RETTENS DOM (Anden Afdeling)
25. november 2003 *

I sag T-286/02,

Oriental Kitchen SARL, Choisy-le-Roi (Frankrig), ved avocat J.-J. Sebag,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved B. Lory, O. Waelbroeck og O. Montalto, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

støttet af

Mou Dybfrost A/S, Esbjerg (Danmark), ved advokat T. Steffensen,

* Processprog: fransk.

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 28. juni 2002 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 114/2001-4) vedrørende den af indehaveren af de nationale varemærker MOU rejste indsigelse mod registrering af tegnet KIAP MOU som EF-varemærke,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Afdeling)

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

justitssekretær: fuldmægtig D. Christensen,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 23. september 2003,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 29. september 1998 indgav sagsøgeren 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 om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«).

2 Det varemærke, der søgtes registreret, var ordmærket KIAP MOU.

3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 29 og 30 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og er i hver enkelt af disse blevet beskrevet på følgende måde:

— Klasse 29: »Kød, fisk, fjerkræ og vildt, kødekstrakter; konserverede, tørrede og kogte frugter og grøntsager; geleer, syltetøj; æg, mælk og andre mejeriprodukter; spiselige olier og spisefedt; kød-, fiske-, fjerkræ- og vildtkonserves; pickles, tørrede pølser; tilberedte retter (eller færdigretter) på basis af grøntsager; tilberedte retter (eller færdigretter) på basis af kød; tilberedte retter (eller færdigretter) på basis af fisk.«

— Klasse 30: »Tilberedte retter (eller færdigretter) fremstillet på basis af dej, pasta eller ris.«

4 Den 4. oktober 1999 blev ansøgningen offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 78/99.

5 Den 4. januar 2000 rejste Mou Dybfrost A/S (herefter »intervenienten«) indsigelse mod det ansøgte varemærkes registrering i henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94 for alle de varer, der var nævnt i varemærkeansøgningen. Indsigelsen var begrundet i risikoen for forveksling som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i

forordning nr. 40/94. Indsigelsen er støttet på den omstændighed, at der eksisterer nogle ældre nationale varemærker, som intervenienten er indehaver af, nemlig:

— ordmærket MOU, registreret i Det Forenede Kongerige den 18. august 1995 med nr. 1524701 for varerne »Kød, fisk, fjerkræ og vildt, kødekstrakter; konserverede, tørrede og kogte frugter og grøntsager; kød-, fiske-, frugt, og grøntsagsgeleer, syltetøj; varer på basis af æg; mejeriprodukter; yoghurt og pulvermælk; spiselige olier og spisefedt; kød- og fiskekonserves; supper, bouilloner, kødsupper, ragouter; kødboller, boller bestående af marv, grøntsagsboller; tilberedte retter, helt eller delvist bestående af kød, fisk, fjerkræ, vildt, grøntsager og/eller frugt; pølser eller produkter på basis af pølser; hamburgere«, som alle henhører under klasse 29

— ordmærket MOU, registreret i Det Forenede Kongerige den 18. august 1995 med nr. 1524702 for varerne »Sago; mel og kornprodukter til forbrug; brød, kager og konditorvarer, spiseis, salt, sennep, vineddike; krydderier, køleis; mel til fremstilling af melboller, ristet brød; tilberedte retter [...], helt eller næsten helt [bestående] af nudler, ris, majs, mel og/eller tilberedninger på basis af korn; sovser herunder salatdressinger; små brød til hamburgere«, som alle henhører under klasse 30.

6 Ved afgørelse af 11. december 2000 (herefter »indsigelsesafdelingens afgørelse«) fandt Harmoniseringskontorets indsigelsesafdeling med henvisning til de to ældre varemærker, der er registreret i Det Forenede Kongerige, at de omhandlede varemærker lignede hinanden, og at de omhandlede varer var af samme eller lignende art, og at der derfor var risiko for en forveksling af mærkerne. Indsigelsesafdelingen gav derfor medhold i indsigelsen og afslog at registrere det varemærke, der var søgt registreret for de nævnte varer.

7 Den 26. januar 2001 påklagede sagsøgeren den af indsigelsesafdelingen trufne afgørelse til Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 59 i forordning nr. 40/94.

8 Klagen blev afslået ved Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret ved afgørelse af 28. juni 2002 (sag R 114/2001-4, herefter »den anfægtede afgørelse«), som blev meddelt sagsøgeren den 5. august 2002. Appelkammeret fandt i det væsentlige, at der bestod en risiko for forveksling mellem de ældre varemærker og det ansøgte varemærke, da de pågældende varer var af samme art, da der visuelt og fonetisk var ligheder mellem de omtvistede tegn, og da gennemsnitsforbrugeren i Det Forenede Kongerige ikke havde noget særligt kendskab til det laotiske sprog og således kun kunne opfatte udtrykket »mou« som et opdigtet udtryk.

Retsforhandlinger og parternes påstande

9 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 23. september 2002 har sagsøgeren anlagt nærværende sag. Harmoniseringskontoret har indleveret sit svarskrift den 3. marts 2003, og intervenienten har indleveret sit den 4. marts 2003.

10 Retsmødet fandt sted den 23. september 2003, hvorunder sagsøgeren udeblev, idet virksomheden hverken var repræsenteret eller havde lovligt forfald.

11 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Indsigelsesafdelingens afgørelse ændres.

— Intervenientens indsigelse forkastes.

— Ansøgningen om registrering af varemærket KIAP MOU imødekommes.

— Intervenienten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

12 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Sagsøgerens påstande om ændring af indsigelsesafdelingens afgørelse, om forkastelse af indsigelsen og om imødekommelse af ansøgningen om det omtvistede varemærke afvises.

— I øvrigt frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

13 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse stadfæstes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Påstanden om annullation af den anfægtede afgørelse

14 Sagsøgerens anbringende — det eneste der er gjort gældende — er, at artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er blevet tilsidesat.

Parternes argumenter

15 Sagsøgeren har anført, at de fødevarer — hovedsagelig pålægsvarer — som virksomheden producerer og distribuerer, udelukkende er rettet mod en kundekreds af indokinesisk (vietnamesisk, laotisk, thailandsk og kinesisk) oprindelse. En af varerne er friturestegt flæskesvær, en typisk indokinesisk specialitet, som sagsøgeren markedsfører under det opdigtede varemærke KIAP MOU.

16 I henhold til en sagkyndig rapport, der er vedlagt stævningen, betyder substantivet »mou« på sprogene laotisk og thailandsk »svin«, mens det adjektiviske udtryk »kiap« udtrykker noget sprødt eller noget, som knaser, således at det sammensatte ord »kiap mou« kan oversættes med »sprød friturestegt flæskesvær« eller også med »knasende flæsk«.

17 Sagsøgeren udleder heraf, at tegnet MOU for den berørte kundekreds, dvs. de samfund af indokinesisk oprindelse, der er etableret i Vesteuropa, udelukkende er en beskrivelse for en vare, der er en vigtig del af deres ernæring. Sagsøgeren har gjort gældende, at et sådant tegn ikke kan beskyttes i henhold til varemærkeretten.

18 Tilføjelsen af ordet »kiap« giver derimod ifølge sagsøgeren tegnet KIAP MOU en tilstrækkelig originalitet til, at det kan registreres som et EF-varemærke.

19 Sagsøgeren har tilføjet, at tegnet KIAP MOU adskiller sig så meget fra tegnet MOU, at man kan skelne mellem de omhandlede varer.

20 Sagsøgeren er derfor af den opfattelse, at den anfægtede afgørelse skal annulleres, og at ansøgningen om det omtvistede varemærke skal imødekommes.

21 Harmoniseringskontoret og intervenienten er i det hele af den opfattelse, at appelkammeret på grundlag af en rigtig anvendelse af Fællesskabets lovgivning og retspraksis på området, korrekt har truffet den afgørelse, at der består en risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker i den i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 omhandlede forstand, og at Harmoniseringskontoret derfor skal frifindes.

Rettens bemærkninger

22 Artikel 8, stk. 1, litra b), bestemmer, at hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, udelukket fra registrering, såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre mærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art; risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke. Ved ældre varemærker forstås i medfør af artikel 8, stk. 2, litra a), nr. ii), i forordning nr. 40/94, varemærker, som er registreret i en medlemsstat, og hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EF-varemærkeansøgningen.

23 Hvad angår risikoen for forveksling fremgår det af Domstolens praksis vedrørende fortolkningen af artikel 4, stk. 1, litra b), og artikel 5, stk. 1, litra b), i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1) — der indholdsmæssigt stort set er identisk med artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 — at en sådan risiko for forveksling består i 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 (Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 29, og af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 17).

24 I henhold til samme retspraksis skal risikoen for forveksling i offentlighedens bevidsthed bedømmes ved en helhedsvurdering under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde (Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 22, den ovenfor i præmis 23 nævnte Canon-dom, præmis 16, den ovenfor i præmis 23 nævnte Lloyd Schuhfabrik Meyer-dom, præmis 18, og dom af 22.6.2000, sag C-425/98, Marca Mode, Sml. I, s. 4861, præmis 40).

25 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 (den ovenfor i præmis 23 nævnte Canon-dom, præmis 17, den ovenfor i præmis 23 nævnte Lloyd Schuhfabrik Meyer-dom, præmis 19, og den ovenfor i præmis 24 nævnte Marca Mode-dom, præmis 40). Den indbyrdes afhængighed mellem disse faktorer kommer til udtryk i syvende betragtning til forordning nr. 40/94, ifølge hvilken begrebet lighed skal fortolkes på baggrund af risikoen for forveksling, som for sit vedkommende bl.a. må vurderes på grundlag af, i hvor høj grad mærket er kendt på markedet, og lighedsgraden mellem mærket og tegnet samt mellem de pågældende varer eller tjenesteydelser.

26 Desuden spiller det en afgørende rolle i helhedsvurderingen af risikoen for forveksling, hvordan gennemsnitsforbrugeren af den pågældende kategori af varer eller tjenesteydelser opfatter varemærkerne. Gennemsnitsforbrugeren opfatter imidlertid normalt et varemærke som en helhed og undersøger ikke de forskellige detaljer (jf. den ovenfor i præmis 24 nævnte SABEL-dom, præmis 23, og den ovenfor i præmis 23 nævnte Lloyd Schuhfabrik Meyer-dom, præmis 25). For så vidt angår denne helhedsvurdering anses gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer for at være almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Der må dog tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugeren kun sjældent har mulighed for at foretage en direkte sammenligning mellem de forskellige mærker, men må stole på det ufuldstændige billede, han i erindringen har af dem. Der må også tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau kan variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om (den ovenfor i præmis 23 nævnte Lloyd Schuhfabrik Meyer-dom, præmis 26).

27 I den foreliggende sag er de to ældre varemærker registreret i Det Forenede Kongerige, der således er det område, der er relevant ved anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

28 Desuden er både de varer, der er omfattet af de ældre varemærker, og de varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen, fødevarer, der bruges i det daglige, og som henhører under klasse 29 og 30.

29 Der skal herved ikke tages hensyn til sagsøgerens erklæring om, at virksomheden kun har til hensigt at anvende det ansøgte varemærke for en del af de varer, som er omfattet af varemærkeansøgningen, og nærmere bestemt for friturestegt flæskesvær.

30 Det skal understreges, at vurderingen af, om der består en risiko for forveksling i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, skal angå alle de varer, der omfattes af varemærkeansøgningen. En begrænsning af den fortegnelse over varer eller tjenesteydelser, der er angivet i en ansøgning om registrering af et EF-varemærke, kan kun komme i betragtning, hvis begrænsningen gennemføres efter visse nærmere bestemte regler. Der skal således indsendes en begæring om ændring af ansøgningen i henhold til artikel 44 i forordning nr. 40/94 og regel 13 i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1) (jf. i denne retning Rettens dom af 5.3.2003, sag T-194/01, Unilever mod KHIM (ægformet tablet), endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 13). Disse regler er imidlertid ikke blevet fulgt i den foreliggende sag, idet sagsøgeren ikke har indgivet en begæring om ændring af ansøgningen i henhold til de nævnte bestemmelser.

31 Der skal heller ikke tages hensyn til sagsøgerens påstand om, at de varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen, udelukkende er rettet mod en gruppe kunder af kinesisk eller indokinesisk (vietnamesisk, laotisk, thailandsk) oprindelse, som har bosat sig i Vesteuropa.

32 For det første indeholder den omtvistede registreringsansøgning, som det med rette er blevet anført af Harmoniseringskontoret, ingen oplysninger, hvoraf det kan udledes, at de pågældende varer udelukkende skulle være beregnet for en sådan kundekreds. De generelle vendinger, som sagsøgeren har anvendt, støtter tværtimod den antagelse, at varerne henvender sig til den samme gennemsnitlige og sædvanlige kundekreds for de fødevarer, som også er omfattet af de ældre varemærker. Harmoniseringskontoret har, uimodsagt af sagsøgeren, anført, at varerne distribueres via de samme kanaler og sælges fra de samme salgssteder til de samme købere.

33 For det andet har Harmoniseringskontoret ligeledes med rette anført, at den blotte omstændighed, at udtrykket »mou« har en betydning på et indokinesisk sprog eller, at udtrykket »kiap mou« på de samme sprog henviser til et af varernes kendetegn, ikke — når den omtvistede registreringsansøgning ikke indeholder andre oplysninger — er tilstrækkeligt til at fastslå, at det omtvistede varemærke skulle være rettet mod en nærmere defineret kategori af forbrugere.

34 Sagsøgerens påstand er under alle omstændigheder uden relevans for anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b) i forordning nr. 40/94, når varerne — således som det er anført af Harmoniseringskontoret og indsigeren, og senere af appelkammeret — i varemærkeansøgningen er betegnet på en måde, som ikke udelukker muligheden for, at det pågældende mærke senere kan anvendes på et større marked, dvs. det marked, der er omfattet af de ældre varemærker.

35 Der skal således ved helhedsvurderingen af risikoen for forveksling tages udgangspunkt i den relevante kundekreds' opfattelse, idet denne består af de endelige forbrugere af fødevarer, der bruges i det daglige i Det Forenede Kongerige.

36 Henset til de foregående betragtninger bør den sammenligning, som appelkammeret har foretaget dels af de omhandlede varer, dels af de omtvistede tegn, efterprøves.

37 Hvad for det første angår de pågældende varer kan det ikke bestrides, at de varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen på den ene side, og de, der er omfattet af de ældre varemærker på den anden side, er identiske, eller at de i det mindste ligner hinanden. Der er således, som anført af Harmoniseringskontoret, tale om fødevarer henhørende under klasse 29 og 30, som præsenteres i generelle vendinger, idet der hovedsagelig er tale om en gengivelse af kapiteloverskrifterne i Nice-klassifikationen. Sagsøgeren har i øvrigt ikke selv bestridt, at der i sig selv består en sådan identitet eller lighed. Sagsøgerens argumenter, hvorefter brugen af det ansøgte varemærke angiveligt skulle være begrænset til kun at omfatte visse af de varer, der er nævnt i varemærkeansøgningen, og hvorefter de nævnte varer angiveligt udelukkende skulle henvende sig til en indokinesisk kundekreds, er allerede blevet afvist ovenfor.

38 Hvad for det andet angår de pågældende tegn bemærkes generelt, at to varemærker ligner hinanden, såfremt der efter opfattelsen i den relevante kundekreds foreligger en i det mindste delvis lighed mellem dem i en eller flere relevante henseender (Rettens dom af 23.10.2002, sag T-6/01, Matratzen Concord mod KHIM — Hukla Germany (MATRATZEN), Sml. II, s. 4335, præmis 30). Som det fremgår af Domstolens praksis, er de visuelle, lydlige eller begrebsmæssige aspekter relevante. Desuden skal vurderingen af ligheden mellem to varemærker være baseret på helhedsindtrykket af varemærkerne, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller dominans (den ovenfor i præmis 24 nævnte SABEL-dom, præmis 23, og den ovenfor i præmis 23 nævnte Lloyd Schuhfabrik Meyer-dom, præmis 25).

39 Retten finder herved, at den som det første punkt i prøvelsen skal tage udgangspunkt i princippet om, at såfremt ét af de to ord, der danner et ordmærke, såvel visuelt som auditivt er identisk med det ene ord, der danner et ældre varemærke, og disse ord hverken sammen eller hver for sig har noget begrebsmæssigt betydningsindhold for den relevante kundekreds, skal de pågældende mærker — når man ser på det enkelte mærke som en helhed — sædvanligvis anses for at ligne hinanden i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

40 I den foreliggende sag bemærkes, at ordet »mou«, både visuelt og auditivt dels er det eneste ord, der danner de ældre ordmærker, dels er det andet ord (det første er ordet »kiap«) af de to ord, der danner det ansøgte ordmærke.

41 Hvad dernæst angår det begrebsmæssige bemærkes, at den relevante kundekreds, som det blev fastslået ovenfor, består af de endelige forbrugere af fødevarer, der bruges i det daglige i Det Forenede Kongerige. En sådan kundekreds er for langt størstedelens vedkommende engelsksproget. Ordene »mou«, »kiap« og »kiap mou« giver imidlertid ingen mening på engelsk, og de ligner på ingen måde engelske ord med en betydning svarende til den, de har på laotisk eller thailandsk. Der er desuden intet i sagen eller i de af sagsøgeren anførte argumenter, der indicerer, at en betydelig del af denne kundekreds skulle være i besiddelse af et tilstrækkeligt kendskab til laotisk eller thailandsk til at kunne forstå, hvad de omhandlede ord betyder på de pågældende sprog.

42 Det fremgår ligeledes af disse betragtninger, at ordet »mou« efter den relevante kundekreds' opfattelse — i modsætning til det af sagsøgeren anførte — ikke beskriver de varer, der er omfattet af det ældre varemærke. Ordet vil af kundekredsen blive opfattet som et opdigtet ord og særpræget i sig selv.

43 Da det samme gør sig gældende for ordet »kiap«, må det — i lighed med Harmoniseringskontorets opfattelse — fastlås, at de to ord i forhold til den relevante kundekreds har den samme tiltrækningskraft, og at de, når de sammenføjes i udtrykket »kiap mou«, af kundekredsen vil blive opfattet som lige dominerende, uden at ordet »mou« mister sit særpræg.

44 Under disse omstændigheder har appelkammeret med rette fastslået, at de tegn, der danner de omhandlede ordmærker — når man ser på det enkelte mærke som en helhed og navnlig under hensyntagen til de bestanddele, der har særpræg eller dominans — ligner hinanden.

45 Når henses til ovennævnte må det antages, at den relevante kundekreds vil tænke, at fødevarerne med ordmærket KIAP MOU kan hidrøre fra den virksomhed, der er indehaver af det ældre ordmærke MOU. Ligheden mellem de pågældende mærker er følgelig tilstrækkelig til, at der må antages at være en risiko for, at de forveksles. Anbringendet — det eneste der er gjort gældende — om, at artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er blevet tilsidesat, må derfor forkastes.

46 Harmoniseringskontoret frifindes følgelig, uden at det er nødvendigt at tage stilling til, hvorvidt sagsøgerens påstande om ændring af indsigelsesafdelingens afgørelse, om forkastelse af indsigelsen og om imødekommelse af ansøgningen om det omtvistede varemærke kan antages til realitetsbehandling.

Sagens omkostninger

47 I henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement 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 omkostninger, der er afholdt af Harmoniseringskontoret og af intervenienten, i overensstemmelse med deres påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling)

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

2) **Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.**

Forwood Pirrung Meij

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 25. november 2003.

H. Jung

Justitssekretær

J. Pirrung

Afdelingsformand