Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Første Afdeling)

21. september 2012*

»EF-varemærker — indsigelsessag — ansøgning om EF-ordmærket WESTERN GOLD — de ældre nationale, internationale og EF-ordmærker WESERGOLD, Wesergold og WeserGold — relative registreringshindringer — ingen risiko for forveksling — artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning (EF) nr. 207/2009 — ældre varemærkers særpræg«

I sag T-278/10,

Wesergold Getränkeindustrie GmbH & Co. KG, Rinteln (Tyskland), ved advokaterne P. Goldenbaum, T. Melchert og I. Rohr,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved R. Pethke, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

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

Lidl Stiftung & Co. KG, Neckarsulm (Tyskland), ved advokaterne A. Marx og M. Schaeffer,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 24. marts 2010 af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (sag R 770/2009-1) vedrørende en indsigelsessag mellem Wesergold Getränkeindustrie GmbH & Co. KG og Lidl Stiftung & Co. KG,

har

RETTEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Azizi (refererende dommer), og dommerne S. Frimodt Nielsen og M. Kancheva,

justitssekretær: fuldmægtig C. Heeren,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 21. juni 2010,

* Processprog: tysk.

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 12. november 2010,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 30. september 2010,

efter retsmødet den 27. juni 2012,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 23. august 2006 indgav intervenienten, Lidl Stiftung & Co. KG, en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), med senere ændringer (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)).

2 Det varemærke, der er søgt registreret, er ordmærket WESTERN GOLD.

3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 33 i Nicearrangementet 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: »Spirituosa, særlig whisky«.

4 EF-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 3/2007 af 22. januar 2007.

5 Den 14 marts 2007 rejste sagsøgeren, Wesergold Getränkeindustrie GmbH & Co. KG, indsigelse i henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 41 i forordning nr. 207/2009) mod registreringen af det ansøgte varemærke for de i præmis 3 nævnte varer.

6 Indsigelsen var støttet på diverse ældre varemærker.

7 Det første af de ældre varemærker, som blev påberåbt, var EF-ordmærket WeserGold, indgivet den 3. januar 2003 og registreret under nr. 2994739 den 2. marts 2005 for varer i klasse 29, 31 og 32 svarende for hver enkelt af disse klasser til følgende beskrivelse:

— klasse 29: »konserverede, tørrede og kogte frugter og grøntsager; geléer, syltetøj, frugtsauce; mejeriprodukter, nemlig yoghurtdrikke, især bestående af yoghurt samt af frugtsaft eller grøntsagssaft«

— klasse 31: »friske frugter«

— klasse 32: »mineralvand og kulsyreholdige vand; andre ikke-alkoholholdige drikke, nemlig saftevand, sodavand og coladrikke; frugtsaft, frugtdrikke, grøntsagssaft og grøntsagsdrikke; saft og andre præparater til fremstilling af drikke«.

8 Det andet af de ældre varemærker, som blev påberåbt, var det tyske ordmærke WeserGold, indgivet den 26. november 2002 og registreret under nr. 30257995 den 27. februar 2003 for varer i klasse 29, 31 og 32 svarende for hver enkelt af disse klasser til følgende beskrivelse:

— klasse 29: »konserverede, tørrede og kogte frugter og grøntsager; geléer (spiselige), syltetøj, frugtpuré; mejeriprodukter, nemlig yoghurtdrikke, især bestående af yoghurt, men også af frugtsaft eller grøntsagssaft«

— klasse 31: »friske frugter«

— klasse 32: »mineralvand og kulsyreholdige vand; andre ikke-alkoholholdige drikke, nemlig saftevand, sodavand og coladrikke; frugtsaft, frugtdrikke, grøntsagssaft og grøntsagsdrikke; saft og andre præparater til fremstilling af drikke«.

9 Det tredje af de ældre varemærker, som blev påberåbt, var det internationale ordmærke nr. 801149, Wesergold, indgivet den 13. marts 2003, med virkning i Den Tjekkiske Republik, Danmark, Spanien, Frankrig, Italien, Ungarn, Østrig, Polen, Portugal, Slovenien, Sverige, Det Forenede Kongeriget og Benelux-landene for varer i klasse 29, 31, 32 svarende for hver enkelt af disse klasser til følgende beskrivelse:

— klasse 29: »konserverede, tørrede og kogte frugter og grøntsager; geléer (spiselige), syltetøj, frugtpuré; mejeriprodukter, nemlig yoghurtdrikke, især bestående af yoghurt, men også af frugtsaft eller grøntsagssaft«

— klasse 31: »friske frugter«

— klasse 32: »mineralvand og kulsyreholdige vand; andre ikke-alkoholholdige drikke, nemlig saftevand, sodavand og cola; frugtsaft, frugtdrikke, grøntsagssaft og grøntsagsdrikke; saft og andre præparater til fremstilling af drikke«.

10 Det fjerde af de ældre varemærker, som blev påberåbt, var det tyske ordmærke WESERGOLD, indgivet den 12. juni 1970, registreret under nr. 902472 den 16. februar 1973 og fornyet den 13. juni 2000 for varer i klasse 32 svarende til følgende beskrivelse: »cider, saftevand, mineralvand, grøntsagssafter som drik, frugtsaft«.

11 Det femte af de ældre varemærker, som blev påberåbt, var det polske ordmærke WESERGOLD, indgivet den 26. juni 1996 og registreret under nr. 161413 den 11. maj 1999 for varer i klasse 32 svarende til følgende beskrivelse: »mineral- og kildevand; danskvand, ikke-alkoholholdige drikke; frugtsaft, frugtnektar, squash, grøntsagssaft, grøntsagsnektar, læskedrikke, frugtdrikke og frugtsaft, saftevand, brusende drikke, kulsyreholdige drikke, ice tea, mineralvand tilsat smag, mineralvand tilsat frugtsaft – samtlige nævnte drikke i form af diætetiske tilberedninger til ikke-medicinske formål«.

12 Den registreringshindring, der blev påberåbt til støtte for indsigelsen, var den, der er omfattet af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009].

13 En 11. juni 2009 gav indsigelsesafdelingen medhold i indsigelsen og afslog ansøgningen om registrering af EF-varemærket. Med henvisning til procesøkonomiske grunde begrænsede indsigelsesafdelingen sin undersøgelse til det ældre EF-ordmærke, for hvilket der ikke blev afkrævet bevis for reel brug.

14 Den 13. juli 2009 indgav intervenienten klage over indsigelsesafdelingens afgørelse til Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009.

15 Ved afgørelse af 24. marts 2010 (herefter »den anfægtede afgørelse«) tog Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen til følge og ophævede indsigelsesafdelingens afgørelse. Det var af den opfattelse, at den relevante kundekreds bestod af den brede offentlighed i Den Europæiske Union. De varer i klasse 33, der er omfattet af det ansøgte varemærke, dvs. »spirituosa, særlig whisky«, lignede ikke de varer i klasse 29 og 31, som er omfattet af de ældre varemærker (jf. punkt 20 og 21 i den anfægtede afgørelse). Der var en svag grad af lighed mellem de varer i klasse 33, som er omfattet af det ansøgte varemærke, og de varer i klasse 32, som er omfattet af de ældre varemærker (jf. punkt 22-28 i den anfægtede afgørelse). De omtvistede tegn havde en gennemsnitlig grad af visuel (jf. punkt 33 i den anfægtede afgørelse) og fonetisk lighed (jf. punkt 34 i den anfægtede afgørelse), men begrebsmæssigt set var de forskellige (jf. punkt 35-37 i den anfægtede afgørelse). Hvad angår de ældre

varemærkers særpræg fandt appelkammeret i det væsentlige, at dette var noget under det gennemsnitlige på grund af ordet »gold«, som har en svag grad af særpræg (jf. punkt 38-40 i den anfægtede afgørelse). Endelig angav appelkammeret, at afvejningen af alle sagens omstændigheder i forbindelse med en vurdering af risikoen for forveksling bevirkede, at der ikke forelå nogen risiko for forveksling mellem de omtvistede tegn (jf. punkt 41-47 i den anfægtede afgørelse).

Parternes påstande

16 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

17 Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

18 Sagsøgeren har til støtte for sin påstand fremsat fire anbringender om tilsidesættelse af henholdsvis artikel 8, stk. 1, litra b), artikel 64 og artikel 75, andet punktum, og subsidiært af artikel 75, første punktum, i forordning nr. 207/2009. Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at de omtvistede tegn visuelt, fonetisk og begrebsmæssigt ligner hinanden, at de ældre varemærker har en høj iboende grad af særpræg som følge af brug, og at de varer, som er omfattet af de omtvistede tegn, er af samme art. Ifølge sagsøgeren er der derfor en risiko for, at den relevante kundekreds vil kunne forveksle de omtvistede tegn.

19 Harmoniseringskontoret og intervenienten har bestridt de af sagsøgeren anførte anbringender. De mener ikke, at der er nogen risiko for forveksling mellem de omtvistede tegn.

Indledende bemærkninger

20 Det skal indledningsvis bemærkes, at det fremgår af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, at hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er et varemærke 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 et 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.

21 Risikoen for forveksling er ifølge fast retspraksis risikoen for, at det i kundekredsen kan antages, at de pågældende varer eller tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller fra økonomisk forbundne virksomheder. Ifølge samme retspraksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling på grundlag af den opfattelse, som den relevante kundekreds har af de pågældende tegn og de omhandlede varer eller tjenesteydelser, idet der herved skal tages hensyn til alle relevante faktorer i sagen, bl.a. at ligheden mellem tegnene og ligheden mellem de pågældende varer og tjenesteydelser står i et indbyrdes afhængighedsforhold (jf. Rettens dom af 9.7.2003, sag T-162/01, Laboratorios RTB mod KHIM - Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), Sml. II, s. 2821, præmis 30-33 og den deri nævnte retspraksis).

22 Ved anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 kræves, for at der kan foreligge en risiko for forveksling, både, at de omtvistede varemærker er identiske eller ligner hinanden, og at de varer eller tjenesteydelser, som varemærkerne betegner, er af samme eller lignende art. Der er i den henseende tale om kumulative betingelser (jf. Rettens dom af 22.1.2009, sag T-316/07, Commercy mod KHIM - easyGroup IP Licensing (easyHotel), Sml. II, s. 43, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

Den relevante kundekreds

23 I forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling skal der ifølge fast retspraksis tages hensyn til gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer, som i princippet 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. i denne retning Rettens dom af 13.2.2007, sag T-256/04, Mundipharma mod KHIM - Altana Pharma (RESPICUR), Sml. II, s. 449, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

24 For så vidt angår de i den foreliggende sag omhandlede varer skal appelkammerets definition af den relevante kundekreds som bestående af den brede offentlighed bekræftes, hvilket i øvrigt ikke er blevet bestridt af nogen af parterne.

25 Eftersom den anfægtede afgørelse bl.a. er baseret på et ældre EF-varemærke, skal den relevante kundekreds anses for at være en gennemsnitsforbruger i EU.

Sammenligningen af varerne

26 Som fastslået i fast retspraksis skal der ved vurderingen af de omhandlede varers eller tjenesteydelsers lighed tages hensyn til alle relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem disse, herunder navnlig deres art, anvendelsesformål og benyttelse, samt om de konkurrerer med eller supplerer hinanden. Der kan endvidere tages hensyn til andre faktorer, såsom de berørte varers distributionskanaler (jf. Rettens dom af 11.7.2007, sag T-443/05, El Corte Inglés mod KHIM - Bolaños Sabri (PiraÑAM diseño original Juan Bolaños), Sml. II, s. 2579, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

27 I den anfægtede afgørelse fandt appelkammeret, at de varer i klasse 33, som er omfattet af det ansøgte varemærke, adskilte sig fra de varer i klasse 29 og 31, der er omfattet af de ældre varemærker (jf. punkt 20 og 21 i den anfægtede afgørelse). Det fandt endvidere, at der kun var en svag grad af lighed mellem de varer i klasse 33, som er omfattet af det ansøgte varemærke, og de varer i klasse 32, som er omfattet af de ældre varemærker (jf. punkt 28 i den anfægtede afgørelse).

28 Sagsøgeren har bestridt appelkammerets vurdering, hvorefter der kun er en svag grad af lighed mellem de varer i klasse 33, som er omfattet af det ansøgte varemærke, og de varer i klasse 32, som er omfattet af de ældre varemærker. Ifølge sagsøgeren er der en normal grad af lighed mellem de nævnte varer.

29 Sagsøgeren har således ikke anfægtet appelkammerets vurdering, hvorefter de varer i klasse 33, som er omfattet af det ansøgte varemærke, er forskellige fra de varer i klasse 29 og 31, som er omfattet af de ældre varemærker, men begrænset sit klagepunkt til appelkammerets vurdering af ligheden mellem de varer i klasse 33, som er omfattet af det ansøgte varemærke, og de varer i klasse 32, som er omfattet af de ældre varemærker.

30 Hvad angår sidstnævnte sammenligning er det først og fremmest sagsøgerens opfattelse, at den omstændighed, at visse forbrugere er opmærksomme på forskellen mellem alkoholholdige og alkoholfrie drikkevarer, ikke bevirker, at der kan ses bort fra de øvrige ligheder mellem de omhandlede varer. Ifølge sagsøgeren er det ikke afgørende for flertallet af forbrugerne, om en drik indeholder

alkohol eller ej. De vælger derimod spontant og impulsivt ud fra det udvalg, de stilles over for bl.a. på drinkskort på barer eller restauranter. Sagsøgeren har i denne forbindelse anfægtet henvisningen til Rettens dom af 18. juni 2008, Coca-Cola mod KHIM – San Polo (MEZZOPANE) (sag T-175/06, Sml. II, s. 1055), eftersom denne afgørelse ikke vedrørte spiritus, men derimod vin.

31 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det var med rette, at appelkammeret fastslog, at der er tale om varer af forskellig art afhængigt af, om de indeholder alkohol eller ej. For den relevante kundekreds udgør det en væsentlig forskel for arten af de omhandlede varer, hvorvidt de indeholder alkohol eller ej. I modsætning til det af sagsøgeren påståede er den brede offentlighed i Unionen opmærksom på, og sondrer mellem alkoholholdige og alkoholfrie drikke, selv når de impulsivt vælger en drik. Det er således med rette, at appelkammeret med henvisning til MEZZOPANE-dommen (nævnt ovenfor i præmis 30, præmis 80-82) i den anfægtede afgørelse anførte, at gennemsnitsforbrugerne foretager denne sondring ved sammenligningen af spiritus med det ansøgte varemærke og alkoholfrie drikkevarer med de ældre varemærker.

32 Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at der er tale om en væsentlig overlapning mellem anvendelsesformålet og benyttelsen af de varer, som er omfattet af de omtvistede tegn, idet spiritus ofte blandes med alkoholfrie drikke. Nogle gange er der tale om færdigpakkede blandinger som f.eks. »alkopops«. De drikkes også sammenblandet som cocktails eller long drinks.

33 Det skal i denne forbindelse først og fremmest bemærkes, at appelkammeret uden at begå nogen fejl kunne fastslå, at de omhandlede varer delvist overlappede hinanden med hensyn til deres anvendelsesformål og benyttelse. Det forhold, at spiritus ofte blandes med alkoholfrie drikke, uanset om der er tale om færdigpakkede drikke eller cocktails og long drinks, ændrer ikke ved den omstændighed, at spiritus, heriblandt whisky, også ofte pakkes og drikkes som sådan.

34 Sagsøgeren har for det tredje bestridt appelkammerets vurdering, hvorefter den relevante kundekreds ikke antager, at spiritus og alkoholfrie drikke fremstilles af samme virksomhed, eftersom spiritus fremstilles efter en helt anden metode end alkoholfrie drikke. Ifølge sagsøgeren stemmer denne vurdering ikke overens med virkeligheden, og selskabet har til støtte for sit argument som eksempel henvist til producenter af både frugtsaft og frugtbrændevin samt websider.

35 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at sagsøgeren fremlagde de nævnte beviser første gang for Retten. Et søgsmål ved Retten har imidlertid til formål at efterprøve lovligheden af afgørelser truffet af Harmoniseringskontorets appelkamre, jf. artikel 65 i forordning nr. 207/2009, hvorfor Rettens opgave ikke er at foretage en fornyet undersøgelse af de faktiske omstændigheder i lyset af dokumenter, der for første gang fremlægges for Retten. Der skal derfor ses bort fra disse dokumenter, uden at det er nødvendigt at undersøge deres bevismæssige værdi (jf. i denne retning Rettens dom af 24.11.2005, sag T-346/04, Sadas mod KHIM - LTJ Diffusion (ARTHUR ET FELICIE), Sml. II, s. 4891, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis). Den omstændighed, at producenter af brændevin eller anden spiritus i nogle tilfælde også fremstiller alkoholfrie drikke, har ingen betydning for vurderingen af, at gennemsnitsforbrugeren ikke går ud fra, at spiritus og alkoholfrie drikke hidrører fra samme virksomhed. Idet der er tale om meget forskellige produktionsmetoder, kunne appelkammeret nemlig med rette fastslå, at den relevante kundekreds generelt ikke antager, at alkoholholdige og alkoholfrie drikke hidrører fra samme virksomhed.

36 Sagsøgeren er ligeledes af den opfattelse, at spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om varer af lignende art, ikke afhænger af, om de omhandlede varer er fremstillet på samme produktionssted, men hvorvidt den relevante kundekreds kan tro, at de hidrører fra samme virksomhed eller fra virksomheder, mellem hvilke der består en forbindelse. Den omstændighed, at spiritus og alkoholfrie drikke som anført af appelkammeret fremstilles efter forskellige produktionsmetoder, indebærer imidlertid i det foreliggende tilfælde, at den relevante kundekreds ikke antager, at de to varetyper hidrører fra en og samme virksomhed eller fra en virksomhed med tilknytning hertil.

37 Sagsøgeren har for det fjerde anfægtet appelkammerets vurdering, hvorefter spiritus udgør drikke, der indtages for nydelsens skyld, mens alkoholfrie drikke indtages for at slukke tørsten. Ifølge sagsøgeren er der mange alkoholfrie drikke, der på grund af deres høje sukkerindhold ikke indtages for at slukke tørsten, men derimod ene og alene på grund af deres smag og for nydelsens skyld.

38 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at den relevante kundekreds ikke opfatter spiritus som en drik, der har til formål at slutte tørsten. Selv om det er rigtigt, at mange alkoholfrie drikke med et højt sukkerindhold ikke slukker tørsten, opfatter den relevante kundekreds dem alligevel som drikke, der slukker tørsten, navnlig når de serveres afkølede. Af hensyn til de virkninger, indtagelsen af alkohol har på helbredet og de intellektuelle og fysiske præstationer, indtager gennemsnitsforbrugeren kun spiritus lejlighedsvis for nydelsens og smagens skyld. Alkoholfrie drikke drikkes derimod generelt for at slukke tørsten, uanset om gennemsnitsforbrugeren kan vælge dem ud fra, hvilken smag de har. Appelkammeret fastslog under alle omstændigheder med rette, at det forhold, om der er alkohol eller ej i en drik, og den forskel, der er i smagen mellem spiritus og de alkoholfrie drikke, der er omfattet af de ældre varemærker, er af større betydning for den relevante kundekreds end det fælles anvendelsesformål og den fælles benyttelse.

39 Sagsøgeren er for det femte af den opfattelse, at de omhandlede varer supplerer hinanden, eftersom spiritus indtages i mange forskellige former og hovedsageligt blandet.

40 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at varer supplerer hinanden, når der er en tæt forbindelse mellem disse varer i den forstand, at købet af den ene er uundværlig eller vigtig for brugen af den anden (jf. i denne retning MEZZOPANE-dommen, nævnt ovenfor i præmis 30, præmis 67). Køb af alkoholfrie drikke kan imidlertid ikke anses for nødvendig med henblik på køb af spiritus og omvendt. Der er ganske vist en forbindelse mellem disse to varetyper, men kun hvad angår blandede drikke. Det er alene under disse omstændigheder, at køberen af en af disse varer vil være foranlediget til at købe den anden og omvendt. Som nævnt ovenfor i præmis 33, indtages spiritus og alkoholfrie drikke ofte i ren form uden først at være blevet blandet.

41 Det følger af ovenstående argumenter, at appelkammeret, uden at anlægge et urigtigt skøn, med rette fastslog, at der kun er en meget lille lighedsgrad mellem den spiritus, som er omfattet af det ansøgte varemærke, og de alkoholfrie drikke, som er omfattet af de ældre varemærker.

42 Denne konklusion ændres ikke af sagsøgerens påberåbelse af den afgørelse, som er truffet af Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret (sag R 83/2003-4). De afgørelser, som appelkamrene ved Harmoniseringskontoret skal træffe i henhold til forordning nr. 207/2009 vedrørende registrering af et tegn som EF-varemærke, træffes ifølge fast retspraksis i henhold til udøvelsen af en bunden kompetence og ikke på grundlag af en skønsmæssig beføjelse. Lovligheden af disse afgørelser skal derfor udelukkende bedømmes på grundlag af denne forordning, og ikke på grundlag af appelkamrenes afgørelsespraksis (Domstolens dom af 26.4.2007, sag C-412/05 P, Alcon mod KHIM, Sml. I, s. 3569, præmis 65, og ARTHUR ET FELICIE-dommen, nævnt ovenfor i præmis 35, præmis 71).

Sammenligning af de omtvistede tegn

Indledende bemærkninger

43 Helhedsvurderingen af risikoen for forveksling skal for så vidt angår den visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige lighed af de omtvistede tegn være støttet på det helhedsindtryk, disse giver, idet der bl.a. skal tages hensyn til deres særprægede og dominerende bestanddele. Den opfattelse, som gennemsnitsforbrugeren har af de pågældende varer eller tjenesteydelser, spiller en afgørende rolle i helhedsvurderingen af den nævnte risiko. Gennemsnitsforbrugeren opfatter i den henseende normalt

et varemærke som en helhed og foretager ikke en undersøgelse af dets forskellige detaljer (jf. Domstolens dom af 12.6.2007, sag C-334/05 P, KHIM mod Shaker, Sml. I, s. 4529, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).

44 Det skal i denne forbindelse indledningsvis bemærkes, at den omstændighed, at de ældre varemærker består af samme ord »wesergold«, skrevet med snart blokbogstaver, snart små bogstaver og snart med et blokbogstav i starten og i midten af ordet, er uden betydning for sammenligningen mellem de omhandlede tegn. Som det fremgår af fast retspraksis, er et ordmærke nemlig et varemærke, der udelukkende består af bogstaver, ord eller ordforbindelser, som er skrevet med trykbogstaver med normale typer, uden særligt grafisk element. Beskyttelsen, som følger af registreringen af et ordmærke, vedrører dermed det ord, der er angivet i registreringsansøgningen, og ikke den særlige grafiske og stilistiske udformning, som dette varemærke eventuelt har (jf. i denne retning Rettens dom af 22.5.2008, sag T-254/06, Radio Regenbogen Hörfunk in Baden mod KHIM (RadioCom), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).

Den visuelle sammenligning

45 Sagsøgeren har bestridt appelkammerets vurdering, hvorefter de omhandlede tegn har en mellemhøj grad af visuel lighed. Sagsøgeren har gjort gældende, at der er en høj grad af visuel lighed mellem de omtvistede tegn, eftersom brugen af et blokbogstav ikke udgør en grafisk bestanddel, men derimod bevirker, at ordmærket deles i to ord. Hvis dette ikke var tilfældet, ville mellemrummet mellem to ord i et ordmærke være uden betydning, og det ville være nødvendigt at betragte varemærker, som består af to eller flere ord, som bestående af ét eneste ord. Sagsøgeren har subsidiært gjort gældende, at såvel det ansøgte varemærke som de ældre varemærker ifølge ovennævnte tilgang skal betragtes som ét enkelt ord. Sagsøgeren mener desuden, at de ældre varemærker åbenlyst består af to bestanddele, og at det ikke har nogen betydning for udtalen, hvorvidt de er skrevet hvert for sig eller i ét ord. De omtvistede tegn kan udtales forskelligt, og den ene udtale er ikke bedre end den anden. Der kan heller ikke udledes nogen visuelle forskelle ud fra måde, de er skrevet på.

46 På baggrund af den retspraksis, der er gengivet ovenfor i præmis 44, tiltrædes appelkammerets vurdering, hvorefter den skiftende brug af små og stor bogstaver i et af de ældre varemærker ikke har nogen betydning for sammenligningen af tegnene, eftersom de ældre varemærker er ordmærker. Visuelt set kan der ikke støttes ret på en opdeling af de ældre varemærker i to ord, således som påstået af sagsøgeren, og de ældre varemærker skal derfor anses for at bestå af ét eneste ord.

47 Den omstændighed, at det eneste ord i de ældre varemærker kan opfattes som en sammentrækning af »weser« og »gold«, påvirker ikke appelkammerets vurdering, hvorefter det ansøgte varemærke visuelt set opfattes som bestående af to ord, mens det ældre varemærke blot består af et ord. Som anført af appelkammeret, adskiller det ansøgte varemærke sig fra de ældre varemærker på grund af bogstaverne »t« og »n«, uanset om de øvrige bogstaver står i samme rækkefølge. I lyset heraf og den omstændighed, at de omtvistede tegn indeholder bogstavrækkerne »w« »e« og »s« samt »e« og »r« tillige med bestanddelen »gold«, begik appelkammeret ikke en fejl ved at fastslå, at de omtvistede tegn havde en mellemhøj grad af visuel lighed.

Den fonetiske sammenligning

48 Sagsøgeren har bestridt appelkammerets vurdering af, at de omtvistede tegn udviser en mellemhøj grad af fonetisk lighed (jf. punkt 34 i den anfægtede afgørelse). Sagsøgeren har gjort gældende, at der er en stærk grad af fonetisk lighed mellem det ansøgte varemærke og de ældre varemærker, idet de har lige mange stavelser, de sidste stavelser er identiske, de tre første bogstaver er identiske, og de ni på hinanden følgende lyde, som afgør, hvordan de udtales, er identiske. Bogstavet »t« i det ansøgte varemærke flyder samme med det forstående bogstav »s«, således at det kun danner lyden [s], og bogstavet »n« knap nok høres.

49 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at de omtvistede tegn begge indeholder bogstavrækkefølgen »w«, »e« og »s« såvel som »e« og »r«, ligesom de indeholder ordet »gold« i samme rækkefølge. På grund af bogstaverne »t« og »n« i det ansøgte varemærke WESTERN GOLD udtaler den relevante kundekreds det imidlertid anderledes end de ældre varemærker. I modsætning til det af sagsøgeren anførte høres bogstaverne »n« og »t«, hvilket bevirker, at varemærket udtales med en anden rytme og klang – om ikke andet så af en del af den relevante kundekreds, nemlig den engelsk, spanske, franske og tyske kundekreds. Den sidste stavelse i det første ord i det ansøgte varemærke, dvs. stavelsen »stern«, vil derfor blive udtalt og fonetisk set opfattet som længere end stavelsen »ser« i de ældre varemærker. Det afhænger i øvrigt af, hvilket sprog den relevante forbruger taler, om bogstavet »s« i det ansøgte varemærke udtales på samme måde som bogstavet »s« i de ældre varemærker, nemlig som [s] eller [z].

50 Appelkammeret begik således ingen fejl, da det fastslog, at de omhandlede tegn havde en mellemhøj grad af fonetisk lighed.

Den begrebsmæssige sammenligning

51 I den anfægtede afgørelse fastslog appelkammeret, at de omtvistede tegn begrebsmæssigt set er forskellige (jf. punkt 37 i den anfægtede afgørelse).

52 Sagsøgeren har bestridt denne vurdering og gjort gældende, at de omtvistede tegn begrebsmæssigt ligner hinanden. Udtrykket »western gold« har et usikkert og uhåndgribeligt indhold og det kan derfor give anledning til mange forskellige associationer, som imidlertid er abstrakte, og som ikke bevirker, at det i højere grad adskiller sig. Bestanddelen »gold« i de to varemærker kan være medvirkende til, at der opstår en positiv forbindelse, der kan fremkalde en ubevist sammenhæng mellem varemærkerne og dermed bidrage til, at de indholdsmæssigt får samme betydning.

53 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at ordet »western« forstås som det »vestlige« verdenshjørne eller som en filmgenre, da westerns er en filmgenre, der i stor udstrækning er almindelig kendt af den relevante kundekreds. Der er i øvrigt en stærk forbindelse mellem de to betydninger af »western«, idet navnet på filmgenren henviser til den vestlige del af Amerikas Forenede Stater, hvor handlingen udspiller sig. Appelkammeret har derudover med rette understreget, at der er mange forbrugere, som forbinder whisky med denne filmgenre, eftersom mange af hovedpersonerne i disse film ofte drikker whisky. Den relevante kundekreds tillægger derfor ordet »western« en eller flere præcise betydninger.

54 En del af den tyske kundekreds vil, som appelkammeret med rette har anført, opfatte ordet »weser« som en henvisning til den flod, som bl.a. flyder gennem byen Bremen (Tyskland). Den resterende del af den europæiske kundekreds opfatter ordet som et fantasiord.

55 Ordet »gold« i de omhandlede varemærker opfattes som en henvisning til det ædle metal guld, som ligner whisky i farven. Den relevante kundekreds vil desuden kunne forbinde ordet »gold« med noget af højere kvalitet, og dermed opfattes som en salgsfremmende bestanddel. Den engelsktalende del af den relevante kundekreds, dvs. de engelske og irske forbrugere, vil tro, at det ansøgte varemærke betyder »guld fra vest«. Forekomsten af ordet »gold« i de omtvistede tegn er imidlertid ikke tilstrækkelig til at udligne de forskellige betydninger af de omhandlede tegn, for så vidt som ordene »western« og »weser« betyder noget forskelligt.

56 Appelkammeret kunne således uden at begå nogen fejl fastslå, at de omhandlede tegn begrebsmæssigt set var forskellige.

Foreløbig vurdering

57 Hvad angår sammenligningen mellem tegnene fremgår det af ovenstående, at det var med rette, at appelkammeret fastslog, at de omtvistede tegn ligner hinanden visuelt og fonetisk, og at de begrebsmæssigt set er forskellige.

58 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at når varemærkerne ligner hinanden fonetisk og visuelt, er de ud fra en helhedsvurdering ens, medmindre der er væsentlige begrebsmæssige forskelle. Sådanne forskelle kan udligne lydmæssige og visuelle ligheder, når mindst et af tegnene fra den relevante kundekreds' synsvinkel har en klar og bestemt betydning, som denne kundekreds uden videre kan forstå (Domstolens dom af 13.9.2007, sag C-234/06 P, Il Ponte Finanziaria mod KHIM, Sml. I, s. 7333, præmis 34). Dette er tilfældet i det foreliggende tilfælde på grund af den begrebsmæssige forskel mellem de omtvistede tegn. Heraf følger, at tegnene ud fra en helhedsvurdering er forskellige, selv om de visuelt og fonetisk ligner hinanden.

59 Derfor bør appelkammerets vurdering af de ældre varemærkers særpræg, som er anfægtet af sagsøgeren, efterprøves.

De ældre varemærkers fornødne særpræg

De ældre varemærkers iboende særpræg

60 I den anfægtede afgørelse fandt appelkammeret, at de ældre varemærkers fornødne særpræg var noget lavere end det gennemsnitlige særpræg, som indsigelsesafdelingen havde tillagt det, eftersom den relevante kundekreds enten vil opfatte bestanddelen »gold« som et salgsfremmende begreb eller som en henvisning til visse drikkevarers gyldne farve (jf. punkt 39 i den anfægtede afgørelse).

61 Sagsøgeren har anfægtet appelkammerets vurdering og gjort gældende, at det ikke er alle de drikkevarer, som er omfattet af de ældre varemærker, som er gyldne i farven, og at de ældre varemærker samlet set har et gennemsnitligt særpræg, uanset om ordet »gold« har en svag grad af særpræg.

62 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at ordet »gold« – uanset om nogle af de drikkevarer, der er dækket af de ældre varemærker, ikke er gyldne i farven – er et salgsfremmende ord, der normalt anvendes til at betegne varernes høje kvalitet, og at dette ord derfor har en svag grad af særpræg. Denne bestanddel af de ældre varemærker svækker dermed disse varemærkers iboende særpræg. Ud fra en vurdering af helhedsindtrykket af hvert enkelt af de ældre varemærker kan det hermed fastlås, at appelkammeret ikke begik en fejl, da det fastslog, at de ældre varemærker har et iboende særpræg, som er noget lavere end det gennemsnitlige.

Fornødent særpræg som følge af brug

63 Hvad angår den høje grad af særpræg, som de ældre varemærker skulle have opnået som følge af brug, har sagsøgeren bestridt appelkammerets betragtning om, at selskabet ikke havde gjort dette gældende. Sagsøgeren har i denne forbindelse henvist til de bemærkninger, det fremsatte over for indsigelsesafdelingen den 10. marts 2008, og dem, det fremsatte over for appelkammeret den 22. december 2009, hvori det henviste til bemærkningerne af 10. marts 2008. Sagsøgeren har gjort gældende, at selskabet med rette kunne foretage denne henvisning over for appelkammeret, eftersom indsigelsesafdelingen havde anerkendt, at de ældre varemærker havde en normal grad af iboende særpræg, og det var derfor ikke nødvendigt, at sagsøgeren udtrykkeligt gentog sine skriftlige indlæg. Sagsøgeren har gjort gældende, at selskabet ikke anså det for nødvendigt at fremsende dokumenter vedrørende brugen af dets varemærke, eftersom det havde en berettiget forventning om, at genstanden for klagen var appelkammerets afgørelse, som udelukkende vedrørte det ældre EF-varemærke og det ansøgte varemærke.

64 Der skal i denne forbindelse henvises til flere forskellige omstændigheder.

65 På en begæring, der blev fremsat af varemærkeansøgeren under sagen for indsigelsesafdelingen, blev det pålagt sagsøgeren i henhold til artikel 42, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 at godtgøre, at der var sket reel brug af de af selskabets ældre varemærker, der har været registreret i mindst fem år på indsigelsestidspunktet.

66 Som svar på denne begæring fremlagde sagsøgeren som bilag til sine bemærkninger af 10. marts 2008 beviser med henblik på at godtgøre, at der var gjort reel brug af selskabets ældre varemærker. I bemærkningerne angav sagsøgeren ligeledes, at »markedsføringen af dets varer, som praktisk talt sælges overalt i Den Europæiske Union og Schweiz, både [var] bevis på reel brug af det varemærke, der lå til grund for selskabets indsigelse, og på, at det havde en høj grad af særpræg som følge af brug«. Sagsøgeren præciserede endvidere, at selskabet fastholdt, at »varerne [var] delvis identiske, at ordene i varemærkerne [var] ens, og at de ældre varemærker, WESERGOLD, som lå til grund for indsigelsen, [havde] en normal grad af fornødent særpræg, og at der derfor [forelå] en risiko for forveksling mellem varemærkerne«.

67 I indsigelsesafdelingens afgørelse af 11. juni 2009 gav den sagsøgeren medhold, idet den fastslog, at der var en risiko for forveksling mellem de omtvistede tegn. Ansøgeren om varemærket, der er intervenient i nærværende sag, indgav en klage til appelkammeret til prøvelse af indsigelsesafdelingens afgørelse. Sagsøgeren i den foreliggende sag intervenerede i sagen for appelkammeret til støtte for såvel sin indsigelse som for indsigelsesafdelingens afgørelse.

68 I sin begrundelse til appelkammeret af 22. december 2009 henviste sagsøgeren til de dokumenter, som var fremlagt i indsigelsessagen, heriblandt indlægget af 10. marts 2008.

69 Endelig fandt appelkammeret i den anfægtede afgørelse, at »indsigeren ikke [havde] påberåbt, at de ældre varemærkers havde en højere grad af særpræg som følge af deres brug« (jf. punkt 40 i den anfægtede afgørelser).

70 Som det fremgår af det ovenstående, har sagsøgeren ikke udtrykkeligt fremsat nogen anbringender om, at de ældre varemærker havde en høj grad af særpræg som følge af brug, i sit forsvar for appelkammeret. Sagsøgeren henviste blot til sine skriftlige bemærkninger til indsigelsesafdelingen. Disse skriftlige indlæg indeholdt imidlertid en påstand, som var underbygget af beviser for, at de ældre varemærker havde en høj grad af særpræg som følge af brug.

71 I henhold til artikel 64, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 træffer appelkammeret efter at have realitetsbehandlet sagen afgørelse om klagen, og det kan herved »omgøre den af afdelingen trufne afgørelse«, dvs. i den foreliggende sag selv træffe afgørelse om indsigelsen ved at afvise den eller kende den berettiget for derved at stadfæste eller underkende den anfægtede afgørelse. Det følger således af artikel 64, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, at appelkammeret som følge af den klage, som er forelagt det, skal foretage en ny og fuldstændig prøvelse af indsigelsens realitet, såvel retligt som faktisk (jf. Domstolens dom af 13.3.2007, sag C-29/05 P, KHIM mod Kaul, Sml. I, s. 2213, præmis 57, og Rettens dom af 23.9.2003, sag T-308/01, Henkel mod KHIM - LHS (UK) (KLEENCARE), Sml. II, s. 3253, præmis 29, og af 14.12.2011, sag T-504/09, Völkl mod KHIM - Marker Völkl (VÖLKL), Sml. II, s. 8179, præmis 53).

72 Uafhængigt af den omstændighed, at sagsøgeren over for appelkammeret udtrykkeligt har henvist til de skriftlig indlæg, som selskabet har afgivet til indsigelsesafdelingen, var appelkammeret forpligtet til at prøve alle de argumenter, som er fremført over for indsigelsesafdelingen. Eftersom sagsøgeren under sagen for indsigelsesafdelingen gjorde gældende, at de ældre varemærker havde en høj grad af særpræg som følge af brug, var det forkert af appelkammeret at antage, at sagsøgeren ikke havde påberåbt sig et argument om, at de ældre varemærker havde opnået en høj grad af særpræg som følge af deres brug.

73 Heraf følger, at appelkammeret i den foreliggende sag har begået en fejl ved anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009.

74 Denne konklusion ændres ikke af Harmoniseringskontorets og intervenientens forskellige argumenter.

75 Hvad angår Harmoniseringskontorets argument om, at sagsøgeren kun havde henvist til den høje grad af særpræg som følge af brug i en bisætning i forbindelse med diskussionen vedrørende spørgsmålet om bevis for den reelle brug af de ældre varemærker, og dermed efter fristens udløb, skal følgende således bemærkes.

76 Det fremgår af Harmoniseringskontorets sagsakter, at indsigelsesafdelingen i en skrivelse af 8. januar 2008 opfordrede sagsøgeren til at fremkomme med bemærkninger til spørgsmålet om reel brug af det ældre polske varemærke med registreringsnr. 161413 og det ældre tyske varemærke med registreringsnr. 902472. Sagsøgeren blev navnlig anmodet om at tage stilling til og føre bevis for denne brug inden for to måneder fra denne skrivelse, dvs. den 9. marts 2008. Det blev endvidere præciseret, at den frist, sagsøgeren havde fået til at fremføre omstændigheder, beviser eller bemærkninger til støtte for sin indsigelse, ligeledes var forlænget til den 9. marts 2008.

77 Sagsøgeren besvarede denne skrivelse med sine bemærkninger af 10. marts 2008, der blev fremsendt pr. telefax til Harmoniseringskontoret samme dag. Som anført ovenfor i præmis 66, fremførte sagsøgeren bevis for den reelle brug af de ældre varemærker i disse bemærkninger, samtidig med at selskabet gjorde gældende, at de ældre varemærker havde en høj grad af særpræg som følge af deres brug.

78 I modsætning til, hvad Harmoniseringskontoret har hævdet over for Retten, indebærer den omstændighed, at sagsøgeren i sit svar på anmodning om bevis for reel brug af de ældre varemærker har gjort gældende, at de ældre varemærker havde en høj grad af særpræg som følge af brug, ikke, at sagsøgerens argument om, at de ældre varemærker havde en høj grad af særpræg som følge af brug, er fremsat for sent. I sin skrivelse af 8. januar 2008 gav indsigelsesafdelingen nemlig udtrykkeligt sagsøgeren tilladelse til at fremføre omstændigheder, beviser eller bemærkninger til støtte for sin indsigelse indtil den 9. januar 2008.

79 Desuden kan sagsøgerens bemærkninger af 10. marts 2008 ikke anses for at være afgivet for sent til Harmoniseringskontoret. Det følger nemlig af regel 72 i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 om EF-varemærker (EFT L 303, s. 1), at udløber en frist på en dag, hvor Harmoniseringskontoret har lukket for modtagelse af dokumenter, forlænges fristen til den nærmest følgende dag, hvor Harmoniseringskontoret har åbent for modtagelse af dokumenter, og normale postforsendelser udbringes. Det følger af denne regel, at de dage, hvor Harmoniseringskontoret ikke er åbent for modtagelse af dokumenter, fastsættes af Harmoniseringskontorets præsident inden et kalenderårs begyndelse. For så vidt angår 2008 traf Harmoniseringskontorets præsident den 17. december 2007 afgørelse nr. EX-07-05 vedrørende de dage, hvor Harmoniseringskontoret var lukket for modtagelse af dokumenter, og normale postforsendelser ikke blev udbragt. I afgørelsen blev der henvist til Harmoniseringskontorets præsidents afgørelse af 22. december 1995 (*EF-Varemærketidende* 1995, s. 487), hvori det blev fastslået, at Harmoniseringskontoret er lukket for offentligheden lørdage og søndage. Eftersom den 9. marts 2008 var en søndag, blev sagsøgerens bemærkninger, der blev fremsendt den 10. marts 2008, ikke indgivet for sent. Dette har Harmoniseringskontoret anerkendt under retsmødet.

80 Henset til, at Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at det ikke i svarskriftet for appelkammeret udtrykkeligt blev påberåbt, at varemærkerne har en høj grad af særpræg som følge af brug, skal det bemærkes, at denne omstændighed ikke påvirker appelkammerets forpligtelse til – når det selv skal træffe afgørelse om indsigelsen – at foretage en ny og fuldstændig prøvelse af indsigelsens realitet, såvel retligt som faktisk. Omfanget af den prøvelse, som appelkammeret er forpligtet til at foretage af

den påklagede afgørelse, er nemlig i princippet ikke afgrænset af de anbringender, som den part, der har indgivet klagen, har fremsat (KLEEENCARE-dommen, nævnt ovenfor i præmis 71, præmis 29). Omfanget af den prøvelse, som appelkammeret skal foretage, afgrænses ikke, fordi de indsigelser, der er fremført for appelkammeret, ikke er præciseret. Af de grunde, der er anført i præmis 76 ff., omfatter en fuldstændig prøvelse af indsigelsens realitet en analyse af, om de ældre varemærker har en høj grad særpræg som følge af brug.

81 Hvad angår det af intervenienten og Harmoniseringskontoret anførte om, at sagsøgerens argument om, at varemærkerne har en høj grad af særpræg, er ubegrundet og ikke tilstrækkeligt bevismæssigt underbygget, skal det bemærkes, at dette ikke er den begrundelse, som appelkammeret har støttet de anfægtede afgørelser på. Eftersom appelkammeret fejlagtigt undlod at foretage en vurdering af argumenterne og beviserne for, at der er opnået en høj grad af særpræg som følge af brug, tilkommer det ikke Retten selv at tage stilling til disse argumenter og beviser i forbindelse med påstanden om annullation af den anfægtede afgørelse. I forbindelse med en sådan påstand kan Retten nemlig ikke ved udøvelsen af dens legalitetskontrol foretage en vurdering af de faktiske omstændigheder, som appelkammeret har undladt at foretage. Hvis Retten i forbindelse med et annullationssøgsmål som i den foreliggende sag finder, at en afgørelse fra appelkammeret, som er indbragt for den til prøvelse, er retsstridig, skal den annullere den. Retten kan ikke forkaste søgsmålet og herved sætte sin egen begrundelse i stedet for den, der er angivet af den kompetente instans ved Harmoniseringskontoret, som har udstedt den anfægtede retsakt (Rettens dom af 9.9.2010, sag T-70/08, Axis mod KHIM - Etra Investigación y Desarrollo (ETRAX), Sml. II, s. 4645, præmis 29).

82 På baggrund af det ovenstående skal det konkluderes, at det var med urette, at appelkammeret konstaterede, at sagsøgeren ikke havde gjort gældende, at de ældre varemærker havde en høj grad af særpræg som følge af deres brug. Denne fejl indebærer, at appelkammeret har undladt at undersøge en potentielt relevant faktor i helhedsvurderingen af, om der foreligger en risiko for forveksling mellem det anfægtede varemærke og de ældre varemærker (jf. i denne retning Rettens dom af 7.2.2012, sag T-424/10, Dosenbach-Ochsner mod KHIM – Sisma (Gengivelse af elefanter i et rektangel), præmis 55 ff. og den deri nævnte retspraksis).

83 Det skal bemærkes, at i henhold til artikel 62, stk. 1, første punktum, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 64, stk. 1, første punktum, i forordning nr. 207/2009) træffer appelkammeret efter at have realitetsbehandlet sagen afgørelse om klagen. Denne pligt til at behandle klagen indebærer, at det skal vurderes, om der er opnået en høj grad af særpræg som følge af brug, hvis dette argument er gjort gældende. Det kan ikke udelukkes, at appelkammeret efter at have gennemgået de argumenter og beviser vedrørende fornødent særpræg som følge af brug, som sagsøgeren har fremført under sagen for Harmoniseringskontoret, ville have vedtaget en afgørelse med et andet indhold end den anfægtede afgørelse. Eftersom appelkammeret undlod at foretage denne prøvelse, tilsidesatte den dermed væsentlige formforskrifter, hvilket medfører, at den anfægtede afgørelse skal annulleres (jf. i denne retning Rettens dom af 10.6.2008, sag T-85/07, Gabel Industria Tessile mod KHIM - Creaciones Garel (GABEL), Sml. II, s. 823, præmis 20).

84 Herefter må sagsøgerens første anbringende tages til følge, og den anfægtede afgørelse skal følgelig annulleres, uden at der er behov for at tage stilling til sagsøgerens øvrige anbringender.

Sagens omkostninger

85 Ifølge Rettens procesreglements artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.

86 Harmoniseringskontoret og intervenienten har tabt den foreliggende sag. Følgelig bestemmes, at Harmoniseringskontoret, ud over at bære sine egne omkostninger, også betaler sagsøgerens omkostninger i overensstemmelse med dennes påstand herom. Det bestemmes endvidere, at intervenienten bærer sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer

RETTEN (Første Afdeling):

1) Afgørelsen truffet den 24. marts 2010 af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (sag R-770/2009-1) annulleres.

2) Harmoniseringskontoret bærer sine egne omkostninger og betaler Wesergold Getränkeindustrie GmbH & Co. KG's omkostninger.

3) Lidl Stiftung & Co. KG bærer sine egne omkostninger.

Azizi Frimodt Nielsen Kancheva

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 21. september 2012.

Underskrifter

Indhold

Sagens baggrund 2

Parternes påstande 4

Retlige bemærkninger 4

Indledende bemærkninger 4

Den relevante kundekreds 5

Sammenligningen af varerne 5

Sammenligning af de omtvistede tegn 7

Indledende bemærkninger 7

Den visuelle sammenligning 8

Den fonetiske sammenligning 8

Den begrebsmæssige sammenligning 9

Foreløbig vurdering 9

De ældre varemærkers fornødne særpræg 10

De ældre varemærkers iboende særpræg 10

Fornødent særpræg som følge af brug 10

Sagens omkostninger 13