styrelsen heller ikke har kunnet finde dokumentation for tredjemands eller andre svineproducenters (generiske) brug af betegnelserne, hvilket viser, at betegnelserne ikke er gængse. At udskrifterne gengiver mærkerne på en beskrivende måde, kan ikke komme indehaver til skade, idet indehaver ikke selv har haft indflydelse på måden, hvorpå varemærkerne er gengivet.

Det gøres gældende, at styrelsens konklusion, hvorefter denne brug viser, at målgruppen opfatter varemærkerne som deskriptive, er ukorrekt, da udskrifterne reelt kun viser enkelte journalisters gengivelse af mærkerne og ikke den gennemsnitlige forbrugers opfattelse af mærkerne.

Som eksempel på HK's varemærkeretlige brug henvises til følgende hjemmeside, <http://www.scan.se/aktuellt/rapsgrisen> (...).

2.2.3 Patent- og Varemærkestyrelsens brev af 26. juni 2013 - ...

Styrelsen har i sit brev af 26. juni 2013 fastholdt sin opfattelse af, at de ansøgte varemærker RYBSGRIS, RAPSGRIS og RYPSGRIS betyder, at grise er fodret med henholdsvis rybs/ryps eller raps, ligesom varemærket MAJSKYLLING betyder en kylling, der er fodret med majs.

I relation til styrelsens øvrige anbringender henvises til bemærkningerne til de tidligere breve.

Endelig har styrelsen gentaget det fiktive eksempel på varemærket "bambusgardin", ligesom styrelsen har fremlagt Sø- og Handelsrettens afgørelse omkring varemærket "aldersrabat" og pointeret, at begge eksempler skulle støtte argumentet om, at varemærker kan være beskrivende for de ansøgte varer (henholdsvis gardin og rabatordning).

Det gøres gældende, at styrelsens argumentation ikke er analogt anvendelig i nærværende sag grundet manglende sammenlignelighed mellem de respektive sager, idet der som tidligere nævnt ikke er tale om beskyttelse for en genstand, der har form som en gris og består af rybs/ryps eller raps.

2.2.4 Yderligere bemærkninger

Det gøres yderligere gældende, at Patent- og Varemærkestyrelsen og Ankenævnet opstiller et strengere krav til graden af fornødent særpræg for varemærker end det krav, som udtrykkeligt er opstillet af EU-Domstolen, og som følger af OHIM's praksis.

Varemærkelovens § 13 implementerer Rådets første direktiv af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (89/104/EØF - senere 2008/95/EF) artikel 3, stk. 1, om registreringshindringer. Varemærkelovens § 13

skal derfor fortolkes i lyset af denne bestemmelse og i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis herom. Det gøres derfor gældende, at Danmark og dermed de danske varemærkemyndigheder i medfør af fællesskabsforpligtelsen bør følge retspraksis som fastlagt af EU-Domstolen. Der henvises til Højesterets dom af 4. oktober 2006 i sag 579/2004 (1. afd.) som gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen U2007.146H.

Det gøres derfor gældende, at den af Patent- og Varemærkestyrelsen og Ankenævnet anlagte vurdering af de tre varemærkers særpræg (eller mangel på samme) er i strid med EU-Domstolens krav til særpræg.

Endvidere bør udenlandske afgørelser respekteres og følges henset til, at både den norske og svenske varemærkestyrelse samt OHIM har fundet, at RYPSGRIS, RAPSGRIS og RYBSGRIS har tilstrækkeligt særpræg. Når et varemærke har opnået beskyttelse i hele EU, er der ikke holdepunkter for at afvise en national registrering i Danmark.

Endvidere bemærkes, at Patent- og Varemærkestyrelsen har tilladt registrering for en række varemærker, som skulle have været afvist fra registrering i det omfang, styrelsens og Ankenævnets ræsonnement i nærværende sag var blevet fulgt, herunder bl.a.:

- VR 2012 00119 ROKKEDAHL KYLLING for vareklasse 29, 30 og 31 (...). Såfremt styrelsens og Ankenævnets argumentation i nærværende sag følges, skulle ROKKEDAHL KYLLING have været afvist som værende beskrivende for kyllinger produceret på landbruget Rokkedahl.
- VR 2010 00159 KÆRLIG KYLLING for vareklasse 29, herunder fjerkræ (...). Også her ville mærket være beskrivende for eksempelvis kyllinger, som har fået en kærlig opvækst.
- VR 1996 00593 HYBEN VITAL for vareklasse 5 og 31 (...). Mærket burde tillige have været afvist for klasse 31 (i hvert fald delvist) som værende beskrivende for produkter baseret på hyben.
- VR 1995 08849 GLAD GRIS for vareklasse 29 og 30 (...), som tillige burde være anset for beskrivende for grise, som er glade eller opvokset i et glad miljø.

2.2 Vildledende

Det gøres overordnet gældende, at varemærkerne RYBSGRIS, RYPSGRIS og RAPSGRIS ikke er vildledende for "fisk, fjerkræ, vildt, konserverede, frosne og tilberedte frugter og grøntsager" i klasse 29, idet kunden eller forbrugerne på intet tidspunkt kan blive vildledt som følge af, at varerne er indpakket i gennemsigtig emballage.

Efter varemærkelovens § 14, nr. 2, er varemærker, som efter en helhedsvurdering er egnet til at vildlede, f.eks. med hensyn til varens art eller beskaffenhed, udelukket fra registrering.

...

Bestemmelsen i varemærkelovens § 14, nr. 2, skal derfor primært benyttes i de tilfælde, hvor et mærke indeholder en entydig produktbetegnelse. Det gøres gældende, at HK's varemærker RYBSGRIS, RYPSGRIS og RAPSGRIS ikke indeholder en entydig produktbetegnelse, uanset at varemærket indeholder ordet "gris".

HK har overfor Ankenævnets påstand om hjemvisning af spørgsmålet om, hvorvidt ordmærkerne RAPSGRIS, RYBSGRIS og RYPSGRIS er vildledende for varerne "fisk, fjerkræ, vildt, konserverede, frosne og tilberedte frugter og grøntsager" i klasse 29, supplerende anført, at det følger af forhandlingsmaksimen, at Patent- og Varemærkestyrelsen er bundet af, ikke at have fremført argumentation til støtte for, at ordmærkerne er vildledende efter varemærkelovens § 14 for de ovennævnte varer.

For Ankenævnet er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 22. maj 2015, hvoraf fremgår blandt andet:

"Til støtte for den nedlagte påstand om frifindelse gøres det overordnet gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Ankenævnet for Patenter og Varemærkers kendelser af 5. august 2014 (...).

Ifølge varemærkelovens § 2, stk. 1, kan et varemærke bestå af alle arter, der er egnet til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders, og som kan gengives grafisk, navnlig arter som nævnt i bestemmelsens nr. 1-4.

Af varemærkelovens § 13, stk. 1, følger videre, at et varemærke, for at kunne registreres, skal have fornødent særpræg. Efter § 13, stk. 2, er varemærker udelukket fra registrering, hvis de udelukkende består af tegn eller angivelser, der i omsætningen kan tjene til at betegne bl.a. varens eller tjenesteydelsens art, beskaffenhed, mængde, anvendelse, værdi, geografiske oprindelse, tidspunktet for fremstilling eller andre egenskaber ved varen eller tjenesteydelsen.

Ved kendelserne fandt ankenævnet konkret, at de ansøgte 3 varemærker ikke kan registreres for varerne/tjenesteydelserne kød, fisk, fjerkræ og vildt; kødekstrakter; konserverede, frosne og tilberedte frugter og grøntsager; geléer, spiselige olier og fedtstoffer i klasse 29 og landbrugsprodukter (ikke indeholdt i andre klasser); levende dyr; frø; naturlige planter; næringsmidler til dyr i klasse 31, idet varemærkerne savner fornødent særpræg i relation til de pågældende varer/tjenesteydelser.

Om den nærmere baggrund herfor henvises til kendelserne, herunder Patent- og Varemærkestyrelsens vurdering og begrundelse der blev tiltrådt af ankenævnet.

Det påhviler sagsøgeren at godtgøre, at betingelserne for registrering er opfyldt. Dette har sagsøgeren ikke gjort. Det fremhæves herved, at stævningen i al væsentlighed bygger på samme dokumenter og argumentation, der blev fremført for ankenævnet.

I den forbindelse bestrides det, at ankenævnets vurdering af, at varemærkerne savner fornødent særpræg, er i strid med varemærkedirektivet som fortolket af EU-Domstolen.

Det forhold, at et lignende varemærke er beskyttet som EU-varemærke og er beskyttet i enkelte andre lande, kan ikke i sig selv føre til, at mærket kan registreres i Danmark, idet

vurderingen af, om varemærkelovens bestemmelser er opfyldt, skal bedømmes ud fra markedsforholdene i Danmark.

Sagsøgeren henviser dernæst til, at Patent- og Varemærkestyrelsen angiveligt har tilladt registrering for en række varemærker, som efter sagsøgerens opfattelse skulle have været afvist fra registrering i det omfang styrelsens og ankenævnets ræsonnement i nærværende sag var blevet fulgt.

Hertil bemærkes, at det bestrides, at de omtalte registreringer er i strid med ræsonnementet i de indbragte kendelser. Det er dog under alle omstændigheder helt uden betydning for gyldigheden af de indbragte kendelser afsagt af ankenævnet, om styrelsen i enkelte andre tilfælde angiveligt fejlagtigt måtte have tilladt registreringer af varemærker.

Sagsøgerens øvrige anbringender og indsigelser bestrides ligeledes.”

Ankenævnet har om hjemvisning supplerende anført, at Patent- og Varemærkestyrelsen i sine afgørelser af 8. januar 2014 ved en fejl ikke tog stilling til spørgsmålet om vildledning, på trods af Patent- og Varemærkestyrelsen i breve af 16. maj 2012 afviste registreringerne blandt andet med henvisning hertil. Ankenævnet har derfor ikke i sin afgørelse taget stilling til, om ordmærkerne RAPSGRIS, RYBSGRIS og RYPSGRIS er vildledende for varerne ”fisk, fjerkræ, vildt, konserverede, frosne og tilberedte frugter og grøntsager” i klasse 29, og retten kan derfor heller ikke tage stilling til dette.

Sø- og Handelsrettens afgørelse

Patent- og Varemærkestyrelsen afviste ved breve af 16. maj 2012 registrering af ordmærkerne RAPSGRIS, RYBSGRIS og RYPSGRIS under henvisning til, at ordmærkerne er vildledende for ”fisk, fjerkræ, vildt, konserverede, frosne og tilberedte frugter og grøntsager” i klasse 29, da ordmærkerne indeholder ordet ”gris”. Patent- og Varemærkestyrelsen tog imidlertid ikke i sine afgørelser af 8. januar 2014 endelig stilling til spørgsmålet om, hvorvidt de tre ordmærker er vildledende, og spørgsmålet er derfor ikke behandlet af Ankenævnet for Patenter og Varemærker.

På denne baggrund tager retten Ankenævnet for Patenter og Varemærkers påstand om, at spørgsmålet om registrering af RAPSGRIS, RYBSGRIS og RYPSGRIS for ”fisk, fjerkræ, vildt, konserverede, frosne og tilberedte frugter og grøntsager” i klasse 29 hjemvises til Patent- og Varemærkestyrelsen, til følge.

Det er herefter spørgsmålet om RAPSGRIS, RYBSGRIS og RYPSGRIS kan registreres i klasse 29 for "kød, kødekstrakter, geleer, spiselige olier og fedtstoffer" og i klasse 31 for "landbrugsprodukter (ikke indeholdt i andre klasser), levende dyr, frø, naturlige planter og næringsmidler til dyr".

Ordmærket RAPSGRIS er sammensat af ordene raps og gris. Raps er en almindelig kendt afgrøde, der indgår som sædvanlig bestanddel af dyrefoder i Danmark. På denne baggrund finder retten, at det vil være umiddelbart nærliggende for den almindeligt oplyste forbruger i Danmark, at opfatte ordmærket RAPSGRIS som betegnelse for en gris, der er opfostret på foder, der hovedsageligt består af planten raps eller dele heraf. Ordmærket savner herefter det til registrering fornødne særpræg, og kan dermed ikke opnå registrering for "kød, kødekstrakter, geléer, spiselige olier og fedtstoffer" i klasse 29 og for "landbrugsprodukter (ikke indeholdt i andre klasser); levende dyr; frø; naturlige planter; næringsmidler til dyr" i klasse 31. Ankenævnet for Patenter og Varemærker skal derfor frifindes for påstand 2.

Ordmærket RYBSGRIS er sammensat af ordene rybs og gris. Rybs er en urt, der er beslægtet med raps, og som grundet dens høje indhold af olier i forarbejdet form anvendes til dyrefoder. Rybs har imidlertid et ringere olieindhold og giver et lavere frøudbytte end raps og dyrkes sjældent i Danmark. Rybs er således ikke på samme vis som raps almindelig kendt som afgrøde og som bestanddel i dyrefoder hos den almindeligt oplyste forbruger. Retten finder på den baggrund, at den almindeligt oplyste forbruger i Danmark ikke umiddelbart og uden yderligere overvejelser vil opfatte ordmærket RYBSGRIS som betegnelse for en gris, der er opfostret på foder, der hovedsageligt består af afgrøden rybs eller dele deraf. Ordmærket RYBSGRIS besidder herefter det til registrering fornødne særpræg, hvorfor Ankenævnet for Patenter og Varemærker skal anerkende, at ansøgningen om registrering af ordmærket RYBSGRIS skal føre til endelig registrering i klasse 29 for "kød, kødekstrakter, geleer, spiselige olier og fedtstoffer" og i klasse 31 for "landbrugsprodukter (ikke indeholdt i andre klasser), levende dyr, frø, naturlige planter og næringsmidler til dyr".

Ordmærket RYPSGRIS er sammensat af ordene ryps og gris. Ryps er på svensk synonymt med rybs. Under hensyn til det ovenfor anførte om rybs, og da det ikke kan antages, at den almindeligt oplyste forbruger i Danmark har kendskab til, at rybs i Sverige tillige kan staves "ryps", finder retten, at RYPSGRIS besidder det til registrering fornødne særpræg. Ankenævnet for Patenter og Varemærker skal derfor anerkende, at ansøgningen om registrering af ordmærket RYPSGRIS skal føre til endelig registrering i klasse 29 for "kød, kødekstrakter, geleer, spiselige olier og fedtstoffer" og i klasse 31 for "landbrugsprodukter (ikke indeholdt i andre klasser), levende dyr, frø, naturlige planter og næringsmidler til dyr".

Med hensyn til sagsomkostninger skal Ankenævnet for Patenter og Varemærker efter sagens udfald til HK Ruokatalo OY betale delvise sagsomkostninger, der under hensyn til sagens omfang og karakter vil udgøre 20.000 kr.

Thi kendes for ret:

Bedømmelsen af, hvorvidt ordmærkerne RAPSGRIS, RYBSGRIS og RYPSGRIS er vildledende for varerne "fisk, fjerkræ, vildt, konserverede, frosne og tilberedte frugter og grøntsager" i klasse 29, hjemvises til fornyet behandling i Patent- og Varemærkestyrelsen.

Ankenævnet for Patenter og Varemærker skal anerkende, at HK Ruokatalo Oys foreløbigt registrerede varemærke VA 2012 00625 RYBSGRIS kan registreres endeligt for "geléer, spiselige olier og fedtstoffer" i klasse 29 og "landbrugsprodukter (ikke indeholdt i andre klasser); levende dyr; frø; naturlige planter; næringsmidler til dyr" i klasse 31.

Ankenævnet for Patenter og Varemærker frifindes for så vidt angår HK Ruokatalo Oys påstand om anerkendelse af endelig registrering af ordmærket RAPSGRIS for "geléer, spiselige olier og fedtstoffer" i klasse 29 og "landbrugsprodukter (ikke indeholdt i andre klasser); levende dyr; frø; naturlige planter; næringsmidler til dyr" i klasse 31.

Ankenævnet for Patenter og Varemærker skal anerkende, at HK Ruokatalo Oys foreløbigt registrerede varemærke VA 2012 00627 RYPSGRIS kan registreres endeligt for "geléer, spise-

lige olier og fedtstoffer" i klasse 29 og "landbrugsprodukter (ikke indeholdt i andre klasser); levende dyr; frø; naturlige planter; næringsmidler til dyr" i klasse 31.

Ankenævnet for Patenter og Varemærker skal inden 14 dage betale 20.000 kr. til HK Ruokatalo Oy.

Sagsomkostningsbeløbet forrentes i medfør af rentelovens § 8 a.

Christian Hvidt

Lise Krüger Andersen

Flemming Bent Lindeløv

(Sign.)

— — —

Udskriftens rigtighed bekræftes
Sø- og Handelsretten, den 01-09-2015

Per Jensen
afdelingsleder