Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Femte Afdeling)

23. februar 2022 *

»EU-varemærker – indsigelsessag – EU-ordmærket CODE-X – det ældre nationale ord- og figurmærke Cody's – det ældre internationale figurmærke Cody's – relativ registreringshindring – ingen risiko for forveksling – artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning (EU) 2017/1001«

I sag T-198/21,

Ancor Group GmbH, Igersheim (Tyskland), ved advokaterne J. Wachsmuth og W. Berlit,

sagsøger,

mod

Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) ved M. Eberl og E. Markakis, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret ved EUIPO og intervenient ved Retten

Cody's Drinks International GmbH, Bremen (Tyskland),

angående et søgsmål anlagt til prøvelse af afgørelse truffet den 4. februar 2021 af Femte Appelkammer ved EUIPO (sag R 208/2020-5) vedrørende en indsigelsessag mellem Cody's Drinks International og Ancor Group,

har

RETTEN (Femte Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, D. Spielmann, og dommerne U. Öberg (refererende dommer) og M. Brkan,

justitssekretær: E. Coulon,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 12. april 2021,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 15. juni 2021,

* Processprog: tysk.

under henvisning til, at ingen af parterne har anmodet om afholdelse af retsmøde inden for fristen på tre uger efter, at det er forkyndt, at retsforhandlingernes skriftlige del er afsluttet, og at Retten i henhold til artikel 106, stk. 3, i Rettens procesreglement har besluttet at træffe afgørelse, uden at retsforhandlingerne omfatter en mundtlig del,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Den 30. april 2018 indgav sagsøgeren, Ancor Group GmbH, en ansøgning om registrering af et EU-varemærke til Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2017/1001 af 14. juni 2017 om EU-varemærker (EUT 2017, L 154, s. 1).

2 Det varemærke, der blev søgt registreret, er ordtegnet CODE-X.

3 De varer, som varemærkeansøgningen vedrørte, henhører under klasse 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 til følgende beskrivelse: »softdrinks; ikke-alkoholholdige drikke; vitaminberigede ikke-alkoholholdige drikke; essencer til fremstilling af ikke-alkoholiske drikke, dog ikke essentielle olier; energidrikke; energidrikke indeholdende koffein«

4 Den 28. august 2018 rejste Cody's Drinks International GmbH indsigelse mod registrering af det ansøgte varemærke for de i denne doms præmis 3 nævnte varer.

5 Indsigelsen var støttet på følgende ældre varemærker:

– det tyske ordmærke Cody's, der blev ansøgt registreret den 4. februar 2013 og registreret den 7. marts 2013 under nr. 302013015320 for varer, der henhører under klasse 32, og som svarer til følgende beskrivelse: »øl; mineralvande og kulsyreholdige vande samt andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke«

– det nedenfor gengivne tyske figurmærke, der blev ansøgt registreret den 10. marts 2016 og registreret den 12. april 2016 for varer, der henhører under klasse 32, og som svarer til følgende beskrivelse: »øl; mineralvande; kulsyreholdige vande; ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke; frugtsaft; saft til fremstilling af drikke; præparater til fremstilling af drikke«



– den internationale registrering, hvor Den Europæiske Union er designeret, af ovennævnte figurmærke, som blev opnået den 11. marts 2016, og som bærer nr. 1300293, for de varer, der er omhandlet i denne doms præmis 5, første led, og som er omfattet af klasse 32.

6 Den registreringshindring, der blev påberåbt til støtte for indsigelsen, var den, der er omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001, vedrørende risikoen for forveksling i bevidstheden hos den relevante kundekreds.

7 Den 28. november 2019 forkastede indsigelsesafdelingen indsigelsen i sin helhed med den begrundelse, at der ikke var risiko for forveksling.

8 Den 27. januar 2020 indgav Cody's Drinks International en klage til EUIPO i henhold til artikel 66-71 i forordning 2017/1001 til prøvelse af indsigelsesafdelingens afgørelse.

9 Ved afgørelse af 4. februar 2021 (herefter »den anfægtede afgørelse«) tog Femte Appelkammer ved EUIPO klagen til følge og annullerede indsigelsesafdelingens afgørelse. Appelkammeret fandt indledningsvis, efter at have anført, at det undersøgte klagen for så vidt angik det ældre ordmærke, at den relevante kundekreds bestod af den tyske offentlighed som sådan, som udviste et opmærksomhedsniveau, der gik fra under gennemsnittet til normalt, og at de omhandlede varer var af samme eller i høj grad lignende art. Dernæst fastslog appelkammeret, at de omtvistede tegn, som havde et normalt særpræg, havde en grad af lighed over gennemsnittet på det visuelle plan og en høj grad af lighed på det fonetiske plan, således at tegnene, selv om de var forskellige på det begrebsmæssige plan, som helhed lignede hinanden meget. Endelig fandt appelkammeret, at forskellene mellem de nævnte tegn ikke var tilstrækkelige til at adskille dem, og at der ikke var grund til at overveje en opvejning af de visuelle og fonetiske ligheder på baggrund af den begrebsmæssige forskel. Appelkammeret konkluderede derfor, at der var risiko for forveksling i bevidstheden hos den relevante kundekreds, og udvidede sin konklusion til at omfatte det ældre figurmærke og den internationale registrering, hvor Den Europæiske Union er designeret, af det nævnte figurmærke.

Parternes påstande

10 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

– Den anfægtede afgørelse annulleres.

– Indsigelsesafdelingens afgørelse, hvorved indsigelsen blev forkastet, stadfæstes.

– EUIPO tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

11 EUIPO har nedlagt følgende påstande:

– Frifindelse.

– Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

Retlige bemærkninger

12 Til støtte for søgsmålet har sagsøgeren fremsat et enkelt anbringende om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001, for så vidt som appelkammeret fejlagtigt konkluderede, at der for så vidt angår det ansøgte varemærke og det ældre ordmærke samt de ældre figurmærker forelå en risiko for forveksling i bevidstheden hos den relevante kundekreds.

Påstanden om annullation af den anfægtede afgørelse

13 Det følger af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001, 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 er af samme eller lignende art. Risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke.

14 Risikoen for, at det i kundekredsen kan antages, at de pågældende varer eller tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller fra økonomisk forbundne virksomheder, udgør en risiko for forveksling. Alt efter den opfattelse, som den relevante kundekreds har af de pågældende varer eller tjenesteydelser, skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde. 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 (jf. i denne retning dom af 9.7.2003, Laboratorios RTB mod KHIM – Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), T-162/01, EU:T:2003:199, præmis 30-33 og den deri nævnte retspraksis).

Den relevante kundekreds og de pågældende varer

15 I forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling skal der tages hensyn til gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer, som er almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Der må også tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau kan variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om (jf. dom af 13.2.2007, Mundipharma mod KHIM – Altana Pharma (RESPICUR), T-256/04, EU:T:2007:46, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

16 I den foreliggende sag fandt appelkammeret, at den relevante kundekreds for de pågældende varer var den tyske offentlighed som sådan, hvis opmærksomhedsniveau gik fra under gennemsnittet til normalt, og at de omhandlede varer skulle anses for at være af samme eller i høj grad lignende art.

17 Indledningsvis konstaterer Retten, at parterne hverken har bestridt appelkammerets vurderinger i den anfægtede afgørelses punkt 21, hvorefter den relevante kundekreds udgøres af den tyske offentlighed som sådan, eller at de omhandlede varer er af samme eller i høj grad lignende art.

18 Sagsøgeren har derimod i det væsentlige bestridt opmærksomhedsniveauet hos den relevante kundekreds og gjort gældende, at denne udviser et gennemsnitligt eller normalt opmærksomhedsniveau.

19 EUIPO har gjort gældende, at appelkammeret under alle omstændigheder tog hensyn til opmærksomhedsniveau, der højst er gennemsnitligt.

20 Retten bemærker, at de pågældende varer ifølge fast retspraksis er normale forbrugsvarer, der henvender sig til den brede offentlighed, som udviser et almindeligt opmærksomhedsniveau (jf. i denne retning dom af 24.2.2016, Coca-Cola mod KHIM (Formen på en flaske med konturer uden riller), T-411/14, EU:T:2016:94, præmis 41, af 16.3.2017, Sociedad agraria de transformación nº 9982 Montecitrus mod EUIPO – Spanish Oranges (MOUNTAIN CITRUS SPAIN), T-495/15,

ikke trykt i Sml., EU:T:2017:173, præmis 27, og af 26.6.2018, Staropilsen mod EUIPO – Pivovary Staropramen (STAROPILSEN; STAROPLZEN), T-556/17, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:382, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

21 Den retspraksis, som appelkammeret henviste til i den anfægtede afgørelses punkt 20, rejser ikke tvivl om denne konklusion, idet Retten i hver af disse sager konkluderede, at den relevante kundekreds udviste et gennemsnitligt eller normalt opmærksomhedsniveau.

22 Det er derfor med urette, at appelkammeret ligeledes tog hensyn til en relevant kundekreds med et opmærksomhedsniveau under gennemsnittet, idet opmærksomhedsniveauet er gennemsnitligt, da det hverken er særlig lavt eller særlig højt.

Sammenligningen af tegnene

23 Helhedsvurderingen af risikoen for forveksling for så vidt angår den visuelle, lydlige og begrebsmæssige lighed af de omhandlede varemærker skal være støttet på det helhedsindtryk, disse giver, idet der navnlig skal tages hensyn til deres særprægede og dominerende bestanddele. Den opfattelse, som gennemsnitsforbrugeren har af de pågældende varer og tjenesteydelser, spiller en afgørende rolle i helhedsvurderingen af den nævnte risiko. Gennemsnitsforbrugeren opfatter normalt et varemærke som en helhed og foretager ikke en undersøgelse af dets forskellige detaljer (jf. dom af 12.6.2007, KHIM mod Shaker, C-334/05 P, EU:C:2007:333, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).

24 Selv om gennemsnitsforbrugeren normalt opfatter et varemærke som en helhed og ikke undersøger de forskellige detaljer, er det ikke desto mindre sådan, at han i sin opfattelse af et ordmærke skiller det ad i ordbestanddele, som for ham har en konkret betydning eller minder om ord, han kender (jf. dom af 13.2.2007, RESPICUR, T-256/04, EU:T:2007:46, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis).

25 Det er i lyset af disse principper, at det, henset til parternes argumenter, skal undersøges, om ligheden mellem de omtvistede tegn er blevet vurderet korrekt i den anfægtede afgørelse.

26 I den foreliggende sag er det ansøgte varemærke et ordmærke bestående af bestanddelene »code« og »x«, der er bundet sammen af en bindestreg, og det ældre ordmærke består af bestanddelene »cody« og »s«, der er adskilt af en apostrof.

– *Den visuelle lighed*

27 Appelkammeret fandt, at de nævnte tegn på grund af den første del »cod«, der er fælles for de omtvistede tegn, og slutkonsonanterne »x« og »s«, der er bundet sammen med tegnenes første bestanddel med henholdsvis en bindestreg og en apostrof, skulle anses for at have en grad af lighed, der er over gennemsnittet på det visuelle plan. Det tilføjede, at tegnene har samme længde.

28 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at appelkammeret tillagde den første del af de omtvistede tegn uforholdsmæssig stor betydning, og at det er irrelevant, at de består af et identisk antal bogstaver. Selv om der er sammenfald mellem tre ud af seks bogstaver, adskiller tegnene sig imidlertid ved bogstavet »e« for det ansøgte varemærke og bogstavet »y« for det ældre ordmærke samt ved slutkonsonanterne »x« og »s«, der er hæftet på med henholdsvis en bindestreg og en apostrof, idet disse forskelle er mere fremtrædende i korte tegn. Sagsøgeren har

desuden gjort gældende, at det ældre ordmærke består af et enkelt ord, mens det ansøgte varemærke indeholder to ord. De omtvistede tegn som helhed ligner derfor ikke hinanden på det visuelle plan.

29 EUIPO har bestridt sagsøgerens argumenter.

30 Retten bemærker indledningsvis, at selv om det allerede er fastslået, at den første del af varemærket normalt har større indflydelse på det visuelle plan end varemærkets sidste del, således at forbrugeren almindeligvis lægger mere mærke til begyndelsen af et varemærke end til dets slutning, gør denne betragtning sig ikke gældende i alle tilfælde (jf. dom af 20.9.2018, Kwizda Holding mod EUIPO – Dermapharm (UROAKUT), T-266/17, EU:T:2018:569, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis).

31 Det fremgår desuden af retspraksis, at jo kortere et tegn er, jo lettere vil kundekredsen kunne opfatte dets enkelte forskellige bestanddele. Når der er tale om korte ord, kan selv små forskelle ofte give et andet helhedsindtryk (jf. i denne retning dom af 6.7.2004, Grupo El Prado Cervera mod KHIM – Arvinger efter Debuschewitz (CHUFAFIT), T-117/02, EU:T:2004:208, præmis 48, og af 28.9.2016, The Art Company B & S mod EUIPO – G-Star Raw (THE ART OF RAW), T-593/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:572, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

32 Eftersom alfabetet består af et begrænset antal bogstaver, som i øvrigt ikke alle anvendes lige hyppigt, er det desuden uundgåeligt, at flere ord består af det samme antal bogstaver og sågar har nogle tilfælles, uden at de alene af den grund må anses for visuelt at være ens (jf. dom af 28.4.2021, Nosio mod EUIPO – Tros del Beto (ACCUSÌ), T-300/20, ikke trykt i Sml., EU:T:2021:223, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

33 Retten bemærker i lighed med sagsøgeren, at den første bestanddel »cod« ganske vist er fælles for de omtvistede tegn, men at de hver især består af kun seks skrifttegn og blot har tre af dem tilfælles. Ordbestanddelene »code-x« og »cody's« adskiller sig til gengæld ved deres to sidste bogstaver samt ved indsættelsen af en bindestreg mellem bogstaverne »e« og »x« i det ansøgte varemærke og en apostrof mellem bogstaverne »y« og »s« i det ældre ordmærke.

34 I denne forbindelse bemærker Retten, at indsættelsen af en bindestreg eller en apostrof og tilstedeværelsen af forskellige vokaler og konsonanter i tegnenes slutning udgør væsentlige forskelle, der spiller en rolle i den visuelle opfattelse af de omtvistede tegn, og dette så meget desto mere som de har en begrænset længde. Den bindestreg, der adskiller ordbestanddelene »code« og »x« i det ansøgte varemærke, gør det således muligt for den relevante kundekreds at opfatte, at mærket består af to særskilte bestanddele. Derimod vil den apostrof, der følger efter ordbestanddelen »cody« og efterfølges af »s« i det ældre ordmærke, blive opfattet som en henvisning til fornavnet Cody i possessiv form, idet genitivformen af egennavne konstrueres således på engelsk og i visse tilfælde på tysk. Selv om den relevante kundekreds ikke er engelsktalende, vil den således kunne forstå apostroffen efter et navn af engelsk oprindelse som en angivelse af den possessive form. I modsætning til bindestregen virker apostroffen således ikke som et visuelt brud i dette tilfælde.

35 Den forskel, der skabes ved de alfabetiske skrifttegn, som er adskilt af forskellige interpunktionstegn, kan således opfattes visuelt.

36 Det må derfor konkluderes, at de omtvistede tegn ud fra et helhedsindtryk kun kan anses for at have en svag eller gennemsnitlig lighed på det visuelle plan.

37 Appelkammeret konkluderede derfor med urette, at der var en visuel lighed mellem de omtvistede tegn, som var over gennemsnittet.

– *Den fonetiske lighed*

38 Appelkammeret fandt, at det ansøgte varemærke udtales »kodiks« eller »kodex«, og at det ældre ordmærke udtales »kodis«, således at de omtvistede tegn, selv om de er forskellige i kraft af deres respektive slutstavelser, nemlig »e-x« og »y's«, har en høj grad af lighed på det fonetiske plan.

39 Sagsøgeren har gjort gældende, at det ansøgte varemærke af den relevante kundekreds opfattes som værende sammensat af to ord, der markeres ved et tydeligt lydbrud og udtales »kot« og »iks«. Det ældre ordmærke udtales »kodis« som ét enkelt tostavelsesord, hvor stavelserne deles før bogstavet »d«. De omtvistede tegn har således højst en svag grad af lighed på det fonetiske plan.

40 EUIPO har bestridt sagsøgerens argumenter, men har tilføjet, at den relevante kundekreds i henhold til de tyske sprogregler ikke markerer en pause efter apostroffen.

41 Retten bemærker, at de omtvistede tegn ligner hinanden fonetisk på grund af tilstedeværelsen af de tre første bogstaver »c«, »o« og »d«, der er placeret i samme rækkefølge. Ikke desto mindre er de forskellige for så vidt angår bogstavrækkefølgen »e-x« og »y's« og med hensyn til deres stavelsesstruktur og lydrytme.

42 Uanset om det ansøgte varemærke udtales i tre stavelser, »ko«, »de« og »iks« eller »ex«, eller i to, »kod« og »iks« eller »ex«, har bindestregen betydning for udtalen af det nævnte varemærke, da den markerer et brud mellem to stavelser. Den relevante kundekreds vil således markere en pause før stavelsen »iks« eller stavelsen »ex«, uanset om den første del af det ansøgte varemærke udtales i en eller to stavelser. Det ældre ordmærke består derimod af to stavelser, »ko« og »dis«, og den relevante kundekreds vil udelukkende markere et brud mellem disse to stavelser og ikke før bogstavet »s«, da apostroffen ikke har nogen betydning for udtalen.

43 Bogstavet »x« og den forudgående bindestreg markerer således et brud mellem to stavelser i det ansøgte varemærke, som ikke findes i det ældre ordmærke.

44 Disse forskelle i den sidste del af de omtvistede tegn har betydning for opfattelsen på det fonetiske plan hos den relevante kundekreds. Den omstændighed, at de nævnte tegn er identiske for så vidt angår rækkefølgen af de tre bogstaver »c«, »o« og »d«, kan ikke rejse tvivl om denne konklusion.

45 Det følger heraf, at de omtvistede tegn har en gennemsnitlig grad af lighed på det fonetiske plan, og at det var med urette, at appelkammeret konkluderede, at der var en høj grad af lighed i denne henseende.

– *Den begrebsmæssige lighed*

46 Appelkammeret fandt, at de omtvistede tegn, der havde forskellige bestemte betydninger, som den relevante kundekreds uden videre forstod, var forskellige på det begrebsmæssige plan.

47 Parterne har ikke bestridt appelkammerets konklusion i denne henseende.

Risikoen for forveksling

48 Helhedsvurderingen af risikoen for forveksling 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 (dom af 29.9.1998, Canon, C-39/97, EU:C:1998:442, præmis 17, og af 14.12.2006, Mast-Jägermeister mod KHIM – Licorera Zacapaneca (VENADO med ramme m.fl.), T-81/03, T-82/03 og T-103/03, EU:T:2006:397, præmis 74).

49 De omtvistede tegns visuelle, lydlige eller begrebsmæssige bestanddele har ikke altid samme vægt i helhedsvurderingen af forvekslingsrisikoen, og betydningen af tegnenes ligheds- eller forskelsbestanddele kan afhænge af deres væsentlige kendetegn (jf. i denne retning dom af 6.10.2004, New Look mod KHIM – Naulover (NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE og NLCollection), T-117/03 – T-119/03 og T-171/03, EU:T:2004:293, præmis 49).

50 Efter i den foreliggende sag at have bemærket, at det ældre ordmærke havde et normalt iboende særpræg, og efter at have mindet om, at de omhandlede varer var af samme eller i høj grad lignende art, konkluderede appelkammeret, at der forelå en risiko for forveksling i bevidstheden hos den relevante kundekreds, der udviste et opmærksomhedsniveau, som gik fra under gennemsnittet til normalt. Appelkammeret støttede denne konklusion på den omstændighed, at de omtvistede tegn havde en grad af visuel lighed, der var over gennemsnittet, og en høj grad af fonetisk lighed, således at de nævnte tegn på trods af deres begrebsmæssige forskel som helhed måtte anses for at ligne hinanden meget. Appelkammeret tilføjede, at det ikke var muligt at opveje lighederne som følge af den meget høje grad af visuelt og fonetisk sammenfald, og da de omhandlede varer hovedsageligt ville blive bestilt i et støjende miljø efter at være blevet set på et menukort.

51 Sagsøgeren har gjort gældende, at det ældre ordmærke har et svagt særpræg, idet den relevante kundekreds forstår ordbestanddelene »cody« og »'s« i det nævnte varemærke som genitiven af et egennavn eller som en beskrivende angivelse af de omhandlede varers geografiske oprindelse, nemlig byen Cody i USA. Sagsøgeren har tilføjet, at de nævnte varer er masseforbrugsvarer, der hovedsageligt sælges i detailforretninger. Da de omtvistede tegn i øvrigt ikke ligner hinanden visuelt og har en svag fonetisk lighed, kan deres begrebsmæssige forskel opveje lighederne, således at der ikke er nogen risiko for forveksling i bevidstheden hos den relevante kundekreds.

52 EUIPO har bestridt sagsøgerens argumenter.

53 Retten bemærker indledningsvis, at parterne ikke har bestridt, at de omhandlede varer er samme eller i høj grad lignende art.

54 Hvad for det første angår sagsøgerens argument om, at det ældre ordmærke har et svagt særpræg, bemærker Retten dels, at den relevante kundekreds straks vil forstå ordet »cody« som en henvisning til et egennavn. Dels vil tilføjelsen af en apostrof og bogstavet »s« til et egennavn blive forstået som en henvisning til den possessive form af fornavnet Cody, idet genitiven af egennavne konstrueres således på engelsk og i visse tilfælde på tysk. Den relevante kundekreds vil således opfatte ordbestanddelen i det ældre ordmærke som f.eks. navnet på en virksomhed, der tilhører en person ved navn »Cody«, eller som navnet på en person, der har udviklet de omhandlede varer. De bestanddele, som varemærket består af, udgør således som helhed ét enkelt udtryk.

55 Sagsøgeren har til gengæld ikke fremlagt noget bevis, der gør det muligt at antage, at en del af den relevante kundekreds vil opfatte det ældre ordmærke som en henvisning til byen Cody i USA.

56 Det må derfor i lighed med det af appelkammeret anførte fastslås, at det ældre ordmærke ikke har nogen særlig betydning i forhold til varerne i klasse 32, således at det har et normalt iboende særpræg.

57 Hvad for det andet angår appelkammerets analyse i den anfægtede afgørelses punkt 45, hvorefter graden af fonetisk lighed mellem de omtvistede tegn skal tillægges særlig betydning, bemærker Retten dels, at i forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling kan den vægt, der tillægges henholdsvis det visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige aspekt af de omtvistede tegn, variere i forhold til de objektive betingelser, hvorunder varemærkerne kan præsenteres på markedet. I denne forbindelse skal der imidlertid tages udgangspunkt i de markedsføringsbetingelser, der normalt kan forventes for de kategorier af varer, der er omfattet af de pågældende varemærker (jf. dom af 24.6.2014, Rani Refreshments mod KHIM – Global-Invest Bartosz Turek (Sani), T-523/12, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:571, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

58 Dels gælder det, at selv om det ganske vist ikke kan udelukkes, at den fonetiske forskel mellem de omtvistede tegn ikke opfattes tydeligt i særligt støjende miljøer, såsom i en bar eller på et diskotek, hvor mange mennesker er samlet, kan en sådan antagelse imidlertid ikke udgøre det eneste grundlag for vurderingen af en eventuel risiko for forveksling mellem de omtvistede tegn. En sådan vurdering skal nemlig nødvendigvis, således som det i det væsentlige fremgår af den retspraksis, der er nævnt i den foregående præmis, foretages under hensyntagen til den opfattelse, som den relevante kundekreds har af varemærket under normale markedsføringsbetingelser (dom af 24.6.2014, Sani, T-523/12, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:571, præmis 43).

59 I de domme, som appelkammeret henviste til i den anfægtede afgørelses punkt 45, tillagde Retten ganske vist den fonetiske lighed mellem de omtvistede tegn særlig betydning som følge af den omstændighed, at de omhandlede varer, der tilhører sektoren for drikkevarer, og nærmere bestemt for alkoholholdige drikkevarer, kunne bestilles mundtligt, efter at deres navn var blevet fundet på et menu- eller vinkort.

60 Det fremgår imidlertid ligeledes af retspraksis, at der ikke er noget forhold, der gør det muligt at antage, at en forbruger af drikkevarer generelt vil købe disse under en samtale vedrørende bestilling heraf i en overfyldt og støjende bar eller restaurant (jf. dom af 24.6.2014, Sani, T-523/12, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:571, præmis 43).

61 Som sagsøgeren med rette har anført, fremgår det desuden også af retspraksis, at selv om barer og restauranter er betydelige salgskanaler for denne type varer, er det ubestridt, at forbrugeren visuelt kan opfatte de omhandlede varer på disse steder, navnlig ved at undersøge flasken, der serveres, eller på anden baggrund, såsom ved hjælp af et menukort eller et kort over drikkevarer, inden vedkommende afgiver sin bestilling mundtligt. Endvidere og frem for alt er barer og restauranter ikke de eneste salgskanaler for de omhandlede varer. Således bliver disse varer ligeledes solgt i supermarkeder eller andre detailforretninger, hvor forbrugeren selv vælger varen og derfor hovedsageligt må forlade sig på billedet af det varemærke, der anvendes på denne vare. Det må således konstateres, at forbrugerne ved de køb, der foretages dér, vil kunne opfatte varemærkerne visuelt, da drikkevarerne står fremme på hylderne (jf. i denne retning dom af 19.10.2006, Bitburger Brauerei mod KHIM – Anheuser-Busch (BUD, American Bud og Anheuser Busch Bud), T-350/04

– T-352/04, EU:T:2006:330, præmis 111 og 112 og den deri nævnte retspraksis, og af 3.9.2010, Companhia Muller de Bebidas mod KHIM – Missiato Industria e Comercio (61 A NOSSA ALEGRIA), T-472/08, EU:T:2010:347, præmis 106).

62 Selv om det fonetiske indtryk i nogle tilfælde tillægges afgørende betydning på drikkevareområdet, gør denne betragtning sig følgelig ikke gældende i alle tilfælde (jf. i denne retning dom af 3.9.2010, 61 A NOSSA ALEGRIA, T-472/08, EU:T:2010:347, præmis 106).

63 I den foreliggende sag er der imidlertid ikke fremlagt noget bevis for, at de omhandlede varer hovedsageligt bestilles mundtligt. Der er intet, der gør det muligt at antage, at den relevante kundekreds vil købe de nævnte varer under betingelser, hvor den fonetiske lighed mellem de omtvistede tegn har større vægt end den visuelle eller begrebsmæssige lighed ved helhedsvurderingen af risikoen for forveksling. Hvis kunderne i den relevante kundekreds bestiller varerne mundtligt i barer og restauranter, gør de det derimod normalt efter at have set varernes navn på et menukort eller et kort over drikkevarer, eller de kan undersøge den vare, der vil blive serveret, således at de kan opfatte varemærket visuelt, inden de giver udtryk for, hvad de ønsker at købe.

64 Selv om den fonetiske lighed mellem de omtvistede tegn tillægges særlig betydning, skal det under alle omstændigheder fastslås, at denne lighed kun er gennemsnitlig.

65 Det fremgår nemlig af denne doms præmis 15-47, at den relevante kundekreds i modsætning til, hvad appelkammeret konkluderede, udviser et gennemsnitligt opmærksomhedsniveau, og at de omtvistede tegn som helhed kun har en svag eller gennemsnitlig grad af lighed på det visuelle plan samt en gennemsnitlig grad af lighed på det fonetiske plan. Det er i øvrigt ubestridt, at de nævnte tegn er begrebsmæssigt forskellige.

66 Det følger desuden af Domstolens praksis, at helhedsvurderingen af risikoen for forveksling indebærer, at de begrebsmæssige forskelle mellem de omtvistede tegn kan opveje de fonetiske og visuelle ligheder mellem disse to tegn, hvis mindst et af tegnene, fra den relevante kundekreds' synsvinkel, har en klar og bestemt betydning, som denne kundekreds uden videre kan forstå (jf. dom af 4.3.2020, EUIPO mod Equivalenza Manufactory, C-328/18 P, EU:C:2020:156, præmis 74 og den deri nævnte retspraksis).

67 Hvad angår det ældre ordmærke vil den relevante kundekreds, således som det fremgår af denne doms præmis 54, uden videre opfatte dets klare og bestemte betydning som en henvisning til egennavnet Cody i possessiv form.

68 Hvad angår det ansøgte varemærke skal bestanddelen »code« i det nævnte varemærke anses for at være en del af det tyske sprogs elementære vokabular og vil af den relevante kundekreds uden videre blive forstået som en henvisning til en nøgle, ved hjælp af hvilken en krypteret tekst kan transmitteres, til en sekvens af instrukser på et programmeringssprog, til en fast fortegnelse over sprogtegn og reglerne for deres sammensætning eller til en måde at anvende et sprog på, der er forudbestemt af tilhørsforholdet til en bestemt social klasse.

69 Det kan i øvrigt ikke udelukkes, at den relevante kundekreds umiddelbart vil opfatte ordbestanddelen »-x« som en henvisning til et tegn, der anvendes for et ukendt navn eller en ukendt størrelse, til en ubekendt, der står for et bestemt tal i en ligning, eller til tegnet for et ubestemt tal.

70 Den relevante kundekreds vil derfor uden videre forstå det ældre ordmærke som en henvisning til den possessive form af navnet Cody, og det ansøgte varemærke er en henvisning til et system af ord, bogstaver, figurer eller symboler, der anvendes til at repræsentere andre, bl.a. med det formål at bevare en vis mystik.

71 Appelkammeret anførte i øvrigt selv i den anfægtede afgørelses punkt 37, at den relevante kundekreds uden videre ville forstå de forskellige betydninger af de omtvistede tegn.

72 Det må derfor konkluderes, at den begrebsmæssige forskel mellem de omtvistede tegn i overensstemmelse med den i denne doms præmis 66 nævnte retspraksis opvejer deres fonetiske og visuelle ligheder.

73 Den relevante kundekreds, der udviser et gennemsnitligt opmærksomhedsniveau, vil derfor ikke kunne antage, at de omhandlede varer hidrører fra den samme virksomhed eller fra økonomisk forbundne virksomheder.

74 Appelkammeret begik derfor en fejl, da det fastslog, at der forelå en risiko for forveksling som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001.

75 I den anfægtede afgørelses punkt 48 fastslog appelkammeret, at de to ældre figurmærker havde den samme særprægede ordbestanddel som det undersøgte ældre ordmærke, og at de beskyttede varer var de samme, og det udvidede således den fejlagtige konklusion vedrørende risikoen for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det ældre ordmærke til at omfatte det ældre figurmærke og den internationale registrering, hvor Den Europæiske Union er designeret, af det nævnte figurmærke.

76 Som sagsøgeren har anført for så vidt angår de ældre figurmærker, bidrager tilstedeværelsen af yderligere figurbestanddele, der består i en hvid, let stiliseret skrifttype og et rødt parallelogram, til i endnu højere grad at adskille de omtvistede tegn og til at forhindre enhver risiko for forveksling i bevidstheden hos den relevante kundekreds.

77 Følgelig skal sagsøgerens eneste anbringende tages til følge, og den anfægtede afgørelse annulleres.

Stadfæstelsen af indsigelsesafdelingens afgørelse

78 Med sin anden påstand har sagsøgeren anmodet Retten om at stadfæste indsigelsesafdelingens afgørelse, hvorved denne forkastede indsigelsen mod registrering af det ansøgte varemærke.

79 Det skal fastslås, at sagsøgeren med denne påstand i det væsentlige tilsigter at få Retten til at udøve sin beføjelse til at omgøre en afgørelse med henblik på at forkaste indsigelsen mod registrering af det ansøgte varemærke for alle de varer, der er omfattet heraf, og således træffe den afgørelse, som appelkammeret ifølge sagsøgeren burde have truffet, da det fik sagen forelagt.

80 Det bemærkes i denne henseende, at den beføjelse til at omgøre en afgørelse, som er tillagt Retten i henhold til artikel 72, stk. 3, i forordning 2017/1001, principielt bør begrænses til tilfælde, hvor Retten efter at have prøvet appelkammerets vurdering er i stand til på baggrund af de fastslåede faktiske og retlige omstændigheder at fastlægge den afgørelse, som appelkammeret var forpligtet til at træffe (dom af 5.7.2011, Edwin mod KHIM, C-263/09 P, EU:C:2011:452, præmis 72).

81 I den foreliggende sag er betingelserne for udøvelsen af Rettens beføjelse til at omgøre en afgørelse opfyldt. Det følger nemlig af betragtningerne i denne doms præmis 15-77, at appelkammeret i lighed med indsigelsesafdelingen var forpligtet til at fastslå, at der ikke forelå en risiko for forveksling. Følgelig skal indsigelsen forkastes.

Sagsomkostninger

82 I henhold til artikel 134, stk. 1, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.

83 Da EUIPO har tabt sagen, pålægges det EUIPO at betale sagsomkostningerne i overensstemmelse med sagsøgerens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Afdeling):

1) Afgørelsen truffet den 4. februar 2021 af Femte Appelkammer ved Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) (sag R 208/2020-5) annulleres.

2) Indsigelsen rejst af Cody's Drinks International GmbH forkastes.

3) EUIPO betaler sagsomkostningerne.

Spielmann Öberg Brkan

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 23. februar 2022.

Underskrifter