RETTENS DOM (Anden Afdeling)

12. juli 2006 *

I sag T-277/04,

Vitakraft-Werke Wührmann & Sohn GmbH & Co. KG, Bremen (Tyskland), ved avocat U. Sander,

sagsøger,

mod

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

Johnson's Veterinary Products Ltd, Sutton Coldfield (Det Forenede Kongerige), ved barrister M. Edenborough,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 27. april 2004 af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 560/2003-1) vedrørende en indsigelsessag mellem Vitakraft-Werke Wührmann & Sohn GmbH & Co. KG og Johnson's Veterinary Products Ltd,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Pirrung, og dommerne A.W.H. Meij og I. Pelikánová,

justitssekretær: fuldmægtig J. Plingers,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 9. juli 2004,

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 14. januar 2005,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 13. maj 2005,

og efter retsmødet den 11. januar 2006,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 21. marts 1996 indgav Vitacoat Ltd 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 ansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) om registrering af ordmærket VITACOAT som EF-varemærke.

2 De varer, som varemærkeansøgningen vedrører, henhører under klasse 3, 5 og 21 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 til følgende beskrivelse:

— klasse 3: »Shampoo, balsam, præparater til hår og hud, deodoranter; alle til dyr«

— klasse 5: »Præparater til udryddelse af mider, lus, lopper og andre parasitter; alle til dyr«

— klasse 21: »Børster og kamme til dyr«.

3 Registreringsansøgningen blev offentliggjort i *EF-varemærketidende* nr. 34/1998 den 11. maj 1998.

4 Den 25. maj 1998 rejste sagsøgeren indsigelse mod registreringen af det ansøgte varemærke på grundlag af fire varemærker, der var registreret i Tyskland (herefter »de ældre varemærker«), som bestod af ordmærket VITAKRAFT og bl.a. beskyttede følgende varer:

— registrering nr. 834 153: »Glas, porcelæn og keramik, dvs. madskåle til fugle, hunde og katte«

— registrering nr. 950 955: »Veterinærmedicinske farmaceutiske præparater til fisk samt til fugle, der holdes som kæle- og husdyr, bortset fra præparater, der udelukkende sælges på apoteker«

— registrering nr. 1 065 186: »Hygiejniske præparater og præparater til krops- og skønhedspleje til kæledyr samt shampoo til kæledyr«

— registrering nr. 39 615 031: »Vaskemidler, sæbe, præparater til krops- og skønhedspleje, hårvand, præparater til udryddelse af skadedyr, kamme og børster«.

5 Indsigelsen var bl.a. støttet på artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 og var rettet mod alle de varer, der var omhandlet i registreringsansøgningen.

6 Den 11. februar 2000 forkastede Indsigelsesafdelingen indsigelsen bl.a. med den begrundelse, at der ikke forelå fuldstændige oversættelser af registreringsbeviserne for de ældre varemærker. Efter klage fra sagsøgeren annullerede Tredje Appelkammer ved Harmoniseringskontoret den 19. juni 2001 denne afgørelse, for så vidt som den vedrørte de ældre varemærker.

7 Den 4. september 2001 meddelte Vitacoat Harmoniseringskontoret, at varemærkeansøgningen var blevet overført til selskabet Johnson's Veterinary Products Ltd, og denne overførsel blev indskrevet i *EF-varemærkeregisteret* den 29. oktober 2001.

8 Den 29. juli 2003 forkastede Indsigelsesafdelingen endnu en gang indsigelsen, denne gang som ubegrundet.

9 Den 24. september 2003 påklagede sagsøgeren Indsigelsesafdelingens afgørelse.

10 Ved afgørelse af 27. april 2004 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen. Appelkammeret fandt i det væsentlige, at de omhandlede varer delvist var af samme art og delvist af lignende art, men at de omhandlede tegn kun havde meget få lighedspunkter på det fonetiske og visuelle plan. Ifølge appelkammeret havde ordene »vita« og varemærkerne VITAKRAFT således kun en svag grad af særpræg i sig selv i forhold til de andre varer end dem, der var omfattet af den tyske registrering nr. 834 153, og de »kamme og børster«, der var omfattet af den tyske registrering nr. 39 615 031. Appelkammeret hævdede desuden, at tegnene var forskellige på det begrebsmæssige plan, eftersom ordet »Kraft« betød »kraft, styrke« på tysk og således forstærkede begrebet »vitalitet« (»Vitalität« på tysk), som bestanddelen »vita« ledte tanken hen på, hvorimod ordet »vitacoat« ikke havde nogen konkret betydning, hvis man så bort fra spørgsmålet om, hvorvidt den tyske forbruger kendte betydningen af det engelske

ord »coat«. Med hensyn til de dokumenter, der var fremlagt af sagsøgeren med henblik på at bevise, at de ældre varemærker havde en høj grad af særpræg som følge af, at de var kendte på det tyske marked, fastslog appelkammeret, at disse dokumenter ikke udgjorde tilstrækkeligt bevis for, at de ældre varemærker var velkendte (jf. præmis 24 og 25 nedenfor). Da sagsøgeren ikke havde godtgjort, at selskabets varemærker var kendte på det tyske marked, var ligheden mellem de omhandlede varemærker ifølge appelkammeret ikke tilstrækkelig til at skabe en risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

Retsforhandlinger og parternes påstande

11 Stævningen blev oprindeligt indgivet på tysk. Engelsk blev processproget i overensstemmelse med artikel 131, stk. 2, i Rettens procesreglement som følge af intervenientens indsigelser, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 11. august 2004.

12 Sagsøgeren havde vedlagt stævningen adskillige bilag, der var affattet på tysk. Den 31. januar 2005 erstattede sagsøgeren en del af disse bilag med forkortede udgaver.

13 I overensstemmelse med procesreglementets artikel 131, stk. 3, har sagsøgeren fået tilladelse til at afgive mundtlige indlæg på tysk.

14 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

15 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

16 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Harmoniseringskontoret frifindes.

— Den anfægtede afgørelse stadfæstes.

— Varemærkeansøgningen hjemvises til Harmoniseringskontoret med henblik på registrering.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale intervenientens omkostninger i forbindelse med nærværende sag, sagen for appelkammeret samt sagen for Indsigelsesafdelingen.

17 Under retsmødet har intervenienten som svar på et spørgsmål fra Retten forklaret, at selskabets anden påstand reelt har samme indhold som den første. For så vidt angår den tredje påstand har den ifølge intervenienten til formål at sikre, at Harmoniseringskontoret faktisk fremmer registreringsproceduren vedrørende det ansøgte varemærke i tilfælde af frifindelse. Med hensyn til sagens omkostninger har intervenienten erklæret, at selskabet for en sikkerheds skyld formulerede den fjerde påstand så bredt som muligt.

Retlige bemærkninger

Sagsøgerens påstand om annullation af den anfægtede afgørelse

18 Sagsøgeren har gjort et enkelt anbringende gældende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Dette anbringende omfatter i det væsentlige tre led. Sagsøgeren har med det første led gjort gældende, at varemærkerne VITAKRAFT og deres bestanddel »vita« har en høj grad af særpræg som følge af, at dette mærke er kendt på det tyske marked. Med anbringendets andet led har sagsøgeren kritiseret appelkammeret for at have foretaget en fejlagtig bedømmelse af ligheden mellem tegnene, særligt fordi appelkammeret ikke fandt, at ordet »vita« udgjorde den dominerende bestanddel heraf. Sagsøgeren har med det tredje led anført, at disse to fejl og den omstændighed, at appelkammeret så bort fra graden af lighed mellem de omhandlede varer, indebar, at appelkammeret så bort fra, at der i det foreliggende tilfælde var risiko for forveksling, hvilket i øvrigt ofte er blevet anerkendt af de tyske domstole i sager som den foreliggende.

Generelle bemærkninger

19 Det bestemmes i 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 varemærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne, som de to varemærker betegner, er af samme eller lignende art.

20 Ifølge Domstolens og Rettens faste retspraksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling med hensyn til varernes eller tjenesteydelsernes handelsmæssige oprindelse i henhold til den opfattelse, som den relevante kundekreds har af de pågældende tegn og de omhandlede varer eller tjenesteydelser. Der skal herved tages hensyn til alle de faktorer, der er kendetegnende for det foreliggende tilfælde, navnlig at ligheden mellem tegnene og ligheden mellem de pågældende varer og tjenesteydelser står i et indbyrdes afhængighedsforhold (Rettens dom af 1.2.2005, sag T-57/03, SPAG mod KHIM — Dann og Backer (HOOLIGAN), Sml. II, s. 287, præmis 51).

21 I den foreliggende sag er parterne enige om, at den tilsigtede kundekreds — idet de ældre varemærker er beskyttet i Tyskland, og idet varerne er bestemt til enhver, der er i besiddelse af et kæledyr — er sammensat af tyske gennemsnitsforbrugere, som er i besiddelse af et sådant dyr.

22 Som det følger af den anfægtede afgørelses punkt 21-23, konstaterede appelkammeret desuden, at alle de varer, der var omfattet af varemærkeansøgningen, var af samme art som en af de varer, der var beskyttet af de ældre varemærker nr. 1 065 186 og nr. 39 615 031. Endvidere medgav appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 24, at de varer, der var omfattet af det ansøgte varemærke og af varemærke nr. 834 153, var af lignende art. Sagsøgeren har ikke bestridt disse konklusioner.

23 Det er i lyset af disse betragtninger, at sagsøgerens eneste anbringende skal behandles.

Anbringendets første led vedrørende de ældre varemærkers høje grad af særpræg som følge af, at de er kendte

— Den anfægtede afgørelse

24 For appelkammeret fremlagde sagsøgeren følgende beviser til støtte for, at selskabets varemærker er kendte:

— en prisliste på varer, der er forsynet med varemærkerne VITAKRAFT, for 1994

— en markedsundersøgelse udarbejdet i 1997 vedrørende varemærkerne VITA-KRAFT

— en markedsundersøgelse udarbejdet i 1992 vedrørende varemærket VITA og den eventuelle forbindelse, som kundekredsen vil skabe mellem dette varemærke og tegnet VITAKRAFT.

25 Appelkammeret tog ikke hensyn til prislisten, fordi den hovedsageligt vedrørte andre varer end dem, som de omhandlede ældre varemærker betegner (den anfægtede afgørelses punkt 29). For så vidt angik undersøgelsen fra 1997 fandt appelkammeret, at dens bevisværdi ikke var tilstrækkelig, eftersom de adspurgte personer ikke spontant havde set forbindelsen mellem varemærkerne VITAKRAFT og de varer, som disse beskyttede, da spørgeskemaerne oplyste dem om tegnet og om de omhandlede varer (den anfægtede afgørelses punkt 30). Med hensyn til undersøgelsen fra 1992 var appelkammeret af den opfattelse, at dens bevisværdi var betydeligt reduceret, da den ikke dækkede den relevante periode. Ifølge appelkammeret måtte det, medmindre det modsatte blev bevist, antages, at vilkårene på et marked ændrede sig betydeligt på fire år. Appelkammeret tilføjede,

at undersøgelsen ikke vedrørte varemærkerne VITAKRAFT, at den kun vedrørte forbrugere, der var i besiddelse af et kæledyr, at disse forbrugere var blevet ledt hen imod varemærket VITA for de omhandlede varer og at kun 20[% af de] adspurgte havde identificeret varemærkerne VITAKRAFT (den anfægtede afgørelses punkt 31).

— Parternes argumenter

26 Hvad først angår prislisten fra 1994 har sagsøgeren understreget, at den ligeledes omfatter de varer, som de ældre varemærker betegner.

27 Hvad dernæst angår undersøgelsen fra 1997 har sagsøgeren i det væsentlige kritiseret, at appelkammeret ikke accepterede de oplysninger, som de adspurgte personer blev givet om varemærket og de omhandlede varer. Ifølge sagsøgeren er det umuligt ikke at oplyse, hvilket varemærke der er omhandlet i en undersøgelse, når forbrugerne interviewes. Sagsøgeren har under retsmødet tilføjet, at det — da ordet »vita« er en hyppigt brugt bestanddel i varemærker, der beskytter fødevarer — var nødvendigt at oplyse, hvilke varer der var omfattet af de ældre varemærker for at udelukke forveksling med varemærker inden for fødevaresektoren.

28 Hvad endelig angår undersøgelsen fra 1992 har sagsøgeren først anført, at det omhandlede marked ikke ændrer sig i løbet af en relativt kort periode på fire år, hvilket ligeledes er påvist ved undersøgelsen fra 1997. Dernæst har sagsøgeren understreget, at opinionsundersøgelsesinstituttet Allensbach, der har foretaget denne undersøgelse, er meget velrenommeret. Undersøgelsen beviser, at ordet »vita« udgør den dominerende bestanddel af varemærkerne VITAKRAFT for en repræsentativ gruppe på det omhandlede marked, og at denne kundekreds skaber en umiddelbar forbindelse mellem tilstedeværelsen af ordet »vita« i det tegn, der betegner de omhandlede varer, og sagsøgerens ældre varemærker.

29 Heroverfor har Harmoniseringskontoret indledningsvist anført, at prislisten — uanset dens indhold — ikke i sig selv kan bevise, at de ældre varemærker var kendte.

30 Med hensyn til undersøgelsen fra 1997 har Harmoniseringskontoret anført, at forbrugerne normalt ikke styrer hen imod et bestemt varemærke, men spontant beslutter, hvilken vare de ønsker at købe. Følgelig vil kun et spontant svar på, hvilket kendskab forbrugeren har til et varemærke for bestemte varer, kunne udgøre tilstrækkeligt bevis for, at det er kendt på markedet. I det foreliggende tilfælde var forbrugerne for det første direkte blev ledt hen imod varemærkerne VITAKRAFT, og for det andet var undersøgelsen særligt vag med hensyn til de omfattede varer. Under retsmødet har Harmoniseringskontoret tilføjet, at undersøgelsens bevisværdi yderligere blev svækket af, at den dækkede en senere periode end den relevante periode og følgelig kunne være blevet påvirket af reklamekampagner iværksat efter datoen for indgivelsen af varemærkeansøgnigen.

31 Hvad endelig angår undersøgelsen fra 1992 har Harmoniseringskontoret påpeget, at 70% af de adspurgte ifølge undersøgelsen ikke skabte nogen forbindelse mellem ordet »vita« og de ældre varemærker, selv om spørgsmålene blev stillet på en sådan måde, at de adspurgte forbrugere blev ledt hen imod et bestemt resultat.

32 Intervenienten er af den opfattelse, at der skal ses bort fra undersøgelsen fra 1997, da den vedrører en periode, der ligger efter det relevante tidspunkt, og da bevisværdien af undersøgelsen fra 1992 ikke er tilstrækkelig, eftersom den ikke vedrører de ældre varemærker, men tegnet VITA. Intervenienten har under retsmødet præciseret, at de spørgsmål, som blev stillet de adspurgte personer i 1992, højst ville kunne vise en vis forbindelse mellem tegnene VITA og VITAKRAFT.

— Rettens bemærkninger

33 Som det fremgår af syvende betragtning til forordning nr. 40/94 afhænger bedømmelsen af risikoen for forveksling af en lang række faktorer, herunder navnlig hvor kendt varemærket er af kundekredsen på det omhandlede marked. Da der er større risiko for forveksling, jo stærkere varemærkets særpræg er, tilkommer der de varemærker, som har et stærkt særpræg, enten i sig selv, eller fordi de er kendt af kundekredsen, en videre beskyttelse end de varemærker, hvis særpræg er mindre (jf. analogt Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 24, af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 18, og af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 20).

34 Tilstedeværelsen af et særpræg, der er stærkere end normalt, på grund af det kendskab, kundekredsen har til et varemærke på markedet, forudsætter nødvendigvis, at dette varemærke er kendt af i det mindste en betydelig del af den berørte kundekreds, uden at varemærket nødvendigvis har et renommé i henhold til artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94. Det kan ikke generelt fastslås — f.eks. ved hjælp af bestemte procentdele, der viser, i hvor høj grad kundekredsen har kendskab til varemærket i de berørte omsætningskredse — at et varemærke har en høj grad af særpræg på grund af det kendskab, kundekredsen har hertil (jf. i denne retning og analogt Domstolens dom af 4.5.1999, forenede sager C-108/97 og C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Sml. I, s. 2779, præmis 52, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 24). Det må ikke desto mindre anerkendes, at der er en vis indbyrdes afhængighed mellem det kendskab, kundekredsen har til et varemærke, og varemærkets særpræg i den forstand, at jo større kendskab den tilsigtede kundekreds har til varemærket, desto mere styrkes dette varemærkes særpræg.

35 For at vurdere, om et varemærke har en høj grad af særpræg på grund af det kendskab, kundekredsen har hertil, skal der tages hensyn til alle sagens relevante omstændigheder, således navnlig varemærkets markedsandel, intensiteten, den

geografiske udstrækning og varigheden af brugen af dette varemærke, størrelsen af de investeringer, som virksomheden har foretaget for at fremme varemærket, den andel af de relevante kundekredse, der identificerer varen eller tjenesteydelsen som hidrørende fra en bestemt virksomhed på grund af varemærket, samt erklæringer fra industri- og handelskamre eller andre faglige sammenslutninger (jf. analogt Windsurfing Chiemsee-dommen, præmis 51, Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 23, og i denne retning og analogt Domstolens dom af 14.9.1999, sag C-375/97, General Motors, Sml. I, s. 5421, præmis 26 og 27).

36 I det konkrete tilfælde har sagsøgeren fremlagt tre beviser til støtte for, at kundekredsen har kendskab til selskabets ældre varemærker, nemlig en prisliste fra 1994, en markedsundersøgelse fra 1997 og en markedsundersøgelse fra 1992 (jf. præmis 24 ovenfor).

37 Hvad først angår prislisten skal det bemærkes, at en fremlæggelse af kataloger, men uden oplysninger eller beviser med hensyn til distributionen af katalogerne til offentligheden, eller med hensyn til, hvilket omfang distributionen kan have haft, ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at godtgøre, at der er gjort brug af et varemærke (jf. i denne retning Rettens dom af 6.10.2004, sag T-356/02, Vitakraft-Werke Wührmann mod KHIM — Krafft (VITAKRAFT), Sml. II, s. 3445, præmis 34). Fremlæggelsen heraf kan i endnu mindre grad udgøre bevis for intensiteten af en sådan brug. Denne retspraksis kan overføres på en prisliste, hvis funktion kan sammenlignes med et katalogs. Det følger heraf, at sagsøgerens argument om, at appelkammeret tog fejl med hensyn til indholdet af denne prisliste, skal forkastes.

38 Hvad dernæst angår de markedsundersøgelser, der blev udarbejdet i 1992 og 1997, skal det indledningsvis bemærkes, at et ældre varemærke under alle omstændigheder skal være kendt af kundekredsen på datoen for indgivelsen af varemærkeansøgningen, eller i givet fald på den prioritetsdato, der er påberåbt til støtte for ansøgningen, for at det kan tillægges en højere grad af særpræg på grund af det kendskab, som kundekredsen eventuelt har hertil (jf. i denne retning Rettens dom af

13.12.2004, sag T-8/03, El Corte Inglés mod KHIM — Pucci (EMILIO PUCCI), Sml. II, s. 4297, præmis 71-73; appellen vedrører ikke disse præmisser). Det kan imidlertid ikke på forhånd udelukkes, at en undersøgelse, der er udarbejdet en vis tid før eller efter denne dato, kan indeholde nyttige oplysninger, idet det bemærkes, at undersøgelsens bevisværdi kan variere i forhold til hvor langt et tidsrum, der er forløbet mellem den periode, undersøgelsen dækker, og indleverings- eller prioritetsdatoen for den omhandlede varemærkeansøgning. Desuden afhænger undersøgelsens bevisværdi af den undersøgelsesmetode, der er anvendt.

39 Som appelkammeret med rette anførte, er bevisværdien af undersøgelsen fra 1997 i det foreliggende tilfælde svækket som følge af, at de adspurgte ikke svarede spontant, eftersom de anvendte spørgeskemaer oplyste dem om det omhandlede tegn og varerne. Sagsøgerens argument om dels, at den omhandlede præcisering af varer var nødvendig for at undgå, at kundekredsen angav varemærker for fødevarer, dels, at en opinionsundersøgelse, der ikke angav, hvilket varemærke der var omhandlet, kun førte til brugbare resultater, når der var tale om meget velkendte varemærker (»berühmte Marken«) (jf. præmis 27 ovenfor), ændrer ikke noget ved denne konstatering. Det ville således have været muligt at oplyse de adspurgte om de omhandlede varer uden at nævne varemærkerne VITAKRAFT eller at vise dem en liste med forskellige varemærker, herunder bl.a. det omhandlede ældre tegn.

40 Under disse omstændigheder begik appelkammeret ikke en retlig fejl ved at fastslå, at undersøgelsen fra 1997 ikke i sig selv var tilstrækkelig til at bevise, hvilket kendskab kundekredsen havde til varemærkerne VITAKRAFT. Det er derfor ufornødent, at Retten tager stilling til Harmoniseringskontorets og intervenientens supplerende argument om, at undersøgelsens bevisværdi ligeledes er svækket af, at den dækker en periode, der ligger efter det relevante tidspunkt.

41 Med hensyn til undersøgelsen fra 1992 kan den ikke uden videre forkastes alene med den begrundelse, at den hovedsageligt vedrører varemærket VITA og ikke

varemærkerne VITAKRAFT, idet sagsøgeren søger at bevise, at ordet »vita« er den dominerende bestanddel af de ældre varemærker i den forstand, at den tilsigtede kundekreds — på grund af dens kendskab til de to tegn — vil skabe en umiddelbar forbindelse mellem ordet »vita« og varemærkerne VITAKRAFT, og idet et af spørgsmålene i undersøgelsen netop vedrører denne eventuelle forbindelse.

42 Som appelkammeret med rette konstaterede, formindskes bevisværdien af undersøgelsen fra 1992 imidlertid af, at den blev foretaget næsten fire år før datoen for indgivelsen af den omhandlede varemærkeansøgning. Det skal i lighed med appelkammeret desuden bemærkes, at den procentdel af personer, der skabte en direkte forbindelse mellem ordet »vita« og de ældre varemærker, ikke er tilstrækkelig stor til at bevise, at de ældre varemærker eller deres bestanddel »vita« har en høj grad af særpræg på grund af det kendskab, som kundekredsen har hertil. Det spørgsmål, undersøgeren stillede forbrugerne, førte dem nemlig til at skabe en økonomisk forbindelse mellem varemærkerne VITAKRAFT og ethvert tegn, der indeholdt ordet »vita«, ved at den adspurgte forbruger ikke kunne komme i tanke om, hvorvidt der eventuelt var andre bestanddele ved siden af ordet »vita«. Selv under disse omstændigheder antog kun 33% af de adspurgte personer, som var i besiddelse af et kæledyr, at alle de tegn, der indeholdt bestanddelen »vita«, hidrørte fra den samme virksomhed. Kun 25% af de adspurgte personer, som var i besiddelse af et kæledyr, så forbindelsen mellem ordet »vita« og et varemærke eller en virksomhed benævnt VITAKRAFT.

43 Det var desuden med rette, at appelkammeret anførte, at forbrugerne var blevet oplyst om de omhandlede varer (plejeprodukter til dyr) og om de omhandlede varemærker (VITA og VITAKRAFT). I betragtning af, at de spørgsmål, forbrugerne blev stillet, var egnede til at lede dem hen imod et temmelig gunstigt svar for sagsøgeren, konkluderede appelkammeret med føje, at undersøgelsen fra 1992 ikke var tilstrækkelig til at bevise, at de ældre varemærker var kendte, og derfor heller ikke, at varemærkerne eller deres bestanddel »vita« havde en høj grad af særpræg

44 Af disse grunde og da sagsøgeren ikke i tilstrækkeligt omfang har bevist, at de ældre varemærker har en høj grad af særpræg på grund af det kendskab, som kundekredsen har hertil, skal anbringendets første led forkastes som ugrundet.

Anbringendets andet led vedrørende en fejlagtig bedømmelse af ligheden mellem de omhandlede tegn

— Parternes argumenter

45 Med hensyn til sammenligningen af de omhandlede tegn har sagsøgeren indledningsvis bestridt, at bestanddelen »vita« i sig selv har et begrænset særpræg, selv hvis det antages, at appelkammeret med rette fandt, at den tilsigtede kundekreds forbinder dette ord med de tyske ord »vital« (vital) og »Vitalität« (vitalitet). Selv om dette latinske ord, der betyder »liv«, af og til bruges af et mindretal af personer med god almenviden til at tale om »et menneskes liv« (»Lebenslauf« på tysk), kender størstedelen af de tyske forbrugere ikke denne betydning. Sagsøgeren har gjort gældende, at de tyske ord »vital« og »Vitalität«, i modsætning til hvad appelkammeret fastslog, ikke er beskrivende for de varer, der er omfattet af de ældre varemærker. Sagsøgeren har desuden påpeget, at Harmoniseringskontoret allerede har anerkendt, at ordet »vita« har særpræg, ved den 15. juli 2002 at offentliggøre ansøgningen om EF-ordmærket VITA, der omfattede tilsvarende varer som dem, der betegnes af de ældre varemærker.

46 På grund af kundekredsens kendskab til de ældre varemærker udgør ordet »vita« ifølge sagsøgeren disse varemærkers dominerende bestanddel.

47 Uafhængigt heraf har sagsøgeren anfægtet appelkammerets bedømmelse af ligheden mellem tegnene på det visuelle, begrebsmæssige og fonetiske plan.

48 Hvad for det første angår den visuelle lighed har sagsøgeren indledningsvis understreget, at forbrugeren ikke vil foretage en filologisk undersøgelse af varemærket. Da forbrugerens opmærksomhedsgrad er relativt lav ved udvælgelsen af de omhandlede varer, vil identiteten mellem den første bestanddel af tegnene VITAKRAFT og VITACOAT samt identiteten mellem bogstaverne »a« og »t« i tegnenes anden bestanddel tværtimod kunne føre til, at den pågældende forveksler de omhandlede tegn. I retsmødet har sagsøgeren fremhævet det forhold, at forbrugeren lægger mere mærke til begyndelsen af et tegn end til dets slutning.

49 Hvad for det andet angår den begrebsmæssige lighed begik appelkammeret ifølge sagsøgeren en fejl ved at finde, at forbrugeren ikke vil se nogen forbindelse mellem det engelske ord »coat« og hentydningen til de tyske ord »vital« og »Vitalität«, uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt forbrugeren kender betydningen af det engelske ord. Sagsøgeren har anført, at mange tyske forbrugere ved, at ordet »coat« betyder »Fell« (pels) på tysk, således at de vil opfange det ansøgte tegns beskrivende karakter. Desuden vil den tilsigtede kundekreds' forståelse af ordet »coat« ikke føre til, at der er begrebsmæssig forskel, men vil derimod fremhæve den begrebsmæssige lighed mellem de omtvistede varemærker.

50 Sagsøgeren har under retsmødet tilføjet, at det følger af Rettens praksis (dom af 14.10.2003, sag T-292/01, Phillips-Van Heusen mod KHIM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), Sml. II, s. 4335, præmis 54, af 22.6.2004, sag T-185/02, Ruiz-Picasso m.fl. mod KHIM — DaimlerChrysler (PICARO), Sml. II, s. 1739, præmis 56, og af 27.10.2005, sag T-336/03, Éditions Albert René mod KHIM — Orange (MOBILIX), Sml. II, s. 4667, præmis 80, under appel), at en begrebsmæssig

forskel, der i vidt omfang kunne opveje de visuelle og fonetiske ligheder mellem de omhandlede tegn, kun var til stede, hvis tegnet som helhed havde en klar og bestemt betydning. Efter sagsøgerens opfattelse er dette ikke tilfældet i den foreliggende sag, eftersom ordene »vitakraft« og »vitacoat« hverken på tysk eller engelsk har nogen konkret betydning.

51 Hvad for det tredje angår den fonetiske lighed har sagsøgeren på den ene side gjort gældende, at den ikke kan opvejes af tegnenes påståede begrebsmæssige forskel, der ikke foreligger i det konkrete tilfælde. På den anden side udgør appelkammerets konstatering af, at tilstedeværelsen af bogstaverne »r« og »f« i de ældre varemærker udelukker, at der er fonetisk lighed, en tilsidesættelse af princippet om, at risikoen for forveksling skal bedømmes i forhold til lighederne mellem tegnene og ikke deres forskelle.

52 Harmoniseringskontoret og intervenienten har bestridt sagsøgerens argumenter.

— Rettens bemærkninger

53 Det fremgår af fast retspraksis, at helhedsvurderingen af risikoen for forveksling for så vidt angår de omtvistede tegns visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige lighed skal være baseret på helhedsindtrykket af tegnene, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller er dominerende (jf. BASS-dommen, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

54 Hvad først angår ordet »vita«'s grad af særpræg vil den berørte kundekreds, der er sammensat af tyske gennemsnitsforbrugere, som er i besiddelse af et kæledyr, forstå

ordet »vita« — der ikke som sådan findes på tysk — som en henvisning til ord som »vital« (vital) og »Vitalität« (vitalitet). Selv om et ord med latinsk oprindelse er mindre bekendt for en tysksproget forbruger end for en spansk forbruger, leder ordet »vita« generelt set tanken hen på en positiv kvalitet, der kan tilskrives en lang række forskellige varer eller tjenesteydelser. Ordet »vita« er således et præfiks, der giver det efterfølgende ord, dvs. det tyske ord »Kraft« (kraft, styrke), en konnotation af »vitalitet«. Følgelig vil kundekredsen ikke i det foreliggende tilfælde opfatte det som den bestanddel af det ældre tegn, der har særpræg eller er dominerende. Sagsøgernes argument om, at ordet »vita« har en høj grad af særpræg i sig selv, må derfor forkastes. Desuden har ordet »vita«, som det følger af præmis 33-44 ovenfor, heller ikke nogen særlig grad af særpræg på grund af det kendskab, som kundekredsen har til de ældre varemærker, eller på grund af en eventuel økonomisk forbindelse, som den tilsigtede kundekreds vil skabe mellem indehaveren af disse varemærker og varemærkerne VITA.

55 Den omstændighed, at ansøgningen om EF-ordmærket VITA for tilsvarende varer som dem, der er omfattet af de ældre varemærker, er blevet offentliggjort af Harmoniseringskontoret, rejser ikke tvivl om denne bedømmelse. Der er således ikke tale om en vurdering af, hvorvidt dette tegn »mangler fornødent særpræg« eller er »rent beskrivende«, således at det er omfattet af en registreringshindring i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b) eller c), i forordning nr. 40/94. Der er alene tale om at afgøre, om ordet »vita« udgør den dominerende bestanddel af de ældre varemærker.

56 Hvad dernæst angår den visuelle lighed skal det bemærkes, at de omhandlede tegn er sammensat af på den ene side bestanddelen »vita« og på den anden side af bestanddelen »kraft« eller »coat«. Tegnenes første bestanddel (»vita«) samt det sidste bogstav (»t«) og et bogstav i midten af deres anden bestanddel (»a«) er således fælles for dem. Desuden har de næsten samme længde. På trods af disse lighedspunkter skaber forskellen mellem ordenes anden bestanddel, dvs. bestanddelene »kraft« og »coat«, et forskelligt helhedsindtryk. Følgelig fastslog appelkammeret med rette, at forskellene var større end lighederne i det samlede visuelle indtryk.

57 Om det fonetiske plan bemærkes, at ordet »vitakraft« kan opdeles i tre stavelser (»vi«, »ta« og »kraft«) med vokalrækkefølgen »i - a - a« og en vis fonetisk styrke i konsonanterne »r« og »f«, idet konsonanterne »k« og »t« er ustemte og korte. Hovedtrykket er på den første stavelse med et mere let tryk på den sidste. Hvad derimod angår det ansøgte tegn bemærkes, at engelske ord er tilstrækkeligt udbredte i reklamer i Tyskland til, at mange forbrugere i det mindste må antages at kende de engelske udtaleregler. De vil således udtale ordet »coat« i én lyd, meget tæt på »co: t«. Eftersom ordet »vita« ligner de tyske ord »vital« og »Vitalität«, vil forbrugerne derimod ikke erstatte den tyske udtale af dette ord (»vi:ta«) med den engelske udtale (»vaita«). Det ansøgte varemærke har derfor tre stavelser med vokalrækkefølgen »i - a - o« og i dets anden bestanddel kun konsonanterne »c« og »t«, og trykket ligger på den første stavelse. Som følge af forskellen i udtalen af den tredje stavelse i ordet »vitakraft« og ordet »vitacoat«, må det i lighed med appelkammeret konkluderes, at de fonetiske forskelle er betydelige.

58 Hvad endelig angår det begrebsmæssige plan fastslog appelkammeret med rette, at sammenstillingen i de ældre varemærker af ordet »vita«, der er knyttet til begrebet vitalitet, og ordet »kraft«, som betyder »kraft, styrke« på tysk, vil få forbrugerne til at forbinde ordet »vitakraft« med kompetencen til at styrke eller genoprette sundheden og vitaliteten, selv om ordet ikke som sådan findes på tysk. For så vidt angår det ansøgte varemærke har ordet »coat« ikke nogen betydning på tysk. Det er lidet sandsynligt, at forbrugerne vil forstå det engelske ord »coat«. De ved højst, at dette ord betyder »frakke« på engelsk. Selv om de kender alle ordets betydninger, forholder det sig ikke desto mindre således, at disse betydninger under alle omstændigheder klart adskiller sig fra betydningen af ordet »Kraft«. Desuden vil den omstændighed, at forbrugerne eventuelt forstår betydningen af ordet »coat«, ikke få dem til at opfatte ordet »vita« som den dominerende bestanddel i det ansøgte varemærke lige så lidt som den dominerende bestanddel i de ældre varemærker. Det begrebsmæssige helhedsindtryk vil være et samlet indtryk, hvor præfikset »vita« giver det efterfølgende ord »coat« en vis konnotation, der er knyttet til en forestilling om »vitalitet«, idet de to ord således udgør en enhed, uden at det ene af de to kan anses for dominerende i forhold til det andet.

59 Følgelig må det konstateres, at der er en svag grad af visuel lighed, som hovedsageligt skyldes, at de to tegns fire første bogstaver er identiske, men som formindskes betydeligt på grund af forskellen mellem de omhandlede tegns anden bestanddel, dvs. ordene »kraft« og »coat«.

60 Desuden er der en svag grad af fonetisk lighed, som skyldes, at de to indledende stavelser (»vi - ta«) er identiske, men som formindskes betydeligt ved den fonetiske forskel mellem ordet »kraft« (kendetegnet ved tilstedeværelsen af vokalen »a« og konsonanterne »r« og »f«) og »coat« (kendetegnet ved tilstedeværelsen af vokalen »o«).

61 Endelig kan der konstateres en udpræget begrebsmæssig forskel mellem tegnene, eftersom ordet »Kraft« har en præcis og umiddelbar betydning, der kan opfattes af de tyske forbrugere, mens ordet »coat« ikke vil have nogen betydning for dem eller højst vil blive genkendt som et engelsk ord med en anden betydning. En sådan begrebsmæssig forskel kan i vidt omfang opveje de svage visuelle og fonetiske ligheder mellem de omhandlede tegn (jf. i denne retning BASS-dommen, præmis 54). Tilstedeværelsen af præfikset »vita« i de omtvistede tegn er ikke egnet til at rejse tvivl om denne vurdering, da det vil blive opfattet som et præfiks, således at helhedsindtrykket af tegnene på det begrebsmæssige plan i vidt omfang bestemmes af tegnenes anden bestanddel.

62 I betragtning af den begrebsmæssige forskel mellem de omhandlede tegn og de visuelle og fonetiske forskelle skal appelkammerets konklusion om, at tegnene kun har en meget svag grad af lighed, da den begrebsmæssige forskel i vidt omfang kan opveje de fonetiske og visuelle lighedspunkter, tiltrædes.

Anbringendets tredje led vedrørende risikoen for forveksling

— Parternes argumenter

63 Appelkammerets helhedsvurdering af risikoen for forveksling er ifølge sagsøgeren behæftet med følgende fejl.

64 For det første tog appelkammeret ikke hensyn til, at de ældre varemærker havde en høj grad af særpræg som følge af, at de var kendte på markedet. For det andet undervurderede appelkammeret graden af lighed mellem de omtvistede tegn. For det tredje lagde appelkammeret ikke tilstrækkeligt vægt på, at de varer, der er omfattet af de omhandlede varemærker, er af samme art.

65 Endelig har sagsøgeren hævdet, at de tyske domstole i tilsvarende sager ofte har anerkendt, at der var risiko for forveksling, hvilket fremgår af de domstolsafgørelser, der er vedlagt stævningen.

66 Harmoniseringskontoret og intervenienten har bestridt disse argumenter. Desuden har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at afgørelserne fra de tyske domstole ikke kan antages til realitetsbehandling, da disse dokumenter ikke blev fremlagt under sagen for Harmoniseringskontoret.

— Rettens bemærkninger

67 Indledningsvis bemærkes, at appelkammeret — som det følger af præmis 44 og 62 ovenfor — ikke kan anses for at have begået en retlig fejl ved at anføre dels, at de ældre varemærker ikke havde en høj grad af særpræg på grund af det kendskab, som kundekredsen havde hertil, dels, at de omhandlede tegn kun lignede hinanden meget svagt.

68 Dernæst bemærkes, at appelkammeret tog hensyn til, at størstedelen af de varer, som de omhandlede varemærker betegner, er af samme art. Appelkammeret fandt imidlertid, at tegnene frembød tilstrækkeligt mange forskelle, navnlig på det begrebsmæssige plan, til at udelukke, at der selv i forhold til varer af samme art var risiko for forveksling. Retten må tiltræde denne konklusion, også selv om det tages i betragtning, at der udvises en lav grad af opmærksomhed ved valget af de omhandlede varer.

69 Hvad endelig angår den af sagsøgeren nævnte tyske retspraksis, må det for det første konstateres, at dommene afsagt af de tyske domstole er blevet påberåbt for første gang for Retten.

70 Ifølge fast retspraksis er formålet med en sag, der er indbragt for Retten, at få efterprøvet lovligheden af afgørelser fra appelkamrene i henhold til artikel 63 i forordning nr. 40/94. De faktiske omstændigheder, der er påberåbt for Retten, og som ikke tidligere er blevet gjort gældende ved Harmoniseringskontorets instanser, kan kun påvirke lovligheden af en sådan afgørelse, såfremt Harmoniseringskontoret ex officio burde have taget disse omstændigheder i betragtning. I den forbindelse fremgår det af artikel 74, stk. 1 in fine, i forordning nr. 40/94, at Harmoniseringskontoret i sager vedrørende relative registreringshindringer begrænser sig til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger, og Harmoniseringskontoret er ikke forpligtet til ex

officio at tage hensyn til kendsgerninger, som ikke er fremført af parterne. Følgelig kan sådanne kendsgerninger ikke påvirke lovligheden af appelkammerets afgørelse (Rettens dom af 13.7.2004, sag T-115/03, Samar mod KHIM — Grotto (GAS STATION), Sml. II, s. 2939, præmis 13).

71 Det skal imidlertid præciseres, at hverken parterne eller Retten af den grund kan forhindres i ved fortolkningen af fællesskabsretten at lade sig inspirere af elementer fra fællesskabsretlig, national eller international retspraksis. En sådan mulighed for at henvise til nationale domme er ikke omhandlet i den retspraksis, der er nævnt i præmis 70 ovenfor, da der ikke er tale om, at appelkammeret kritiseres for ikke at have taget hensyn til de faktiske omstændigheder i en bestemt national dom, men om, at appelkammeret kritiseres for at have tilsidesat en bestemmelse i forordning nr. 40/94, i hvilken forbindelse der henvises til retspraksis til støtte for dette anbringende.

72 I det foreliggende tilfælde må det imidlertid konstateres, at de afgørelser truffet af de tyske domstole, som sagsøgeren har påberåbt sig, ikke er egnede til at omstøde den anfægtede afgørelse. For det første kan de — af de grunde, der er nævnt i præmis 70 ovenfor — hverken rejse tvivl om appelkammerets konstateringer om de faktiske forhold eller bevise, hvor kendte de ældre varemærker var af kundekredsen på markedet, eller at den tyske forbruger vil se en forbindelse mellem ordet »vita« og sagsøgerens varemærker. For det andet har sagsøgeren ikke påberåbt sig noget bestemt retligt argument i disse afgørelser, som det er muligt at lade sig inspirere af under de betingelser, der er nævnt i præmis 71 ovenfor.

73 Det følger af ovenstående, at appelkammeret ikke begik en fejl ved helhedsvurderingen af risikoen for forveksling. Følgelig er anbringendets tredje led ugrundet. Det følger heraf, at sagsøgerens eneste anbringende skal forkastes, og Harmoniseringskontoret må derfor frifindes.

Intervenientens påstand vedrørende registrering af det ansøgte varemærke

74 For så vidt angår intervenientens tredje påstand skal det bemærkes, at Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 63, stk. 6, i forordning nr. 40/94 skal træffe de foranstaltninger, der er nødvendige til opfyldelse af dommen. Det tilkommer derfor ikke Retten at give Harmoniseringskontoret pålæg. Det påhviler således sidstnævnte at drage konsekvenserne af nærværende doms konklusion og præmisser (Rettens dom af 8.7.1999, sag T-163/98, Procter & Gamble mod KHIM (BABY-DRY), Sml. II, s. 2383, præmis 53, af 31.1.2001, sag T-331/99, Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld mod KHIM (Giroform), Sml. II, s. 433, præmis 33, af 27.2.2002, sag T-34/00, Eurocool Logistik mod KHIM (EUROCOOL), Sml. II, s. 683, præmis 12, og af 23.10.2002, sag T-388/00, Institut für Lernsysteme mod KHIM — Educational Services (ELS), Sml. II, s. 4301, præmis 19).

75 For så vidt som intervenienten ønsker at opnå, at Harmoniseringskontoret fremmer registreringsproceduren, er dette i sidste ende en foranstaltning, der er nødvendig til opfyldelse af dommen, og påstanden har reelt samme indhold som den første påstand om frifindelse af Harmoniseringskontoret. Såfremt intervenienten desuden søger at anmode Retten om at pålægge Harmoniseringskontoret at foretage registrering af det ansøgte varemærke, vil påstanden skulle afvises i overensstemmelse med den faste retspraksis, der er nævnt i foregående præmis.

Sagens omkostninger

76 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. I henhold til procesreglementets artikel 136, stk. 2, betragtes udgifter afholdt af parterne i

forbindelse med sagen for appelkammeret som omkostninger, der kan kræves erstattet. Sidstnævnte bestemmelse vedrører imidlertid den situation, at appelkammerets afgørelse, herunder afgørelsen vedrørende sagens omkostninger, annulleres. Når den anfægtede afgørelse ikke annulleres — heller ikke delvist — er Harmoniseringskontorets afgørelse om sagens omkostninger fortsat gyldig med forbehold for en eventuel appel.

77 Det følger heraf, at intervenientens påstand om, at sagsøgeren tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med sagen for Indsigelsesafdelingen og sagen for appelkammeret, ikke kan tages til følge. Med hensyn til omkostningerne i forbindelse med sagen for Retten har sagsøgeren tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets og intervenientens 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 bærer sine egne omkostninger og betaler Harmoniseringskontorets omkostninger samt intervenientens omkostninger i forbindelse med sagen for Retten.**

Pirrung Meij Pelikánová

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 12. juli 2006.

E. Coulon J. Pirrung

Justitssekretær Afdelingsformand