RETTENS DOM (Femte Afdeling)

24. november 2005 *

I sag T-3/04,

Simonds Farsons Cisk plc, Mriehel (Malta), ved M. Bagnall, solicitor I. Wood og barrister R. Hacon,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved A. Folliard-Monguiral, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

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

* Processprog: engelsk.

Spa Monopole, compagnie fermière de Spa SA/NV, Spa (Belgien), ved avocats L. de Brouwer, E. Cornu, É. De Gryse og D. Moreau,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 4. november 2003 af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 996/2002-1) vedrørende en indsigelsessag mellem Simonds Farsons Cisk plc og Spa Monopole, compagnie fermière de Spa SA/NV,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, og dommerne M.E. Martins Ribeiro og K. Jürimäe,

justitssekretær: assisterende justitssekretær B. Pastor,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 6. januar 2004,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 15. april 2004,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 19. april 2004,

og efter retsmødet den 22. februar 2005,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 16. juni 2000 indgav intervenienten en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (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, som er søgt registreret, er følgende figurtegn:



De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 29 og 32 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 svarer i hver enkelt af disse klasser til følgende beskrivelse:

— klasse 29: »Frugtpulp«

— klasse 32: »Mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke indeholdende frugtsafter; ikke-alkoholholdige frugtdrikke; ikke-alkoholholdige frugtekstrakter, frugtjuice, saft og andre præparater på basis af frugter, frugtekstrakter eller frugtpulp til fremstilling af drikke«.

3 Ansøgningen blev offentliggjort i *EF-varemærketidende* nr. 6/2001 den 8. januar 2001.

4 Den 30. januar 2001 rejste sagsøgeren i medfør af artikel 42 i forordning nr. 40/94 indsigelse mod registreringen af det ansøgte EF-varemærke. Indsigelsen var støttet på det eksisterende EF-varemærke nr. 427237, der udgøres af ordmærket KINNIE (herefter »det ældre varemærke«), som efter indgivelse af ansøgning den 25. november 1996 blev registreret den 7. april 1999. De varer, der er omfattet af dette varemærke, henhører under klasse 32 i Nice-arrangementet og svarer til følgende beskrivelse: »ikke-alkoholholdige drikke; præparater til fremstilling af drikke«.

5 Indsigelsen var rettet mod alle de varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen. Begrundelsen, der er blevet påberåbt til støtte for indsigelsen, er den i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 anførte.

6 Ved afgørelse nr. 2880/2002 af 27. september 2002 tog Indsigelsesafdelingen ved Harmoniseringskontoret indsigelsen til følge med den begrundelse, at der i bevidstheden hos kundekredsen i Den Europæiske Union forelå risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det ældre varemærke dels som følge af tegnenes lighed, dels som følge af identiteten eller den store lighed mellem de omhandlede varer.

7 Den 27. november 2002 klagede intervenienten i medfør af artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 over Indsigelsesafdelingens afgørelse til Harmoniseringskontoret.

8 Ved afgørelse af 4. november 2003, som korrigeret den 10. november 2003 (herefter »den anfægtede afgørelse«), annullerede Første Appelkammer Indsigelsesafdelingens afgørelse. Appelkammeret fandt i det væsentlige, at selv om de omhandlede varer enten var af samme eller næsten samme art, var de omtvistede tegn visuelt, fonetisk og begrebsmæssigt forskellige, og en sådan forskellighed udelukkede følgelig enhver risiko for forveksling.

Parternes påstande

9 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Indsigelsesafdelingens afgørelse nr. 2880/2002 af 27. september 2002 stadfæstes.

— Det pålægges Harmoniseringskontoret at afslå intervenientens EF-varemærkeansøgning.

— Harmoniseringskontoret og/eller intervenienten tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med indsigelsessagen, sagen for appelkammeret og sagen for Retten.

10 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Sagsøgerens fjerde påstand afvises, for så vidt som det med påstanden søges opnået, at Retten træffer afgørelse om, at Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med indsigelsessagen.

— I øvrigt frifindes Harmoniseringskontoret.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

11 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Harmoniseringskontoret frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

Formaliteten

12 Med sin anden og tredje påstand har sagsøgeren anmodet Retten om at stadfæste Indsigelsesafdelingens afgørelse nr. 2880/2002 og at pålægge Harmoniseringskontoret at afslå intervenientens EF-varemærkeansøgning.

13 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at i overensstemmelse med artikel 63, stk. 6, i forordning nr. 40/94 skal Harmoniseringskontoret træffe de foranstaltninger, der er nødvendige til opfyldelse af Fællesskabets retsinstansers afgørelse. Det tilkommer derfor ikke Retten at give Harmoniseringskontoret et pålæg. Det påhviler dette at drage konsekvenserne af nærværende doms konklusion og præmisser. Sagsøgerens anden og tredje påstand skal derfor af den grund afvises (Rettens dom af 8.7.1999, sag T-163/98, Procter & Gamble mod KHIM (BABY-DRY), Sml. II, s. 2383, præmis 53, og af 27.2.2002, sag T-34/00, Eurocool Logistik mod KHIM (EUROCOOL), Sml. II, s. 683, præmis 12).

Realiteten

14 Sagsøgeren har til støtte for sin påstand om annullation gjort to anbringender gældende vedrørende tilsidesættelse af henholdsvis artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 73 i forordning nr. 40/94.

Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94

— Parternes argumenter

15 Sagsøgeren har først gjort gældende, at appelkammeret ikke har tillagt de fonetiske og visuelle ligheder mellem de omhandlede tegn tilstrækkelig stor betydning. Sagsøgeren har desuden anført, at eftersom de omhandlede tegn ikke har nogen betydning, er det ikke muligt at foretage nogen begrebsmæssig sammenligning mellem dem.

16 Med hensyn til den fonetiske sammenligning har sagsøgeren anført, at ordene »kinnie« og »kinji« udtales på en meget sammenlignelig måde på visse fællesskabssprog. På svensk, dansk og nederlandsk udtales bogstavet »j« således præcis som bogstavet »y« på engelsk. Ifølge sagsøgeren ligner tegnene i modsætning til det af appelkammeret anførte derfor hinanden på det fonetiske plan.

17 Hvad angår den visuelle sammenligning har sagsøgeren anført, at når et tegn på en gang består af ordbestanddele og figurative bestanddele, er det ordbestanddelen, der skal anses for at være den dominerede bestanddel. Sagsøgeren har tilføjet, at appelkammeret har begået en fejl ved at finde, at der bortset fra begyndelsesbogstaverne »kin« ikke var en stor grad af lighed mellem tegnenes ordbestanddele. Ifølge sagsøgeren har de øvrige bogstaver i de to ordbestanddele »kinji« og »kinnie« former, der ligner hinanden. Sagsøgeren har tilføjet, at man selv med hensyn til den visuelle sammenligning ikke kan se bort fra den måde, hvorpå ordene udtales. Ved opfattelsen af de to tegn vil gennemsnitsforbrugeren — særligt en forbruger, der taler svensk, dansk eller nederlandsk — således på det fonetiske plan have en ufuldstændig erindring om varernes navne, men vil ikke kunne huske formen på de bogstaver, der er anvendt til at skrive varernes navne. Tegnene KINJI og KINNIE har derfor som sådan en meget stor grad af lighed — selv på det visuelle plan.

18 Sagsøgeren har endvidere kritiseret appelkammeret for at have lagt for meget vægt på flere grafiske aspekter ved det ansøgte varemærke, såsom billedet af vaskebjørnen og den grafiske udformning i form af de bambusstykker, der er anvendt til at skrive ordbestanddelen »kinji«. Appelkammeret har således ifølge sagsøgeren tilsidesat Domstolens praksis, hvorefter det i et figurmærke er ordet, der skal tillægges størst betydning. Sagsøgeren er desuden af den opfattelse, at påskriften »by Spa« vil gå ubemærket hen for størstedelen af forbrugernes vedkommende.

19 Sagsøgeren har endvidere kritiseret appelkammeret for ikke i tilstrækkelig grad at have taget hensyn til den omstændighed dels, at varerne er af samme eller meget lignende art, dels at det ældre varemærke har en meget høj grad af særpræg, da det er et rent opdigtet navn.

20 Hvad angår bedømmelsen af risikoen for forveksling har sagsøgeren kritiseret appelkammeret for fejlagtigt at have støttet den anfægtede afgørelse på den forudsætning, at den relevante forbruger sandsynligvis vil købe de omhandlede varer i supermarkedet eller andre detailforretninger, hvor den pågældende vil være i stand til visuelt at kontrollere varerne og varemærker på dem, før de købes. Ifølge sagsøgeren sælges de omhandlede varer typisk dels i detailforretninger, dels i barer eller i restauranter.

21 For så vidt angår de salg, der finder sted i barer eller restauranter, har sagsøgeren anført, at forbrugerne i modsætning til det af appelkammeret anførte typisk bestiller varerne mundtligt under henvisning til deres varemærke, og det er muligt, at drikkevarerne bliver solgt, uden at forbrugerne på noget tidspunkt ser det varemærke, der er tale om. Under henvisning til Domstolens dom af 22. juni 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer (sag C-342/97, Sml. I, s. 3819, præmis 28), har sagsøgeren anført, at det ikke kan udelukkes, at en fonetisk lighed mellem varemærkerne i sig selv kan skabe risiko for forveksling.

22 Hvad angår salgene i supermarkederne har sagsøgeren anført, at selv om gennemsnitsforbrugeren har muligheden for at undersøge varerne, har appelkammeret ikke taget hensyn til den omstændighed, at forbrugeren kun sjældent har mulighed for at foretage en direkte sammenligning mellem de forskellige varemærker, men må stole på det ufuldstændige billede af dem, han har i erindringen.

23 Harmoniseringskontoret har ikke bestridt, at de varer, der er omhandlet i det foreliggende tilfælde, er af samme eller meget lignende art, men har anført, at de visuelle og begrebsmæssige forskelle mellem tegnene udelukker enhver risiko for forveksling.

24 Hvad angår tegnenes visuelle aspekt har Harmoniseringskontoret anført, at tegnene er forskellige af de grunde, der er nævnt i den anfægtede afgørelse.

25 Med hensyn til den begrebsmæssige sammenligning af de omhandlede tegn har Harmoniseringskontoret anført, at det ansøgte varemærkes figurative bestanddel og den grafiske udformning i form af den bambus, der er anvendt til ordet »kinji«, er bestanddele, der leder tanken hen på en figur i en eksotisk tegnefilm, nemlig en vaskebjørn af samme navn. Det er sandsynligvis denne forbindelse, som forbrugeren opfatter, mens det ældre varemærke til gengæld ikke har nogen betydning. Ifølge Harmoniseringskontoret er den omstændighed, at et af de omhandlede varemærker har et semantisk indhold, mens det andet ikke har et sådant, tilstrækkeligt til at konkludere, at tegnene er begrebsmæssigt forskellige.

26 For så vidt angår den fonetiske sammenligning har Harmoniseringskontoret — til forskel fra, hvad appelkammeret fastslog i den anfægtede afgørelse — anerkendt, at kundekredsen i visse medlemsstater kan opfatte en vis fonetisk lighed mellem de omtvistede varemærker. Harmoniseringskontoret har dog tilføjet, at dette element ikke er tilstrækkeligt til at bevirke, at den anfægtede afgørelse bliver ulovlig, eftersom graden af fonetisk lighed mellem tegnene opvejes af deres visuelle og begrebsmæssige forskelle på en sådan måde, at der ikke foreligger nogen risiko for forveksling, selv hvis det medgives, at det ældre varemærke er i besiddelse af den højst mulige grad af særpræg.

27 I denne henseende har Harmoniseringskontoret anført, at graden af fonetisk lighed mellem de to varemærker har mindre betydning, når der er tale om varer, der markedsføres således, at den berørte kundekreds normalt opfatter varemærket visuelt på købstidspunktet. Det forholder sig således med sagsøgerens varer.

28 Harmoniseringskontoret har anført, at selv i barer og restauranter er flaskerne normalt udstillet på hylderne bag disken, således at forbrugeren er i stand til at undersøge dem. Dertil kommer, at selv hvis det antages, at barerne og restauranterne ikke er uden betydning som distributionskanaler for salget af ikke-alkoholholdige drikkevarer, der indeholder frugtsaft, er disse kanaler alligevel uden betydning henset til salgsmængden i forhold til de salg, der foretages i supermarkederne.

29 Intervenienten har i det væsentlige gentaget de argumenter, der er anført af appelkammeret i den anfægtede afgørelse. Intervenienten har gjort gældende, at de omtvistede varemærker er visuelt, fonetisk og begrebsmæssigt forskellige.

30 Med hensyn til den visuelle sammenligning har intervenienten tilføjet, at ordene »by Spa« i betragtning af selskabets varemærkes omdømme i Benelux-landene tiltrækker sig forbrugernes opmærksomhed og udelukker enhver risiko for forveksling med hensyn til de omhandlede varers oprindelse.

31 Hvad angår den fonetiske sammenligning har intervenienten gjort gældende, at ordmærket KINNIE selv i lande, hvor bogstavet »j« udtales på samme måde som bogstavet »y« på engelsk, udtales med en længere endelse, hvilket er tilstrækkeligt til at skelne mellem de omhandlede tegn på det fonetiske plan.

— Rettens bemærkninger

32 Det fremgår 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 varemærke 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«.

33 Risikoen for forveksling er ifølge fast retspraksis 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. Ifølge samme retspraksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling i henhold til den opfattelse, som den relevante kundekreds har af de pågældende tegn og de omhandlede varer eller tjenesteydelser. 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 (jf. Rettens dom af 9.7.2003, sag T-162/01, Laboratorios RTB mod KHIM — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), Sml. II, s. 2821, præmis 30-33 og den deri nævnte retspraksis).

34 I det foreliggende tilfælde bemærkes, at eftersom det ældre varemærke er et EF-varemærke, er det område, der skal tages i betragtning ved bedømmelsen af risikoen for forveksling, hele Det Europæiske Fællesskabs område.

35 Eftersom de omhandlede varer er dagligvarer, er den tilsigtede kundekreds desuden sammensat af almindeligt oplyste, rimeligt opmærksomme og velunderrettede europæiske gennemsnitsforbrugere.

36 I lyset af disse betragtninger skal der foretages en sammenligning dels af de omhandlede varer, dels af de omtvistede tegn.

37 Med hensyn til sammenligningen af varer bemærkes, at det ikke er bestridt af parterne, at de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke, og de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, er dels af lignende art, dels af samme art.

38 Med hensyn til sammenligningen af tegnene fremgår det af retspraksis, at helhedsvurderingen af risikoen for forveksling for så vidt angår de pågældende varemærkers 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 (Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 23, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 25).

39 Der skal derfor foretages en sammenligning af de i den foreliggende sags omtvistede tegn på det visuelle, fonetiske og begrebsmæssige plan.

40 Med hensyn til den visuelle sammenligning fandt appelkammeret, at den markante ordbestanddel »kinji« og de øvrige grafiske og tekstmæssige bestanddele i det ansøgte varemærke gør det muligt visuelt at skelne mellem de to varemærker (den anfægtede afgørelses punkt 18).

41 I denne forbindelse bemærkes, at det ansøgte varemærke udgøres af et sammensat tegn, der består af figurative bestanddele og ordbestanddele. Dette sammensatte tegn indeholder ordet »kinji« skrevet med fede stiliserede typer i form af bambus med ordene »by Spa« i mindre typer nedenunder og ovenover den figurative bestanddel, der forestiller en hoppende vaskebjørn, som bærer en T-shirt, der er dekoreret med navnet »kinji«. Det må konstateres, at det ansøgte tegns grafiske kendetegn, dvs. figuren fra tegnefilmen om vaskebjørnen, stiliseringen af de bogstaver, som den principale ordbestanddel er sammensat af, og ordene »by Spa« med små typer er særligt bemærkelsesværdige, tiltrækker forbrugerens blik og medvirker således til visuelt at adskille de to tegn fra hinanden, som appelkammeret meget træffende har anført (den anfægtede afgørelses punkt 18).

42 Det ældre varemærke er til gengæld et ordmærke uden nogen særlig grafisk eller figurativ egenskab.

43 I den anfægtede afgørelses punkt 18 anførte appelkammeret ligeledes med rette, at der ikke er nogen snæver lighed mellem intervenientens tegns markante ordbestanddel og sagsøgerens tegns ordbestanddel, med undtagelse af de tre første bogstaver »kin«. Som Harmoniseringskontoret også med rette har påpeget, har de to omhandlede ordbestanddele forskellige længder, deres respektive endelser »nie« og »ji« er visuelt forskellige og fordoblingen af konsonanten »n« i det ældre varemærke er særligt fremtrædende. Dertil kommer, at brugen af komplekse fede typer i form af bambus i den grafiske udformning af ordet »kinji« og angivelsen af ordbestanddelen

»by Spa« med små typer tilføjer et visuelt differentierende element. Endelig er stavelsen »kin« i det ældre varemærke KINNIE efterfulgt af stavelsen »nie« på tre bogstaver. I modsætning til stavelsen »ji« på to bogstaver i det omtvistede varemærke KINJI skaber stavelsen »nie« et fuldstændigt symmetrisk ord, hvori de to centrale »n'er«, de to »i'er« og bogstaverne »k« og »e« er i ligevægt med hinanden. Denne symmetri giver ordet »kinnie« en visuel karakter, der er forskellig fra den visuelle karakter, som ordet »kinji« har.

44 Det følger heraf, at den visuelle forskel mellem de to tegn, der er skabt ved disse to ordbestanddeles forskellige karakter, fremhæves yderligere ved tilstedeværelsen af de særlige figurative bestanddele i det ansøgte varemærke, der er omtalt i præmis 41 ovenfor.

45 I denne henseende skal det præciseres, at når et tegn på en gang består af figurative bestanddele og ordbestanddele, følger det i modsætning til det af sagsøgeren anførte ikke automatisk heraf, at det altid er ordbestanddelen, der skal anses for at være dominerende.

46 Et sammensat varemærke kan således ikke anses for at ligne et andet varemærke, der er identisk med eller ligner en af bestanddelene af det sammensatte varemærke, medmindre denne bestanddel er det dominerende element i det helhedsindtryk, som det sammensatte varemærke fremkalder. Dette er tilfældet, når denne bestanddel i sig selv kan præge det billede af dette varemærke, som den relevante kundekreds har i erindringen, således at alle varemærkets andre bestanddele er uden betydning i helhedsindtrykket heraf (Rettens dom af 23.10.2002, sag T-6/01, Matratzen Concord mod KHIM — Hukla Germany (MATRATZEN), Sml. II, s. 4335, præmis 33).

47 Det fremgår ligeledes af Rettens praksis, at den figurative bestanddel i et sammensat tegn kan indtage en tilsvarende plads i forhold til ordbestanddelen (jf. dom af 12.12.2002, sag T-110/01, Vedial mod KHIM — France Distribution (HUBERT), Sml. II, s. 5275, præmis 53).

48 Selv under omstændigheder, hvor to omtvistede varemærker indeholder lignende ordbestanddele — hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag — giver dette forhold desuden ikke i sig selv grundlag for at antage, at de omtvistede tegn har visuel lighed. Tilstedeværelsen af figurative bestanddele med en særlig, egenartet udformning i et af tegnene kan indebære, at helhedsindtrykket af det enkelte tegn er forskelligt (jf. i den retning Rettens dom af 9.7.2003, sag T-156/01, Laboratorios RTB mod KHIM — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO AIRE), Sml. II, s. 2789, præmis 74).

49 I det foreliggende tilfælde må det konstateres, at alle de figurative bestanddele, der forefindes i det ansøgte varemærke, unægteligt udgør en individuel og egenartet udformning, som spiller en væsentlig rolle i den visuelle opfattelse af det ansøgte varemærke og gør det muligt at adskille det fra det ældre varemærke. Sagsøgerens argument om, at appelkammeret med urette lagde for meget vægt på flere af det ansøgte varemærkes grafiske bestanddele samt på ordene »by Spa« skrevet med små typer, eftersom nævnte bestanddele ifølge sagsøgeren havde en underordnet karakter i den visuelle opfattelse af de omhandlede tegn, er følgelig grundløst og skal forkastes.

50 Det følger af samtlige foranstående betragtninger, at appelkammeret med rette fandt, at de væsentlige forskelle mellem de omhandlede varemærkers ordbestanddele samt de supplerende figurative bestanddele i det ansøgte varemærke medfører, at det visuelle helhedsindtryk, som hvert af disse to varemærker fremkalder, er forskelligt.

51 Med hensyn til den begrebsmæssige sammenligning fandt appelkammeret, at selv om ingen af de dominerende ordbestanddele i de omhandlede tegn har nogen kendt betydning, leder det ansøgte varemærkes grafiske bestanddele tanken hen på flere forestillinger, der på ingen måde kan forbindes med det ældre varemærke (den anfægtede afgørelses punkt 20 og 21).

52 I denne forbindelse skal det således bemærkes, at hverken ordet »kinnie« eller ordet »kinji« har nogen præcis eller kendt betydning. Ikke desto mindre er det varemærke, som er søgt registreret — som anført af appelkammeret og af Harmoniseringskontoret og intervenienten — i det mindste på det begrebsmæssige og visuelle plan rigt. Nævnte varemærke anvender stiliserede typer i form af bambus som den grafiske udformning af dets principale ordbestanddel og indeholder en figurativ bestanddel, der består af en menneskelignende gengivelse af en vaskebjørn, som bærer en T-shirt med påskriften »kinji«. Følgelig kan det forventes, at disse bestanddele i bevidstheden hos den, der betragter dem, vækker en forestilling om, at varemærket og de omhandlede varer har en forbindelse med naturen eller med naturens verden.

53 Retten fastslog følgende i HUBERT-dommen: »[v]ed bedømmelsen af, om der foreligger begrebsmæssig lighed mellem de pågældende varemærker, er det [...] tilstrækkeligt at godtgøre, at den tilsigtede kundekreds opfatter forskellene i de forestillinger, som fremkaldes ved hvert tegn« (HUBERT-dommen, præmis 58). Da det ældre ordmærke i det foreliggende tilfælde ikke formidler det mindste betydningsindhold, og da det ansøgte varemærkes evne til at fremkalde associationer til gengæld forekommer tilstrækkeligt udtalt til at blive opfattet af forbrugerne, må det følgelig antages, at der ikke er begrebsmæssig lighed mellem de omtvistede varemærker.

54 Hvad angår den fonetiske sammenligning synes det ubestrideligt — som Harmoniseringskontoret i øvrigt udtrykkeligt har medgivet — at kundekredsen i

visse medlemsstater i modsætning til, hvad appelkammeret fastslog i den anfægtede afgørelse (punkt 19), vil kunne opfatte en fonetisk lighed mellem de omtvistede varemærker. På f.eks. svensk, dansk og nederlandsk bliver bogstavet »j« nemlig udtalt som bogstavet »y« på engelsk. Det ansøgte varemærke bliver i overensstemmelse med visse europæiske sprogs udtaleregler følgelig udtalt »kinyi«. Selv om denne lighed kun vedrører et begrænset antal medlemsstater, må det derfor konstateres, at de omtvistede varemærker i det mindste i disse medlemsstater ligner hinanden på det fonetiske plan.

55 Med hensyn til helhedsvurderingen af risikoen for forveksling mellem de omhandlede tegn er det konstateret, at de omtvistede varemærker frembyder væsentlige forskelle på det visuelle og begrebsmæssige plan. I det konkrete tilfælde må det antages, at disse visuelle og begrebsmæssige forskelle klart udligner deres fonetiske lighed.

56 Som Harmoniseringskontoret med rette har gjort opmærksom på, har graden af fonetisk lighed mellem to varemærker således en begrænset betydning, når der er tale om varer, der markedsføres på en sådan måde, at den relevante kundekreds normalt ved købet opfatter det varemærke, varerne er omfattet af, visuelt (jf. i denne retning 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 55).

57 I modsætning til det af sagsøgeren anførte, er dette tilfældet i den foreliggende sag. Det bemærkes således, at sagsøgeren ikke har fremlagt nogen form for bevis med henblik på at godtgøre, at sagsøgerens varer typisk sælges på en sådan måde, at kundekredsen ikke opfatter varemærket visuelt. Sagsøgeren har blot anført, at en af de traditionelle salgskanaler er barer og restauranter, hvor forbrugeren bestiller varerne mundtligt ved at henvende sig til servitricen uden på noget tidspunkt at være foranlediget til at visualisere det varemærke, der er tale om.

58 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at — som Harmoniseringskontoret med rette har gjort opmærksom på — selv hvis det antages, at barer og restauranter ikke er uden betydning som salgskanaler for sagsøgerens varer, er flaskerne her normalt udstillet på hylderne bag disken således, at forbrugerne også er i stand til at undersøge dem visuelt. Selv om man ikke kan udelukke, at de omhandlede varer også sælges efter mundtlig bestilling, kan denne metode derfor ikke anses for at være varernes normale markedsføringsmåde. Selv om forbrugerne kan bestille en drikkevare mundtligt uden forud herfor at have undersøgt nævnte hylder, vil forbrugerne desuden under alle omstændigheder være i stand til at visuelt at undersøge den flaske, som de får serveret.

59 Endvidere og frem for alt er det ubestridt, at barer og restauranter ikke er de eneste salgskanaler for de omhandlede varer. Således bliver disse varer ligeledes solgt i supermarkeder eller andre detailforretninger (jf. den anfægtede afgørelses punkt 14). Det må imidlertid konstateres, at forbrugerne ved de køb, der foretages der, vil kunne opfatte varemærkerne visuelt, da drikkevarerne står fremme på hylderne, selv om forbrugerne muligvis ikke kan finde dem side om side.

60 Sagsøgeren har ligeledes anført, at appelkammeret skulle have fastslået, at der var en større risiko for forveksling mellem varemærkerne, fordi det ældre varemærke har en høj grad af særpræg. I denne forbindelse er det tilstrækkeligt at bemærke, at et varemærkes høje grad af særpræg enten må fastslås på grundlag af de egenskaber, som varemærket har i sig selv, eller ud fra det udbredte kendskab, der er knyttet hertil (Rettens dom af 15.1.2003, sag T-99/01, Mystery Drinks mod KHIM — Karlsberg Brauerei (MYSTERY), Sml. II, s. 43, præmis 34). Selv om varemærket KINNIE uden tvivl er originalt, har sagsøgeren ikke fremlagt noget bevis for, at selskabets varemærke har en høj grad af særpræg. Sagsøgeren har blot påberåbt sig den omstændighed, at der er tale om et rent opdigtet navn, til støtte for, at der skal tages hensyn til varemærkets høje grad af særpræg.

61 Endelig er der grund til at afvise sagsøgerens argumenter om, at gennemsnitsforbrugeren vil opfatte de omhandlede varemærker som visuelt lignende, fordi den visuelle opfattelse af de bogstaver, som tegnenes ordbestanddele er sammensat af, bliver kraftigt påvirket af deres udtale, således at gennemsnitsforbrugeren, når han ser de to tegn, svagt vil huske klangen af varernes navne, men ikke vil huske formen på de bogstaver, der er anvendt til den skriftlige gengivelse af dem. Gennemsnitsforbrugeren opfatter nemlig normalt et varemærke som en helhed og undersøger ikke de forskellige detaljer (SABEL-dommen, præmis 23). Det må imidlertid konstateres, at den opfattelse, som en gennemsnitsforbruger vil have af det ansøgte sammensatte tegn, i det foreliggende tilfælde ikke vil blive fastlagt på grundlag af en sammenligning mellem en enkelt af dette tegns bestanddele, dvs. ordbestanddelen »kinji«, og sagsøgerens tegn.

62 Under disse omstændigheder må det konkluderes, at selv om de varer, der er omfattet af de omhandlede varemærker, er af samme eller meget lignende art, giver de visuelle og begrebsmæssige forskelle mellem de omtvistede tegn tilstrækkelige grunde til at antage, at der i den relevante kundekreds' bevidsthed ikke er nogen risiko for forveksling. Det følger heraf, at appelkammeret med rette fastslog, at der ikke var risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det ældre varemærke.

63 Herefter skal anbringendet vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 forkastes.

Det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 73 i forordning nr. 40/94

— Parternes argumenter

64 Sagsøgeren har gjort gældende, at appelkammeret har tilsidesat artikel 73 i forordning nr. 40/94 ved ikke at give parterne lejlighed til at fremkomme med deres bemærkninger til de grunde, der er anført i den anfægtede afgørelses punkt 14, vedrørende appelkammerets opfattelse af den måde, hvorpå drikkevarerne bliver bestilt og solgt i barer og restauranter. Sagsøgeren har således kritiseret appelkammeret for at have tilsidesat visse væsentlige formforskrifter.

65 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at henvisningen til »metoder til salg« og til opfattelsen af varemærker på det berørte marked ikke i sig selv er en grund i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 73 i forordning nr. 40/94, men et argument til støtte for argumentationen om, at de visuelle og begrebsmæssige forskelle mellem varemærkerne er egnede til at udelukke enhver risiko for forveksling på det specifikke marked for de omhandlede varer. En sådan henvisning er ikke uafhængig af bedømmelsen af risikoen for forveksling, men udgør en del af den argumentation, som appelkammeret har fremført.

66 Harmoniseringskontoret er følgelig af den opfattelse, at appelkammeret ikke har tilsidesat artikel 73 i forordning nr. 40/94 ved ikke at give sagsøgeren lejlighed til at fremkomme med sine bemærkninger til argumentet om »metoder til salg«, for så vidt som dette argument kun er blevet brugt med det formål at retfærdiggøre den anfægtede afgørelse på grundlag af de grunde og betragtninger, som sagsøgeren allerede havde kendskab til.

67 Intervenienten har gjort gældende, at selskabet allerede anvendte det argument, som sagsøgeren har bestridt i forbindelse med den foreliggende sag, i de bemærkninger, som intervenienten fremsatte den 27. januar 2003 under sagen for appelkammeret, hvori intervenienten erklærede, at »de varer, som er omfattet af de to varemærker, er ikke-alkoholholdige drikkevarer, der sælges i de samme forretninger og generelt set i supermarkeder, og at forbrugeren i modsætning til, hvad Indsigelsesafdelingen erklærede i sin afgørelse (side 7, 3. afsnit), faktisk har mulighed for at foretage en direkte sammenligning mellem varerne«.

68 Intervenienten har udledt heraf, at sagsøgeren tilsyneladende ikke har fundet det nødvendigt at bestride denne påstand, idet sagsøgeren i sine »bemærkninger til klagen« af 21. marts 2003 heroverfor anførte, at dette ikke var tilfældet i en bar eller i en restaurant.

— Rettens bemærkninger

69 Det følger af artikel 73 i forordning nr. 40/94, at Harmoniseringskontorets afgørelser kun må støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om (Rettens dom af 9.10.2002, sag T-173/00, KWS Saat mod KHIM (orange nuance), Sml. II, s. 3843, præmis 57).

70 I det foreliggende tilfælde skal det bemærkes, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 14 præciserede, at »selv om varerne [...] sælges i barer og restauranter, vil forbrugeren under sådanne omstændigheder typisk ikke bestille dem ved at bruge deres navn i modsætning til, hvad forbrugeren vil gøre, [f.eks.] når

han bestiller vin eller øl«. Appelkammeret tilføjede dernæst, at »normalt vil kunderne i barer og restauranter simpelthen bestille disse varer ved at anvende deres artsbestemte navn og vil [f.eks.] bestille »friskpresset appelsinjuice««.

71 Det bemærkes, at det, som appelkammeret reelt søger at påvise i den anfægtede afgørelses punkt 14, er, at den typiske forbruger normalt er i stand til visuelt at undersøge varerne før købet af dem. Dette synspunkt bekræftes ved den sidste sætning i den anfægtede afgørelses punkt 14, hvor appelkammeret sammenfatter sin bedømmelse ved at fastslå, at »[m]ed andre ord vil den typiske forbruger generelt være i stand til visuelt at kontrollere varerne og de varemærker, der er forbundet med dem, før købet af dem (selv om det dog er muligt, at forbrugeren ikke vil finde de to varemærker side om side)«.

72 Det fremgår derfor, at synspunkterne vedrørende den måde, hvorpå forbrugerne bestiller parternes varer på restauranter eller i barer, ikke udgør en selvstændig begrundelse for den anfægtede afgørelse, men udgør en del af den argumentation, appelkammeret har fremlagt vedrørende helhedsvurderingen af risikoen for forveksling. Den omstændighed, at sagsøgeren ikke har fremført argumenter på dette punkt, betyder således ikke, at selskabet ikke har haft lejlighed til at udtale sig om de grunde, som den anfægtede afgørelse er støttet på for så vidt angår den visuelle og fonetiske sammenligning af de omhandlede tegn.

73 Under disse omstændigheder skal anbringendet vedrørende tilsidesættelse af artikel 73 i forordning nr. 40/94 forkastes.

74 Henset til det ovenfor anførte skal Harmoniseringskontoret følgelig i det hele frifindes.

Sagens omkostninger

75 Sagsøgeren har nedlagt påstand om, at Harmoniseringskontoret og/eller intervenienten tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med indsigelsessagen. Sagsøgeren har ikke fremført nærmere argumenter vedrørende denne påstand i sine skriftlige indlæg. Under den mundtlige forhandling gav sagsøgeren imidlertid udtryk for at være enig i de argumenter, Harmoniseringskontoret har fremført i denne henseende.

76 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at denne påstand skal afvises, idet disse omkostninger i henhold til artikel 87 og 136 i Rettens procesreglement ikke erstattes.

77 I denne forbindelse bemærkes, at procesreglementets artikel 136, stk. 2, bestemmer:

»Nødvendige udgifter, som er afholdt af parterne i forbindelse med sagen for appelkammeret [...] betragtes som omkostninger, der kan kræves erstattet.«

78 Da omkostningerne i forbindelse med indsigelsessagen ikke udgør omkostninger, der kan kræves erstattet i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i procesreglementets artikel 136, stk. 2, skal denne påstand følgelig afvises.

79 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 de af Harmoniseringskontoret og intervenienten afholdte omkostninger i overensstemmelse med deres påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Afdeling)

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

2) Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.

Vilaras Martins Ribeiro Jürimäe

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 24. november 2005.

E. Coulon M. Vilaras

Justitssekretær Afdelingsformand