Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (första avdelningen)

den 21 september 2012*

”Gemenskapsvarumärke — Invändningsförfarande — Ansökan om registrering som gemenskapsvarumärke av ordmärket WESTERN GOLD — Äldre nationella ordmärken samt internationellt ordmärke och gemenskapsordmärke WESERGOLD, Wesergold och WeserGold — Relativa registreringshinder — Risk för förväxling föreligger inte — Artikel 8.1 b i förordning (EG) nr 207/2009 — De äldre varumärkenas särskiljningsförmåga”

I mål T-278/10,

Wesergold Getränkeindustrie GmbH & Co. KG, Rinteln (Tyskland), företrätt av advokaterna P. Goldenbaum, T. Melchert och I. Rohr,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån), företrädd av R. Pethke, i egenskap av ombud,

svarande,

varvid motparten i förfarandet vid harmoniseringsbyråns överklagandenämnd, som intervenerat vid tribunalen, var

Lidl Stiftung & Co. KG, Neckarsulm (Tyskland), företrädd av advokaterna A. Marx och M. Schaeffer,

angående en talan mot det beslut som fattats av harmoniseringsbyråns första överklagandenämnd den 24 mars 2010 (ärende R 770/2009-1) om ett invändningsförfarande mellan Wesergold Getränkeindustrie GmbH & Co. KG och Lidl Stiftung & Co. KG,

meddelar

TRIBUNALEN (första avdelningen)

sammansatt av ordföranden J. Azizi (referent) samt domarna S. Frimodt Nielsen och M. Kancheva,

justitiesekreterare: handläggaren C. Heeren,

med beaktande av ansökan som inkom till tribunalens kansli den 21 juni 2010,

med beaktande av harmoniseringsbyråns svarsinlaga som inkom till tribunalens kansli den 12 november 2010,

* Rättegångsspråk: tyska.

med beaktande av intervenientens svarsinlaga som inkom till tribunalens kansli den 30 september 2010,

efter förhandlingen den 27 juni 2012,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Intervenienten, Lidl Stiftung & Co. KG, ingav den 23 augusti 2006 en ansökan om registrering av gemenskapsvarumärke till harmoniseringsbyrån i enlighet med rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3), i dess ändrade lydelse (ersatt av rådets förordning (EG) nr 207/2009 av den 26 februari 2009 om gemenskapsvarumärken (EUT L 78, s. 1)).

2 Det sökta varumärket utgörs av ordkännetecknet WESTERN GOLD.

3 De varor som registreringsansökan avsåg omfattas av klass 33 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar följande beskrivning: ”Spritdrycker, bland annat whisky”.

4 Ansökan om registrering av gemenskapsvarumärke offentliggjordes i *Bulletinen för gemenskapsvarumärken* nr 3/2007 av den 22 januari 2007.

5 Den 14 mars 2007 framställde sökanden, Wesergold Getränkeindustrie GmbH & Co. KG, med stöd av artikel 42 i förordning nr 40/94 (nu artikel 41 i förordning nr 207/2009), en invändning mot registreringen av det sökta varumärket för de varor som avses i punkt 3 ovan.

6 Invändningen grundade sig på diverse äldre varumärken.

7 Det första av de äldre varumärken som åberopades var gemenskapsordmärket WeserGold, som efter det att ansökan ingetts den 3 januari 2003 registrerades den 2 mars 2005 som nr 2 994 739 för varor i klasserna 29, 31 och 32, motsvarande följande beskrivning:

— Klass 29: ”Konserverade, torkade och kokta frukter och grönsaker; geléer, sylter, fruktkompotter; mjölkprodukter, nämligen yoghurtdrycker bestående främst av yoghurt samt av fruktsafter eller grönsakssafter”.

— Klass 31: ”Färsk frukt”.

— Klass 32: ”Mineralvatten och kolsyrat vatten; andra icke-alkoholhaltiga drycker, nämligen lemonader, brusdrycker och koladrycker; fruktjuicer, fruktdrycker, grönsakssafter och grönsaksdrycker; safter och andra koncentrat för framställning av drycker”.

8 Det andra av de äldre varumärken som åberopades var det tyska ordmärket WeserGold, som efter att ansökan ingetts den 26 november 2002 registrerades den 27 februari 2003 som nr 30257995 för varor i klasserna 29, 31 och 32, motsvarande följande beskrivning:

— Klass 29: ”Konserverade, torkade och kokta frukter och grönsaker; geléer, sylter, koncentrat; mjölkprodukter, nämligen yoghurtdrycker bestående främst av yoghurt samt av fruktsafter eller grönsakssafter”.

— Klass 31: ”Färsk frukt”.

— Klass 32: ”Mineralvatten och kolsyrat vatten; andra icke-alkoholhaltiga drycker, nämligen lemonader, brusdrycker och koladrycker; fruktjuicer, fruktdrycker, grönsakssafter och grönsaksdrycker; safter och andra koncentrat för framställning av drycker”.

9 Det tredje av de äldre varumärken som åberopades var det internationella ordmärket nr 801 149 Wesergold, för vilket ansökan ingavs den 13 mars 2003, med verkningar i Tjeckien, Danmark, Spanien, Frankrike, Italien, Ungern, Österrike, Polen, Portugal, Slovenien, Sverige, Förenade kungariket och Beneluxländerna, avseende varor i klasserna 29, 31 och 32, motsvarande följande beskrivning:

— Klass 29: ”Konserverade, torkade och kokta frukter och grönsaker; geléer, sylter, koncentrerat; mjölkprodukter, nämligen yoghurtdrycker bestående främst av yoghurt samt av fruktsafter eller grönsakssafter”.

— Klass 31: ”Färsk frukt”.

— Klass 32: ”Mineralvatten och kolsyrat vatten; andra icke-alkoholhaltiga drycker, nämligen lemonader, brusdrycker och koladrycker; fruktjuicer, fruktdrycker, grönsakssafter och grönsaksdrycker; safter och andra koncentrat för framställning av drycker”.

10 Det fjärde av de äldre varumärken som åberopades var det tyska ordmärket WESERGOLD, som efter det att ansökan ingetts den 12 juni 1970 registrerades den 16 februari 1973 som nr 902 472, och förnyades den 13 juni 2000, för varor i klass 32, motsvarande följande beskrivning: ”Cider, lemonader, mineralvatten, grönsakssafter som dryck, fruktjuicer”.

11 Det femte av de äldre varumärken som åberopades var det polska ordmärket WESERGOLD, som efter det att ansökan ingetts den 26 juni 1996 registrerades den 11 maj 1999 som nr 161 413 för varor i klass 32, motsvarande följande beskrivning: ”Mineralvatten och källvatten; bordsvatten, icke-alkoholhaltiga drycker, fruktjuicer, fruktnektar, fruktsafter, grönsakssafter, grönsaksnektar, läskande drycker, fruktjuicedrycker, lemonader, kolsyrade drycker, mineraldrycker, isteer, smaksatta mineralvatten, mineralvatten med tillsats av fruktjuice – samtliga nämnda drycker även som hälsopreparat, ej för medicinska ändamål”.

12 Till stöd för invändningen åberopades det registreringshinder som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 (nu artikel 8.1 b i förordning nr 207/2009).

13 Invändningsenheten biföll den 11 juni 2009 invändningen och avslog ansökan om registrering av gemenskapsvarumärke. Av processekonomiska skäl begränsade invändningsenheten sin prövning av invändningen till det äldre gemenskapsordmärket, beträffande vilket bevis på verklig användning inte behövde förebringas.

14 Den 13 juli 2009 överklagade intervenienten invändningsenhetens beslut till harmoniseringsbyrån i enlighet med artiklarna 58–64 i förordning nr 207/2009.

15 Harmoniseringsbyråns första överklagandenämnd biföll överklagandet, genom beslut av den 24 mars 2010 (nedan kallat det angripna beslutet) och upphävde invändningsenhetens beslut. Överklagandenämnden ansåg att omsättningskretsen bestod av den stora allmänheten i Europeiska unionen. De varor i klass 33 som avses med det sökta varumärket, nämligen ”spritdrycker, bland annat whisky”, liknar, enligt överklagandenämnden, inte de varor i klasserna 29 och 31 som avses med de äldre varumärkena (se punkterna 20 och 21 i det angripna beslutet). Det föreligger en låg varuslagslikhet mellan de varor i klass 33 som avses med det sökta varumärket och de varor i klass 32 som avses med de äldre varumärkena (se punkterna 22–28 i det angripna beslutet). De motstående kännetecknen företer en medelhög grad av likhet i visuellt hänseende (se punkt 33 i det angripna beslutet) och av fonetisk likhet (se punkt 34 i det angripna beslutet), men är olika i begreppsmässigt hänseende (se punkterna 35–37 i det angripna beslutet). Överklagandenämnden ansåg i huvudsak att de äldre varumärkenas särskiljningsförmåga var något lägre än medelhög på grund av att ordet gold har låg särskiljningsförmåga (se punkterna 38–40 i det angripna beslutet). Överklagandenämnden angav slutligen att efter en avvägning mellan samtliga omständigheter i förevarande mål i samband med bedömningen av risken för förväxling kunde slutsatsen dras att risk för förväxling inte förelåg mellan de motstående kännetecknen (se punkterna 41–47 i det angripna beslutet).

Parternas yrkanden

16 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

— ogiltigförklara det angripna beslutet, och

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

17 Harmoniseringsbyrån och intervenienten har yrkat att tribunalen ska

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

18 Sökanden har åberopat fyra grunder till stöd för sin talan. Dessa grunder avser åsidosättande av artiklarna 8.1 b, 64, 75 andra meningen, respektive, i andra hand, artikel 75 första meningen i förordning nr 207/2009. Sökanden har i huvudsak gjort gällande att de motstående kännetecknen liknar varandra i visuellt, fonetiskt och begreppsmässigt hänseende, att de äldre varumärkena har en ursprunglig särskiljningsförmåga som har höjts till följd av användningen och att de varor som avses med de motstående kännetecknen är av liknande slag. Sökanden anser att det därför föreligger risk för förväxling mellan de motstående kännetecknen hos omsättningskretsen.

19 Harmoniseringsbyrån och intervenienten har bestritt att talan kan bifallas på dessa grunder. De anser att risk för förväxling mellan de motstående kännetecknen inte föreligger.

Inledande synpunkter

20 Enligt artikel 8.1 b i förordning nr 207/2009 ska det varumärke som ansökan gäller inte kunna registreras om innehavaren av ett äldre varumärke invänder och om det – på grund av att det är identiskt med eller liknar det äldre varumärket och de varor eller tjänster som omfattas av varumärkena är identiska eller av liknande slag – föreligger en risk att allmänheten förväxlar dem inom det område där det äldre varumärket är skyddat, inbegripet risken för att varumärket associeras med det äldre varumärket.

21 Enligt fast rättspraxis föreligger risk för förväxling om det finns risk för att allmänheten kan tro att varorna eller tjänsterna i fråga kommer från samma företag eller från företag med ekonomiska band. Enligt denna rättspraxis ska det vid prövningen av huruvida det föreligger risk för förväxling göras en helhetsbedömning med utgångspunkt i hur omsättningskretsen uppfattar de ifrågavarande kännetecknen och varorna eller tjänsterna samt mot bakgrund av samtliga relevanta faktorer i det enskilda fallet, bland annat samspelet mellan kännetecknenslikheten och varu- eller tjänsteslagslikheten (se förstainstansrättens dom av den 9 juli 2003 i mål T-162/01, Laboratorios RTB mot harmoniseringsbyrån - Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), REG 2003, s. II-2821, punkterna 30–33 och där angiven rättspraxis).

22 För att det ska föreligga risk för förväxling enligt artikel 8.1 b i förordning nr 207/2009 krävs såväl att de motstående varumärkena är identiska eller liknar varandra som att de varor eller tjänster som avses är identiska eller av liknande slag. Det är fråga om kumulativa villkor (se förstainstansrättens dom av den 22 januari 2009 i mål T-316/07, Commercy mot harmoniseringsbyrån - easyGroup IP Licensing (easyHotel), REG 2009, s. II-43, punkt 42 och där angiven rättspraxis).

Omsättningskretsen

23 Enligt rättspraxis ska en normalt informerad och skäligen uppmärksam och medveten genomsnittskonsument av det ifrågavarande varuslaget beaktas vid helhetsbedömningen av risken för förväxling. Det ska även beaktas att genomsnittskonsumentens uppmärksamhet kan variera beroende på vilket varu- eller tjänsteslag det är fråga om (se förstainstansrättens dom av den 13 februari 2007 i mål T-256/04, Mundipharma mot harmoniseringsbyrån - Altana Pharma (RESPICUR), REG 2007, s. II-449, punkt 42 och där angiven rättspraxis).

24 Med hänsyn till de varor som är i fråga i förevarande mål, finner tribunalen att överklagandenämnden gjorde en riktig bedömning när den angav att omsättningskretsen utgörs av den stora allmänheten. Parterna har för övrigt inte ifrågasatt denna definition.

25 Eftersom det angripna beslutet har grundats på bland annat ett äldre gemenskapsvarumärke, ska omsättningskretsen anses utgöras av en genomsnittskonsument i unionen.

Varuslagsjämförelsen

26 Vid bedömningen av varu- eller tjänsteslagslikheten ska, enligt fast rättspraxis, samtliga relevanta faktorer som är kännetecknande för förhållandet mellan varorna eller tjänsterna beaktas, särskilt deras art, avsedda ändamål och användningsområde samt huruvida de konkurrerar med eller kompletterar varandra. Även andra faktorer kan beaktas, som exempelvis de aktuella varornas distributionskanaler (se förstainstansrättens dom av den 11 juli 2007 i mål T-443/05, El Corte Inglés mot harmoniseringsbyrån - Bolaños Sabri (PiraÑAM diseño original Juan Bolaños), REG 2007, s. II-2579, punkt 37 och där angiven rättspraxis).

27 Överklagandenämnden ansåg i det angripna beslutet att de varor i klass 33 som omfattas av det sökta varumärket skilde sig från de varor i klasserna 29 och 31 som omfattas av de äldre varumärkena (se punkterna 20 och 21 i det angripna beslutet). Överklagandenämnden ansåg vidare att de varor i klass 33 som avses med det sökta varumärket och de varor i klass 32 som omfattas av de äldre varumärkena endast liknade varandra i låg grad (se punkt 28 i det angripna beslutet).

28 Sökanden har bestritt överklagandenämndens bedömning att de varor i klass 33 som avses med det sökta varumärket och de varor i klass 32 som omfattas av de äldre varumärkena endast liknade varandra i låg grad. Sökanden anser att det för dessa varor föreligger en likhet av normalgraden.

29 Sökanden har således inte ifrågasatt överklagandenämndens bedömning att de varor i klass 33 som omfattas av det sökta varumärket inte liknar de varor i klasserna 29 och 31 som avses med de äldre varumärkena. Sökanden har dock begränsat sin anmärkning till överklagandenämndens bedömning av likheten mellan de varor i klass 33 som avses med det sökta varumärket och de varor i klass 32 som omfattas av de äldre varumärkena.

30 Beträffande den sistnämnda jämförelsen anser sökanden för det första att den omständigheten att vissa konsumenter är uppmärksamma på skillnaden mellan alkoholhaltiga och alkoholfria drycker inte innebär att det går att bortse från den likhet som i övrigt föreligger mellan de ifrågavarande varorna. Enligt sökanden är det för den största delen av konsumenterna inte avgörande om en dryck innehåller alkohol eller inte. De väljer spontant, med hänsyn till vad de vill ha för ögonblicket, bland det urval av drycker som anges på en drinklista eller en matsedel. Sökanden har härvid invänt mot att förstainstansrättens dom av den 18 juni 2008 i mål T-175/06, Coca-Cola mot harmoniseringsbyrån - San Polo (MEZZOPANE) (REG 2008, s. II-1055) åberopats, eftersom det målet avsåg vin och inte spritdrycker.

31 Överklagandenämnden gjorde en riktig bedömning när den fann att varorna är av olika slag beroende på om de innehåller alkohol eller inte. Omsättningskretsen uppfattar det förhållandet att alkohol ingår – eller inte ingår – i en dryck som en skillnad som är väsentlig för slaget av de ifrågavarande dryckerna. I motsats till vad sökanden har gjort gällande är den stora allmänheten i unionen uppmärksam och skiljer mellan drycker som innehåller respektive inte innehåller alkohol, och detta även när drycken väljs med hänsyn till vad vederbörande vill ha för ögonblicket. Överklagandenämnden gjorde således en riktig bedömning när den, med hänvisning till domen i det ovan i punkt 30 nämnda målet MEZZOPANE (punkterna 80–82), i det angripna beslutet angav att konsumenterna gör denna åtskillnad vid jämförelsen mellan spritdrycker med det sökta varumärket och icke-alkoholhaltiga drycker med de äldre varumärkena.

32 Sökanden har för det andra gjort gällande att det föreligger avsevärda likheter mellan det avsedda ändamålet och användningsområdet för de varor som omfattas av de motstående kännetecknen. Spritdrycker blandas nämligen ofta med icke-alkoholhaltiga drycker, och dessa drycker förpackas ibland som blandningar, såsom i fråga om alkoläsk. De dricks även tillsammans som cocktailar eller så kallade long drinks.

33 Det ska härvid påpekas att överklagandenämnden inte gjorde en felaktig bedömning när den fann att de ifrågavarande varorna delvis liknar varandra i fråga om det avsedda ändamålet och användningsområdet. Det förhållandet att spritdrycker ofta blandas med icke-alkoholhaltiga drycker påverkar, oavsett om de är förpackade så eller dricks som cocktailar eller long drinks, inte den omständigheten att spritdrycker, däribland whisky, även ofta förpackas och konsumeras som de är.

34 Sökanden har för det tredje bestritt överklagandenämndens bedömning att omsättningskretsen inte utgår ifrån att spritdrycker och icke-alkoholhaltiga drycker tillverkas av samma företag, eftersom spritdrycker tillverkas enligt en särskild metod som skiljer sig helt från hur icke-alkoholhaltiga drycker tillverkas. Sökanden anser att denna bedömning inte stämmer överens med verkligheten och har till stöd för detta argument anfört exempel på tillverkare av fruktjuicer och fruktbrännvin samt webbsidor.

35 Det ska härvid påpekas att sökanden har förebringat ovannämnda bevisning först vid tribunalen. En talan vid tribunalen syftar emellertid till att få till stånd en prövning av lagenligheten av överklagandenämndernas beslut i den mening som avses i artikel 65 i förordning nr 207/2009, och tribunalen ska därför inte bedöma de faktiska omständigheterna på nytt mot bakgrund av handlingar som getts in först vid tribunalen. Dessa handlingar ska således avvisas utan att det är nödvändigt att bedöma deras bevisvärde (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 24 november 2005 i mål T-346/04, Sadas mot harmoniseringsbyrån - LTJ Diffusion (ARTHUR ET FELICIE), REG 2005, s. II-4891, punkt 19 och där angiven rättspraxis). Den omständigheten att

tillverkare av brännvin och andra spritdrycker i ett antal fall även tillverkar icke-alkoholhaltiga drycker påverkar inte bedömningen att genomsnittskonsumenten inte utgår ifrån att spritdrycker och icke-alkoholhaltiga drycker tillverkas av samma företag. Med hänsyn till att produktionsmetoderna är helt olika var det nämligen med rätta överklagandenämnden fann att omsättningskretsen i allmänhet inte anser att alkoholhaltiga och icke-alkoholhaltiga drycker kommer från samma företag.

36 Sökanden anser vidare att varuslagslikheten inte är beroende av huruvida de aktuella varorna har tillverkats på samma produktionsställen, utan av huruvida omsättningskretsen kan tro att de kommer från samma eller närstående företag. Av den omständigheten att spritdrycker, såsom överklagandenämnden anförde, tillverkas enligt en annan metod än icke-alkoholhaltiga drycker, kan i förevarande mål emellertid den slutsatsen dras att omsättningskretsen inte kommer att tro att de två varuslagen kommer från samma eller närstående företag.

37 Sökanden har för det fjärde bestritt överklagandenämndens bedömning att spritdrycker dricks för njutningens skull, medan icke-alkoholhaltiga drycker dricks för att släcka törsten. Enligt sökanden dricks många icke-alkoholhaltiga drycker på grund av sin höga sockerhalt inte för att släcka törsten, utan avsiktligt för smakens och njutningens skull.

38 Tribunalen påpekar härvid att omsättningskretsen inte uppfattar spritdrycker som törstsläckande drycker. Det är visserligen riktigt att många icke-alkoholhaltiga drycker med högt sockerinnehåll inte är törstsläckande, men omsättningskretsen uppfattar dem ändå som törstsläckande, i synnerhet när de serveras kalla. Med hänsyn till hälsoeffekterna av alkoholkonsumtion samt dess inverkan på den intellektuella och fysiska prestationsförmågan, konsumerar genomsnittskonsumenten spritdrycker endast tillfälligtvis, för njutningens och smakens skull. Icke-alkoholhaltiga drycker dricks däremot i allmänhet för att släcka törsten. Detta till trots kan genomsnittskonsumenten välja dem med hänsyn till smaken. Överklagandenämnden gjorde under alla omständigheter en riktig bedömning när den fann att det förhållandet att alkohol ingår eller inte ingår i en dryck och smakskillnaden mellan de spritdrycker och icke-alkoholhaltiga drycker som avses med de äldre varumärkena är väsentligare för omsättningskretsen än det avsedda ändamål och användningsområde som är gemensamt för dryckerna.

39 Sökanden anser för det femte att de ifrågavarande varorna kompletterar varandra, eftersom spritdrycker konsumeras i många former och huvudsakligen blandade.

40 Tribunalen erinrar härvid om att varor ska anses komplettera varandra när det föreligger ett nära samband mellan dem i den meningen att inköp av den ena varan är nödvändigt eller väsentligt för användningen av den andra (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 30 nämnda målet MEZZOPANE, punkt 67). Det kan emellertid inte anses vara nödvändigt att köpa en icke-alkoholhaltig dryck för att kunna köpa en spritdryck eller tvärtom. Det finns förvisso ett samband mellan de båda varuslagen, men endast i fråga om blandade drycker. Det är endast under dessa omständigheter som en köpare av en av dessa varor har anledning att köpa den andra och tvärtom. Såsom tribunalen har redogjort för ovan i punkt 33 konsumeras spritdrycker och icke-alkoholhaltiga drycker emellertid ofta som de är utan att först ha blandats.

41 Med beaktande av vad som ovan anförts gjorde överklagandenämnden inte en felaktig bedömning när den fann att de spritdrycker som avses med det sökta varumärket och de icke-alkoholhaltiga drycker som avses med de äldre varumärkena endast liknar varandra i låg grad.

42 Denna slutsats påverkas inte av att sökanden har åberopat det beslut som fattats av harmoniseringsbyråns fjärde överklagandenämnd (ärende R 83/2003-4). De beslut som harmoniseringsbyråns överklagandenämnder antar med stöd av förordning nr 207/2009 beträffande registrering av ett kännetecken som gemenskapsvarumärke antas enligt fast rättspraxis inom ramen för en normbunden behörighet. Överklagandenämnderna har således inte någon befogenhet att göra skönsmässiga bedömningar. Frågan huruvida överklagandenämndernas beslut är lagenliga ska därför

enbart bedömas på grundval av denna förordning och inte mot bakgrund av en äldre beslutspraxis (domstolens dom av den 26 april 2007 i mål C-412/05 P, Alcon mot harmoniseringsbyrån, REG 2007, s. I-3569, punkt 65, och domen i det ovan i punkt 35 nämnda målet ARTHUR ET FELICIE, punkt 71).

Jämförelsen mellan de motstående kännetecknen

Inledande synpunkter

43 Helhetsbedömningen av risken för förväxling ska, vad gäller de motstående kännetecknens visuella, fonetiska eller begreppsmässiga likhet, grunda sig på det helhetsintryck som kännetecknen åstadkommer med hänsyn särskilt till deras särskiljande och dominerande beståndsdelar. Den uppfattning som genomsnittskonsumenten av de ifrågavarande varorna och tjänsterna har av varumärkena är av avgörande betydelse vid helhetsbedömningen av risken för förväxling. Genomsnittskonsumenten uppfattar vanligtvis ett varumärke som en helhet och ägnar sig inte åt att undersöka varumärkets olika detaljer (se domstolens dom av den 12 juni 2007 i mål C-334/05 P, harmoniseringsbyrån mot Shaker, REG 2007, s. I-4529, punkt 35 och där angiven rättspraxis).

44 Den omständigheten att de äldre varumärken som består av samma ord – wesergold – skrivs än med versaler, än med gemena bokstäver, än med en stor bokstav i början och i mitten av ordet, saknar betydelse för jämförelsen mellan de ifrågavarande kännetecknen. Såsom framgår av rättspraxis är ett ordmärke ett märke som uteslutande består av bokstäver, ord eller ordsammansättningar, som skrivs med tryckbokstäver i ett standardtypsnitt, utan särskilda grafiska särdrag. Det skydd som uppkommer till följd av registreringen av ett ordmärke avser således det ord som anges i registreringsansökan och inte den särskilda grafiska eller stilistiska utformning som varumärket eventuellt har (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 22 maj 2008 i mål T-254/06, Radio Regenbogen Hörfunk in Baden mot harmoniseringsbyrån (RadioCom), ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 43 och där angiven rättspraxis).

Jämförelsen i visuellt hänseende

45 Sökanden har bestritt överklagandenämndens bedömning att de ifrågavarande kännetecknen i visuellt hänseende liknar varandra i medelhög grad. Sökanden har gjort gällande att de motstående kännetecknen liknar varandra i hög grad i visuellt hänseende, eftersom en versalbokstav inte är en grafisk beståndsdel, utan medför att varumärket delas upp i två ord. I motsatt fall skulle ett blanksteg mellan två ord i ett ordmärke sakna betydelse, och det skulle vara nödvändigt att betrakta märken som består av två eller fler ord som ett märke bestående av ett enda ord. Sökanden har i andra hand hävdat att både det sökta varumärket och de äldre varumärkena enligt det ovannämnda synsättet ska anses utgöra märken bestående av ett enda ord. Sökanden anser för övrigt att de äldre varumärkena uppenbarligen består av två beståndsdelar och att det inte påverkar uttalet om orden särskrivs eller sammanskrivs. De motstående kännetecknen kan uttalas på olika sätt, och inget av dessa är troligare än det andra. Några visuella skillnader framgår inte av skrivsättet.

46 Mot bakgrund av den rättspraxis som anförts ovan i punkt 44, bekräftar tribunalen överklagandenämndens bedömning att användningen av omväxlande stora och små bokstäver i ett av de äldre varumärkena inte inverkar på känneteckensjämförelsen, eftersom de äldre varumärkena är ordmärken. I visuellt hänseende kan därför en uppdelning av de äldre varumärkena i två ord inte göras gällande som sökanden har påstått, och de äldre varumärkena ska anses bestå av ett enda ord.

47 Det förhållandet att det enda ordet i de äldre varumärkena kan uppfattas som en sammanslagning av orden weser och gold påverkar inte överklagandenämndens bedömning att det sökta varumärket i visuellt hänseende kommer att uppfattas som två ord medan det äldre varumärket utgörs av ett enda. Såsom överklagandenämnden angav skiljer sig dessutom det sökta varumärket från de äldre

varumärkena genom bokstäverna t och n, även om de övriga bokstäverna har samma ordningsföljd. Med hänsyn till detta och till att de motstående kännetecknen innehåller bokstavsföljden w, e och s, liksom e och r, samt beståndsdelen gold, gjorde överklagandenämnden inte en oriktig bedömning när den angav att det föreligger en medelhög grad av visuell likhet mellan de motstående kännetecknen.

Jämförelsen i fonetiskt hänseende

48 Sökanden har bestritt överklagandenämndens bedömning att det föreligger en medelhög grad av fonetisk likhet mellan de ifrågavarande kännetecknen (se punkt 34 i det angripna beslutet). Sökanden har gjort gällande att det sökta varumärket och de äldre varumärkena i fonetiskt hänseende liknar varandra i hög grad. De har nämligen lika många stavelser, den sista stavelsen är identisk, de tre första bokstäverna är identiska och de nio på varandra följande ljud som ligger till grund för uttalet av orden är identiska. I det sökta varumärket flyter bokstaven t samman med den föregående bokstaven, s, till ett enda ljud [s], och bokstaven n är knappt hörbar.

49 Tribunalen påpekar att båda de motstående kännetecknen innehåller bokstavsföljden w, e och s, liksom e och r, samt beståndsdelen gold i samma ordning. På grund av bokstäverna t och n i det sökta varumärket WESTERN GOLD, kommer omsättningskretsen att uttala detta på ett annat sätt än de äldre varumärkena. I motsats till vad sökanden har gjort gällande är bokstäverna n och t hörbara och medför att uttalet av det sökta varumärket får en annan rytm och klang åtminstone för en del av omsättningskretsen. Detta gäller den stora allmänheten i Förenade kungariket, Spanien, Frankrike och Tyskland. Den sista stavelsen i det första ordet i det sökta varumärket – stern – kommer därför att uttalas och i fonetiskt hänseende uppfattas som längre än stavelsen ”ser” i de äldre varumärkena. Det beror dessutom på omsättningskretsens språk om bokstaven s i det sökta varumärket uttalas på samma sätt som bokstaven s i de äldre varumärkena, nämligen som [s] eller [z].

50 Överklagandenämnden gjorde därför inte en felaktig bedömning när den fann att det föreligger en medelhög grad av fonetisk likhet mellan de aktuella kännetecknen.

Jämförelsen i begreppsmässigt hänseende

51 I det angripna beslutet fann överklagandenämnden att de motstående kännetecknen var olika i begreppsmässigt hänseende (se punkt 37 i det angripna beslutet).

52 Sökanden har bestritt denna bedömning och gjort gällande att de motstående kännetecknen liknar varandra i begreppsmässigt hänseende. Innebörden av uttrycket western gold är osäker och ogripbar. Den ger därför utrymme för många associationer, som emellertid är abstrakta och inte sådana att skillnaden förstärks. Beståndsdelen gold, som återfinns i båda varumärkena, ger upphov till positiva associationer som framkallar ett omedvetet band mellan varumärkena och därmed medför en tillnärmning av deras innebörd.

53 Tribunalen finner att ordet western kommer att uppfattas som väderstrecket väster eller som en filmgenre, eftersom västernfilmer är en filmgenre som är mycket känd av omsättningskretsen. De båda betydelserna av ordet western är för övrigt starkt förknippade med varandra, eftersom namnet på filmgenren syftar på den del av västra Förenta staterna där handlingen utspelar sig. Överklagandenämnden gjorde dessutom en riktig bedömning när den betonade att många konsumenter förknippar whisky med dessa filmer, eftersom vissa huvudpersoner i filmerna ofta dricker whisky. Omsättningskretsen ger därför ordet western en eller flera exakta betydelser.

54 En del av den tyska omsättningskretsen kommer, såsom överklagandenämnden angav, att uppfatta ordet weser som en hänvisning till namnet på den flod som flyter genom bland annat staden Bremen (Tyskland). Den övriga delen av omsättningskretsen kommer att uppfatta ordet som ett fantasiord.

55 Ordet gold i de aktuella varumärkena kommer att uppfattas som en hänvisning till ädelmetallen guld som har en färg som liknar whiskyns färg. Omsättningskretsen kan dessutom associera ordet gold med en bättre kvalitet, och ordet kan därför uppfattas som en säljfrämjande beståndsdel. Den engelskspråkiga delen av omsättningskretsen, bland annat de engelska och irländska konsumenterna, kommer att förstå det sökta varumärket i betydelsen ”guld från väster”. Att ordet gold förekommer i båda de motstående kännetecknen är emellertid inte tillräckligt för att uppväga skillnaderna beträffande innebörden av de ifrågavarande kännetecknen, med hänsyn till att orden western och weser har olika betydelse.

56 Överklagandenämnden gjorde därför inte en felaktig bedömning när den fann att de aktuella kännetecknen var olika i begreppsmässigt hänseende.

Mellanliggande bedömning

57 Av vad som anförts följer beträffande kännetecknensjämförelsen att överklagandenämnden gjorde en riktig bedömning när den slog fast att de motstående kännetecknen liknar varandra i visuellt och fonetiskt hänseende, men att de är olika i begreppsmässigt hänseende.

58 Tribunalen erinrar härvid om att det i ett helhetsperspektiv föreligger likhet mellan varumärkena när dessa liknar varandra i visuellt och fonetiskt hänseende, utom om det föreligger stora skillnader i begreppsmässigt hänseende. Sådana skillnader kan uppväga ljudlikheter och visuella likheter om åtminstone ett av kännetecknen ur omsättningskretsens synvinkel har en så tydlig och bestämd betydelse, att omsättningskretsen omedelbart kan förstå den (domstolens dom av den 13 september 2007 i mål C-234/06 P, Il Ponte Finanziaria mot harmoniseringsbyrån, REG 2007, s. I-7333, punkt 34). Med hänsyn till skillnaderna i begreppsmässigt hänseende mellan de motstående kännetecknen är detta fallet i förevarande mål. Härav följer att kännetecknen i ett helhetsperspektiv är olika varandra, trots att de liknar varandra i visuellt och fonetiskt hänseende.

59 Tribunalen ska därför pröva överklagandenämndens bedömning av de äldre varumärkenas särskiljningsförmåga. Sökanden har ifrågasatt denna bedömning.

De äldre varumärkenas särskiljningsförmåga

De äldre varumärkenas ursprungliga särskiljningsförmåga

60 Överklagandenämnden fann i det angripna beslutet att de äldre varumärkenas särskiljningsförmåga var något lägre än den medelhöga särskiljningsförmåga som invändningsenheten tillmätte dem. Omsättningskretsen uppfattar nämligen beståndsdelen gold som ett säljfrämjande begrepp eller som en hänvisning till den gyllene färgen hos vissa drycker (se punkt 39 i det angripna beslutet).

61 Sökanden har ifrågasatt överklagandenämndens bedömning i detta avseende. Sökanden har hävdat att inte alla de drycker som omfattas av de äldre varumärkena har en gyllengul färg och att de äldre varumärkena i sin helhet har åtminstone medelhög särskiljningsförmåga, oberoende av att ordet gold har lägre särskiljningsförmåga.

62 Tribunalen finner att ordet gold, oberoende av den omständigheten att en del av de drycker som omfattas av de äldre varumärkena inte har en gyllengul färg, är ett säljfrämjande ord som används allmänt för den yppersta varukvaliteten. Detta ord har därför låg särskiljningsförmåga. Denna del av de äldre varumärkena medför därmed att deras ursprungliga särskiljningsförmåga försvagas. Det följer av en bedömning av helhetsintrycket av vart och ett av de äldre varumärkena att överklagandenämnden inte gjorde en felaktig bedömning när den slog fast att de äldre varumärkena hade en ursprunglig särskiljningsförmåga som var något lägre än medelhög.

Huruvida särskiljningsförmågan har höjts till följd av användningen

63 Sökandebolaget har, beträffande frågan huruvida särskiljningsförmågan har höjts till följd av användningen av de äldre varumärkena, bestritt överklagandenämndens bedömning att sökanden inte hade åberopat detta. Sökandebolaget har härvid hänvisat till sin inlaga till invändningsenheten av den 10 mars 2008 och till sin inlaga till överklagandenämnden av den 22 december 2009, i vilken detta bolag hänvisade till inlagan av den 10 mars 2008. Sökandebolaget anser att det kunde göra denna hänvisning, eftersom invändningsenheten hade funnit att de äldre varumärkena hade en särskiljningsförmåga av normalgraden och det därför inte var nödvändigt att detta bolag uttryckligen upprepade sina skrivelser. Sökandebolaget har hävdat att det inte bedömde att det var nödvändigt att sända handlingar avseende användningen av dess varumärke, eftersom det hade anledning att anta att föremålet för överklagandet hade utformats med hänsyn till invändningsenhetens beslut, som endast avsåg det äldre gemenskapsvarumärket och det sökta varumärket.

64 Tribunalen erinrar härvid om ett flertal omständigheter.

65 Till följd av en begäran under förfarandet vid invändningsenheten från den som ansökt om varumärkesregistrering, ombads sökanden, i enlighet med artikel 42.2 i förordning nr 207/2009, att lägga fram bevis för att de äldre varumärken som varit registrerade i minst fem år före dagen för invändningen verkligen hade använts.

66 Som svar på denna begäran fogade sökanden bevisning till sin inlaga av den 10 mars 2008, för att visa att de äldre varumärkena verkligen hade använts. I denna inlaga angav sökanden vidare att ”[s]aluföringen av dessa varor, av vilka praktiskt taget samtliga endast säljs i Europeiska unionen och i Schweiz, [utgör] bevis för, inte bara att det varumärke som lagts till grund för sökandens invändning verkligen använts, utan även för att detta varumärkes särskiljningsförmåga har höjts till följd av användningen”. Sökanden anförde vidare att ”varorna [var] delvis identiska, att varumärkena [hade] liknande lydelser och dessutom att de äldre varumärken – WESERGOLD – som lagts till grund för invändningen [hade] normal ursprunglig särskiljningsförmåga som höjts väsentligt till följd av användningen. Risk för förväxling förelåg därför mellan varumärkena”.

67 Invändningsenheten biföll sökandens invändning genom beslut av den 11 juni 2009 och angav att risk för förväxling mellan de motstående varumärkena förelåg. Den part som ansökt om registrering av varumärke och intervenerat i förevarande mål överklagade invändningsenhetens beslut till överklagandenämnden. Sökanden i förevarande mål intervenerade i förfarandet vid överklagandenämnden till stöd för sin invändning och för invändningsenhetens beslut.

68 I sin svarsinlaga av den 22 december 2009 i förfarandet vid överklagandenämnden hänvisade sökanden till de handlingar som ingetts i invändningsförfarandet, och däribland inlagan av den 10 mars 2008.

69 I det angripna beslutet ansåg överklagandenämnden att ”invändaren inte [hade] åberopat argument för att de äldre varumärkenas särskiljningsförmåga hade höjts till följd av användningen av dem” (se punkt 40 i det angripna beslutet).

70 Såsom framgår av vad som ovan anförts anförde sökanden i sitt försvar vid överklagandenämnden inte uttryckligen argument om höjd särskiljningsförmåga till följd av användningen av de äldre varumärkena. Sökanden begränsade sig till att hänvisa till sina skrivelser vid invändningsenheten. Dessa skrivelser innehöll emellertid ett påstående som stöddes av bevisning för att de äldre varumärkenas särskiljningsförmåga hade höjts till följd av användningen av dem.

71 Det framgår av artikel 64.1 i förordning nr 207/2009 att överklagandenämnden, efter det att den har prövat om överklagandet är befogat, ska avgöra överklagandet, och att den därvid får ”vidta de åtgärder som kunnat vidtas av den enhet som meddelat det överklagade beslutet”. I förevarande fall innebär det att överklagandenämnden själv ska pröva invändningen och avslå eller bifalla densamma,

och därigenom fastställa eller upphäva det överklagade beslutet. Det följer således av artikel 64.1 i förordning nr 207/2009 att överklagandenämnden till följd av överklagandet ska göra en ny, fullständig prövning av invändningen i sak, det vill säga både en rättslig prövning och en prövning av de faktiska omständigheterna (domstolens dom av den 13 mars 2007 i mål C-29/05 P, harmoniseringsbyrån mot Kaul, REG 2007, s. I-2213, punkt 57, förstainstansrättens dom av den 23 september 2003 i mål T-308/01, Henkel mot harmoniseringsbyrån - LHS (UK) (KLEENCARE), REG 2003, s. II-3253, punkt 29, och av den 14 december 2011 i mål T-504/09, Völkl mot harmoniseringsbyrån – Marker Völkl (VÖLKL), REU 2011, s. II-8179, punkt 53).

72 Oberoende av den omständigheten att sökanden vid överklagandenämnden uttryckligen hänvisade till sina skrivelser vid invändningsenheten, var överklagandenämnden skyldig att pröva samtliga argument som anfördes vid invändningsenheten. Eftersom sökanden under förfarandet vid invändningsenheten hade gjort gällande att särskiljningsförmågan hade höjts till följd av användningen av de äldre varumärkena, kunde överklagandenämnden inte slå fast att sökanden inte hade åberopat argument för en höjning av de äldre varumärkenas särskiljningsförmåga till följd av användningen av dem.

73 Härav följer att överklagandenämnden i förevarande fall tillämpade artikel 8.1 b i förordning nr 207/2009 på ett felaktigt sätt.

74 Denna slutsats påverkas inte av harmoniseringsbyråns och intervenientens olika argument.

75 Tribunalen påpekar följande beträffande harmoniseringsbyråns argument om att sökanden endast i en bisats, i samband med diskussionen om frågan om bevis på verklig användning av de äldre varumärkena, angett att särskiljningsförmågan hade höjts till följd av användningen, och att detta således skett för sent.

76 Det framgår av handlingarna i ärendet hos harmoniseringsbyrån att invändningsenheten i en skrivelse av den 8 januari 2008 uppmanade sökanden att ta ställning till frågan om verklig användning av det äldre polska varumärke som registrerats under nr 161413 och det äldre tyska varumärke som registrerats under nr 902472. Sökanden ombads särskilt att ta ställning till och förebringa bevisning för denna användning inom två månader från datumet för skrivelsen, det vill säga till den 9 mars 2008. Invändningsenheten angav vidare att även den frist som sökanden hade föreskrivits för att lägga fram fakta, bevis och argument till stöd för invändningen förlängdes till den 9 mars 2008.

77 Sökanden besvarade denna skrivelse genom inlagan av den 10 mars 2008, som sändes till harmoniseringsbyrån per telefax samma dag. Såsom anges ovan i punkt 66, förebringade sökanden i denna inlaga bevisning för att de äldre varumärkena verkligen använts och gjorde gällande att särskiljningsförmågan hade höjts till följd av användningen av de äldre varumärkena.

78 I motsats till vad harmoniseringsbyrån har påstått vid tribunalen, medför inte den omständigheten att sökanden i sitt svar på begäran om bevis för att de äldre varumärkena verkligen använts gjorde gällande att särskiljningsförmågan hade höjts till följd av användningen, att sökandens argument – att särskiljningsförmågan hade höjts till följd av användningen av de äldre varumärkena – anfördes för sent. I sin skrivelse av den 8 januari 2008 gav invändningsenheten nämligen uttryckligen sökanden tillåtelse att lägga fram fakta, bevis och argument till stöd för invändningen fram till den 9 mars 2008.

79 Sökandens inlaga av den 10 mars 2008 kan inte anses ha inkommit för sent till harmoniseringsbyrån. Enligt regel 72 i kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av rådets förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärke (EGT L 303, s. 1) ska, om en tidsgräns utlöper på en dag då harmoniseringsbyrån inte är öppen för mottagande av dokument, tidsfristen förlängas till den första dag därefter då harmoniseringsbyrån är öppen för mottagande av dokument och då normal post levereras. I denna regel föreskrivs att de dagar då harmoniseringsbyrån inte är öppen för mottagande av dokument ska bestämmas av harmoniseringsbyråns ordförande före varje kalenderårs början. För år 2008 antog

harmoniseringsbyråns ordförande den 17 december 2007 beslut EX-07-05 om de dagar då harmoniseringsbyrån inte skulle vara öppen för mottagande av dokument och då normal post inte skulle levereras. I detta beslut erinras om beslut nr ADM-95-23 som fattades av harmoniseringsbyråns ordförande den 22 december 1995 (*Harmoniseringsbyråns officiella tidning*, 1995, s. 487). I detta beslut slås fast att harmoniseringsbyrån inte är öppen för allmänheten på lördagar och söndagar. Eftersom den 9 mars 2008 var en söndag, gavs sökandens inlaga, som ingavs den 10 mars 2008, inte in för sent. Harmoniseringsbyrån har medgett detta under förhandlingen.

80 Med anledning av att harmoniseringsbyrån har anfört att sökanden i sin svarsinlaga till överklagandenämnden inte specifikt åberopade att särskiljningsförmågan höjts till följd av användningen, påpekar tribunalen att detta inte inverkar på harmoniseringsbyråns skyldighet att, när den själv avgör invändningen, göra en ny, fullständig prövning av invändningen i sak, det vill säga både en rättslig prövning och en prövning av de faktiska omständigheterna. Omfattningen av den bedömning som överklagandenämnden är skyldig att företa beträffande det överklagade beslutet avgörs nämligen i princip inte av de grunder som anförs av den part som överklagat (domen i det ovan i punkt 71 nämnda målet KLEENCARE, punkt 29). Omfattningen av överklagandenämndens prövning begränsas i ännu mindre grad av avsaknaden av tydlighet vad gäller vissa invändningar vid överklagandenämnden. Av de skäl som anges ovan i punkt 76 och följande punkter, innefattar en fullständig prövning av invändningen i sak en bedömning av huruvida särskiljningsförmågan har höjts till följd av användningen av de äldre varumärkena.

81 Försåvitt intervenienten och harmoniseringsbyrån har anfört att sökandens argument att särskiljningsförmågan höjts till följd av användningen saknar grund och inte stöds genom relevant bevisning, påpekar tribunalen att överklagandenämnden inte anförde denna motivering i det angripna beslutet. Eftersom överklagandenämnden felaktigt underlät att göra en bedömning av argument och bevisning för att särskiljningsförmågan höjts till följd av användningen, ankommer det inte på tribunalen att bedöma dessa argument och denna bevisning i samband med en talan om ogiltigförklaring av det angripna beslutet. I samband med en sådan talan kan tribunalen nämligen inte, vid sin prövning av beslutets lagenlighet, utföra den prövning av de faktiska omständigheterna som harmoniseringsbyrån har underlåtit att göra. Om tribunalen, såsom i förevarande fall, i samband med en talan om ogiltigförklaring finner att ett angripet beslut från harmoniseringsbyrån inte är lagenligt, ska den ogiltigförklara beslutet i fråga. Den kan inte ogilla talan genom att ersätta den motivering som lämnats av harmoniseringsbyråns behöriga enhet, som är den som har utfärdat den angripna rättsakten, med sin egen (tribunalens dom av den 9 september 2010 i mål T-70/08, Axis mot harmoniseringsbyrån – Etra Investigación y Desarrollo (ETRAX), REU 2010, s. II-4645, punkt 29).

82 Mot bakgrund av samtliga ovan anförda omständigheter finner tribunalen att överklagandenämnden gjorde en felaktig bedömning när den slog fast att sökanden inte hade gjort gällande att de äldre varumärkenas särskiljningsförmåga har höjts till följd av användningen. Detta fel innebär att överklagandenämnden har underlåtit att pröva en omständighet som potentiellt kan vara av relevans inom ramen för helhetsbedömningen av huruvida det föreligger risk för förväxling mellan det omtvistade varumärket och de äldre varumärkena (se, för ett liknande resonemang, tribunalens dom av den 7 februari 2012 i mål T-424/10, Dosenbach-Ochsner mot harmoniseringsbyrån – Sisma (varumärke som föreställer elefanter i en rektangel), REU 2012, punkt 55 och följande punkter samt där angiven rättspraxis).

83 Enligt artikel 62.1 första meningen i förordning nr 40/94 (nu artikel 64.1 första meningen i förordning nr 207/2009) ska överklagandenämnden avgöra överklagandet efter prövning av om överklagandet är befogat. I denna prövningsskyldighet ingår att beakta särskiljningsförmåga som förvärvats till följd av användning, när detta har gjorts gällande. Det är inte uteslutet att överklagandenämnden, efter en prövning av de argument som sökanden anförde och den bevisning som denne förebringade under förfarandet vid harmoniseringsbyrån beträffande särskiljningsförmåga som förvärvats till följd av användning, skulle ha fattat ett beslut med annat innehåll än det angripna beslutet. Genom att överklagandenämnden underlät att göra denna prövning åsidosatte den följaktligen väsentliga

formföreskrifter, vilket innebär att den angripna rättsakten ska ogiltigförklaras (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 10 juni 2008 i mål T-85/07, Gabel Industria Tessile mot harmoniseringsbyrån - Creaciones Garel (GABEL), REG 2008, s. II-823, punkt 20).

84 Talan ska således bifallas på sökandens första grund, och det angripna beslutet ska därför ogiltigförklaras. Det saknas skäl att pröva sökandens övriga grunder.

Rättegångskostnader

85 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

86 Sökanden har yrkat att harmoniseringsbyrån ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom harmoniseringsbyrån och intervenienten har tappat målet, ska harmoniseringsbyrån förpliktas att, förutom att bära sina egna rättegångskostnader, ersätta sökandens rättegångskostnader. Intervenienten ska bära sina egna rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (första avdelningen)

följande:

1) Det beslut som fattats av första överklagandenämnden vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån) den 24 mars 2010 (ärende R 770/2009-1) ogiltigförklaras.

2) Harmoniseringsbyrån ska bära sina egna rättegångskostnader och ersätta rättegångskostnaderna för Wesergold Getränkeindustrie GmbH & Co. KG.

3) Lidl Stiftung & Co. KG ska bära sina egna rättegångskostnader.

Azizi Frimodt Nielsen Kancheva

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 21 september 2012.

Underskrifter

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten 2

Parternas yrkanden 4

Rättslig bedömning 4

Inledande synpunkter 4

Omsättningskretsen 5

Varuslagsjämförelsen 5

Jämförelsen mellan de motstående kännetecknen 8

Inledande synpunkter 8

Jämförelsen i visuellt hänseende 8

Jämförelsen i fonetiskt hänseende 9

Jämförelsen i begreppsmässigt hänseende 9

Mellanliggande bedömning 10

De äldre varumärkenas särskiljningsförmåga 10

De äldre varumärkenas ursprungliga särskiljningsförmåga 10

Huruvida särskiljningsförmågan har höjts till följd av användningen 11

Rättegångskostnader 14