RETTENS DOM (Anden Afdeling)

3. september 2010 *

I sag T-472/08,

Companhia Muller de Bebidas, Pirassununga (Brasilien), ved avocats G. Da Cunha Ferreira og I. Bairrão,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved A. Folliard-Monguiral, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

den anden part i sagen for appelkammeret ved Harmoniseringskontoret:

Missiato Industria e Comercio Ltda, Santa Rita Do Passa Quatro (Brasilien),

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 4. juli 2008 af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 1687/2007-1) vedrørende en indsigelsessag mellem Companhia Muller de Bebidas og Missiato Industria e Comercio Ltda,

har

RETTEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, I. Pelikánová (refererende dommer), og dommerne K. Jürimäe og S. Soldevila Fragoso,

justitssekretær: E. Coulon,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 22. oktober 2008,

under henvisning til svarskriftet indleveret til Rettens Justitskontor den 9. marts 2009,

under henvisning til replikken, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 12. maj 2009,

under henvisning til, at ingen af parterne har fremsat nogen anmodning om fastsættelse af et retsmøde inden for en frist af en måned, efter at det var forkyndt, at den skriftlige forhandling var afsluttet, har Retten på grundlag af den refererende dommers rapport og i henhold til Rettens procesreglements artikel 135a besluttet at træffe afgørelse, uden at retsforhandlingerne omfatter et mundtligt stadium,

under henvisning til genåbningen af den skriftlige procedure,

under henvisning til Rettens skriftlige spørgsmål til parterne,

under henvisning til de indlæg, der blev indleveret af parterne til Rettens Justitskontor den 1. og 10. marts 2010,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Den 2. december 2003 indgav Missiato Industria e Comercio Ltda 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), som ændret (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)).

2 Varemærket, der er søgt registreret (herefter »det ansøgte varemærke«), er følgende figurtegn:

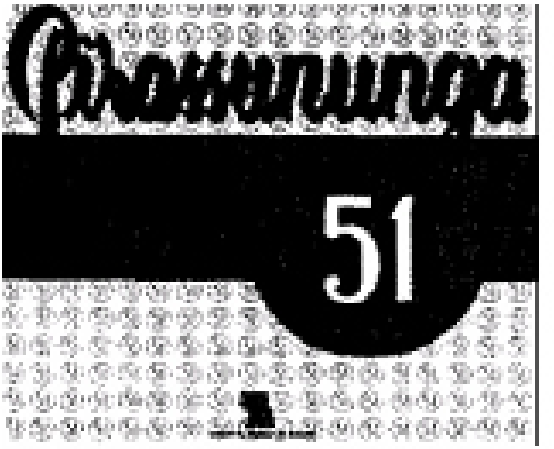


3 De varer, som varemærkeansøgningen vedrører, henhører under klasse 33 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse: »alkoholholdige drikke (dog ikke øl)«.

4 Registreringsansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 39/2004 den 27. september 2004.

5 Den 27. december 2004 rejste sagsøgeren, Companhia Muller de Bebidas, indsigelse i medfør af artikel 42 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 41 i forordning nr. 207/2009) mod registreringen af det ansøgte varemærke for de varer, der er omfattet af registreringsansøgningen. Indsigelsen blev navnlig støttet på følgende ældre rettigheder (herefter »de ældre varemærker«):

— det nedenfor gengivne portugisiske figurmærke, indgivet den 19. april 1991, registreret den 30. marts 1993 under nummer 273105 for »alkoholholdige drikke« i klasse 33 i Nicearrangementet:



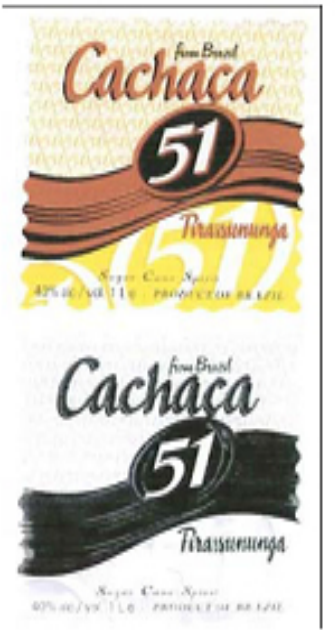
— det nedenfor gengivne portugisiske figurmærke, indgivet den 10. august 1998, registreret den 21. august 2001 under nummer 331952 for »alkoholholdige drikke« i klasse 33 i Nicearrangementet:



— det nedenfor gengivne danske figurmærke, indgivet den 30. juni 1995, registreret den 10. november 1998 under referencen VR 199803649 for »likør fremstillet af sukkerrør« i klasse 33 i Nicearrangementet:



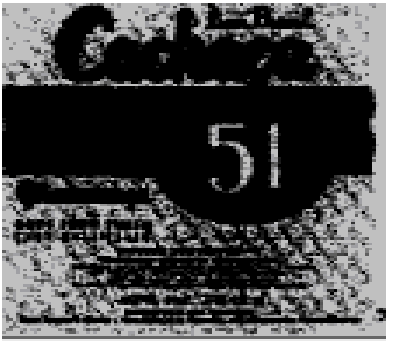
— den nedenfor gengivne række figurmærker fra Det Forenede Kongerige, indgivet og registreret den 11. oktober 2000 under nummer 2248316 for »alkoholholdige drikke fremstillet af sukkerrør« i klasse 33 i Nicearrangementet:



— det nedenfor gengivne spanske figurmærke, registreret den 22. oktober 2001 under nummer 2354943, for »alkoholholdige drikke (dog ikke øl) fremstillet af sukkerrør« i klasse 33 i Nicearrangementet:



— det nedenfor gengivne østrigske figurmærke, indgivet den 29. juni 1995, registreret den 18. december 1995 under nummer 161564, for »alkoholholdige drikke fremstillet af destilleret sukkerrør« i klasse 33 i Nicearrangementet:



— det nedenfor gengivne figurmærke, der i Portugal er velkendt for »alkoholholdige drikke« i klasse 33 i Nicearrangementet:



— det i Portugal velkendte ordmærke CACHAÇA 51 for »alkoholholdige drikke« i klasse 33 i Nicearrangementet.

6 Sagsøgeren gjorde for Indsigelsesafdelingen gældende, at der var risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009]. Sagsøgeren støttede ligeledes indsigelsen på sine to varemærker, som sagsøgeren påstod var velkendte i Portugal i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 2, litra c), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 8, stk. 2, litra c), i forordning nr. 207/2009].

7 Ved afgørelse af 4. september 2007 forkastede Indsigelsesafdelingen indsigelsen i sin helhed. Den 29. oktober 2007 påklagede sagsøgeren afgørelsen til Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009).

8 Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret gav afslag på klagen ved afgørelse af 4. juli 2008 (herefter »den anfægtede afgørelse«). Harmoniseringskontoret vurderede, idet det tilsluttede sig Indsigelsesafdelingens argumentation, at der, henset til forskellene mellem de omtvistede varemærker, ikke foreligger nogen risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker i den forstand, som er omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

Parternes påstande

9 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres, for så vidt den stadfæstede Indsigelsesafdelingens afgørelse om tilladelse til registrering af det ansøgte varemærke.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

10 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 10. marts 2010 frafaldt sagsøgeren sin påstand om omgørelse af den anfægtede afgørelse og om, at registreringen af det ansøgte varemærke skulle erklæres ugyldig.

11 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Formaliteten vedrørende dokumenter fremlagt for første gang for Retten

12 Sagsøgeren har i bilag 9-11 til stævningen vedlagt dokumenter, som indeholder beedigede erklæringer med henblik på at understøtte påstanden om, at de ældre ord- og figurmærker CACHAÇA 51 og Cachaça 51 er vitterligt kendt i Portugal (jf. præmis 5 ovenfor).

13 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at disse dokumenter, hvis de blev taget i betragtning, ville ændre sagsgenstanden for appelkammeret.

14 De dokumenter, der fremgår af bilag 9-11 til stævningen, og som for første gang er blevet fremlagt for Retten, kan ikke tages i betragtning. Et søgsmål ved Retten har til formål at efterprøve lovligheden af afgørelser truffet af Harmoniseringskontorets appelkamre, jf. artikel 63 i forordning nr. 40/94 (nu 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, og det er ufornødent at undersøge deres beviskraft (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).

Om realiteten

15 Sagsøgeren har til støtte for påstanden om annullation af den anfægtede afgørelse fremført et eneste anbringende, der består af to led. Det første led vedrører en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, mens det andet led vedrører en tilsidesættelse af artikel 52, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 53, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009].

1. *Om det andet led af det eneste anbringende om annullation af den anfægtede afgørelse som følge af en tilsidesættelse af artikel 52, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94*

16 Således som Harmoniseringskontoret med rette har gjort gældende, er det andet led af det eneste anbringende om annullation af den anfægtede afgørelse som følge af en tilsidesættelse af artikel 52, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94 uden genstand. Denne bestemmelse opregner nemlig de relative ugyldighedsgrunde for så vidt angår et EF-varemærke, der allerede er registreret, hvilket ikke er tilfældet for så vidt angår det ansøgte varemærke.

17 Det andet led af det eneste anbringende om annullation af den anfægtede afgørelse skal dermed forkastes som ubegrundet.

2. *Om det første led af det eneste anbringende om annullation af den anfægtede afgørelse som følge af en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94*

18 Med det første led af det eneste anbringende om annullation af den anfægtede afgørelse som følge af en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 har sagsøgeren kritiseret appelkammeret for med urette at have anset forskellene mellem de omtvistede tegn for at være tilstrækkelige til, at der ikke foreligger nogen risiko for forveksling i offentlighedens bevidsthed inden for de omhandlede områder, herunder i Portugal, hvor sagsøgeren har påstået, at de ældre ord- og figurmærker CACHAÇA 51 og Cachaça 51 er velkendte.

Parternes argumenter

19 Til støtte for det første led i det eneste annullationsanbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 har sagsøgeren i det væsentlige fremført syv klagepunkter, hvoraf fremgår, at appelkammeret foretog en fejlagtig fortolkning af denne bestemmelse og af fast retspraksis, hvorefter helhedsvurderingen af de omtvistede varemærker skal foretages i lyset af deres særprægede og dominerende bestanddele. Appelkammerets analyse er derfor behæftet med flere fejl.

20 Til støtte for det første klagepunkt har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret begik en fejl, idet det ikke har vurderet risikoen for forveksling i forhold til den rette relevante offentlighed, og navnlig idet det anså, at den relevante forbruger var den brede offentlighed.

21 Med det andet klagepunkt har sagsøgeren nærmere bestemt gjort gældende, at appelkammeret fejlagtigt anså, at de ældre varemærkers dominerende og særprægede bestanddele var »cachaça« og »51«.

22 Med det tredje klagepunkt har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret fejlagtigt anså, at de omtvistede varemærker ikke gav et identisk visuelt indtryk.

23 I det fjerde klagepunkt har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret med urette kom frem til, at der ikke var nogen særlig stor grad af fonetisk lighed mellem de omtvistede varemærker.

24 I det femte klagepunkt har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret fejlagtigt konkluderede, at der ikke forelå nogen begrebsmæssig lighed mellem de omtvistede tegn.

25 Med det sjette klagepunkt har sagsøgeren nærmere bestemt gjort gældende, at de ovenfor anførte fejl havde indflydelse på den anfægtede afgørelse, eftersom appelkammeret på grund af disse fejl fejlagtigt konkluderede, at der ikke var risiko for forveksling i den relevante kundekreds' bevidsthed.

26 Endelig har sagsøgeren med det syvende klagepunkt gjort gældende, at de dokumenter, som virksomheden har fremlagt, i tilstrækkelig grad beviser, at de ældre ord- og figurmærker CACHAÇA 51 og Cachaça 51 er velkendte i Portugal, eller i det mindste, at de har en høj grad af særpræg i det land. Appelkammeret begik en fejl, idet det fastslog, at tallet »51« var det varemærke, hvorom det skulle fastslå, at det var velkendt, og at det ikke var bevist, at dette var velkendt.

27 Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om frifindelse, eftersom appelkammeret med rette kunne finde, at der i den foreliggende sag ikke foreligger nogen risiko for forveksling i den forstand, som er omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

Rettens bemærkninger

28 Ifølge ordlyden af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er det varemærke, der søges registreret, udelukket fra registrering, hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre mærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art. Risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke.

29 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 denne 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, hvorved der skal tages hensyn til alle relevante faktorer

i sagen, særligt det indbyrdes afhængighedsforhold mellem dels ligheden mellem de omhandlede tegn, dels ligheden mellem de pågældende varer eller tjenesteydelser (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).

30 Ved anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 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).

31 I den foreliggende sag skal det første led i det eneste annullationsanbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 behandles på baggrund af de principper, der er redegjort for ovenfor i præmis 28-30.

Den relevante kundekreds

32 Ifølge retspraksis skal der i forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling tages hensyn til gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer eller tjenesteydelser, som er almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Der må også tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau kan variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om (jf. 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).

33 I den anfægtede afgørelses punkt 20 anså appelkammeret, at den relevante kundekreds var den brede offentlighed, som bestod af en gennemsnitsforbruger i Portugal, Spanien, Det Forenede Kongerige, Østrig og Danmark, som var almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet.

34 Hvad for det første angår de områder, der skal tages i betragtning ved bedømmelsen af risikoen for forveksling, skal det bemærkes — således som appelkammeret med rette anførte i den anfægtede afgørelses punkt 20, uden at dette er blevet bestridt — at eftersom de ældre varemærker er nationale varemærker, udgøres disse områder af de medlemsstater, hvor disse varemærker er beskyttet, nemlig Portugal, Spanien, Det Forenede Kongerige, Østrig og Danmark.

35 Hvad for det andet angår de forbrugere, som udgør den relevante kundekreds, har sagsøgeren med sit første klagepunkt gjort gældende, at den anfægtede afgørelse er behæftet med en fejl, eftersom det ikke er »den brede offentlighed«, men derimod udelukkende unge og midaldrende forbrugere, der udgør de omhandlede forbrugere. Sagsøgeren har i denne forbindelse gjort gældende, at selskabet under sagen for Harmoniseringskontoret beviste, at det er den ovennævnte kundekreds, og ikke børn og ældre, der indtager drikken cachaça.

36 I den foreliggende sag henhører de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke og de ældre varemærker, under klasse 33, som i henhold til Nicearrangementet omfatter »alkoholholdige drikke (dog ikke øl)«. De ældre varemærker, som er registreret i Danmark, Det Forende Kongerige, Spanien og Østrig, er udelukkende registreret for

»likør fremstillet af sukkerrør«, »alkoholholdige drikke fremstillet af destilleret sukkerrør« eller »alkoholholdige drikke fremstillet af sukkerrør«.

37 Det er korrekt, at sagsøgeren i det væsentlige har anført, at selskabet udelukkende anvender de ældre varemærker med henblik på at markedsføre en særlig type alkoholholdige drikke eller likør, der fremstilles i Brasilien af sukkerrør, nemlig cachaça, og at det meget vel kan tænkes, at Missiato Industria e Comercio også vil sælge cachaça under det ansøgte varemærke, eftersom selskabet allerede markedsfører denne type varer under dette varemærke.

38 Det skal imidlertid bemærkes, at de rettigheder, der er knyttet, eller som kan knyttes til de omtvistede varemærker, omfatter hver af de kategorier af varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærkerne er beskyttede, eller hver af de kategorier af varer, der er nævnt i registreringsansøgningen. De forretningsmæssige valg, som indehaverne af de omtvistede varemærker træffer, eller kan træffe, udgør omstændigheder, som skal adskilles fra de rettigheder, der kan afledes af varemærkerne, og de kan ændres, eftersom de udelukkende beror på varemærkeindehavernes ønsker. Så længe listen over de varer, som er omfattet af de omtvistede varemærker, ikke er blevet ændret, kan sådanne omstændigheder ikke have nogen indflydelse på den relevante kundekreds, som skal tages i betragtning ved bedømmelsen af, om der foreligger risiko for forveksling i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 (jf. i denne retning Rettens dom af 13.4.2005, sag T-286/03, Gillette mod KHIM — Wilkinson Sword (RIGHT GUARD XTREME sport), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 33).

39 Idet de varer, for hvilke de ældre varemærker er beskyttede, og de varer, der er omfattet af ansøgningen om registrering af det ansøgte varemærke, er almindelige forbrugsvarer, da de ikke er bestemt til en specialiseret kundekreds, angav appelkammeret med

rette i den anfægtede afgørelses punkt 20, at den relevante kundekreds er en gennemsnitsforbruger i Portugal, Spanien, Det Forenede Kongerige, Østrig eller Danmark, som anses for at være almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet.

40 Selv om alkoholholdige drikke, herunder dem, der fremstilles af sukkerrør, sælges på restauranter og barer, bl.a. i form af cocktails, såsom caipirinha, og visse reklamekampagner for disse drikke navnlig er rettet mod unge og midaldrende, forholder det sig ikke desto mindre således, at de kan købes overalt, og at de ikke udelukkende sælges i specialbutikker, men også i store indkøbscentre, hvorfor de er tilgængelige for den brede offentlighed (jf. i denne retning Rettens dom af 14.12.2006, forenede sager T-81/03, T-82/03 og T-103/03, Mast-Jägermeister mod KHIM — Licorera Zacapaneca (VENADO med ramme m.fl.), Sml. II, s. 5409, præmis 82). Det følger desuden af dokument nr. 1 og 2, som sagsøgeren fremlagde for Harmoniseringskontoret, og som er nævnt i den anfægtede afgørelses punkt 41, at de varer, som er omfattet af de ældre portugisiske varemærker, sælges i detail-/levnedsmiddelbranchen, bl.a. i supermarkeder.

41 Hvad angår sagsøgerens argument om, at appelkammeret ikke i den anfægtede afgørelse udtrykkeligt angav, at den relevante kundekreds udelukkende bestod af voksne, er det tilstrækkeligt at bemærke, at det af hensyn til almenvellet normalt er forbudt at sælge alkoholholdige drikke til børn, og at målgruppen for disse varer alene i kraft af lovgivningen derfor er begrænset til voksne. Der er intet i den anfægtede afgørelse, der giver anledning til at antage, at appelkammeret ikke tog hensyn til de lovgivningsmæssige restriktioner, der er forbundet med gennemsnitsforbrugerens alder i hver medlemsstat, hvilken appelkammeret tog i betragtning ved vurderingen af risikoen for forveksling, og at dets vurdering har været påvirket af en manglende hensyntagen til dette forhold.

42 Sagsøgerens første klagepunkt om, at appelkammeret har givet en forkert definition af den relevante kundekreds i den anfægtede afgørelses punkt 20, skal dermed forkastes.

Om varernes lighed

43 Det følger af fast retspraksis, at der ved vurderingen af de omhandlede varers eller tjenesteydelsers lighed skal 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).

44 Når de varer, for hvilke et ældre varemærke er beskyttet, indbefatter de varer, der er omfattet af en ansøgning om registrering, antages disse varer for at være af samme art (jf. ARTHUR ET FELICIE-dommen, nævnt i præmis 14 ovenfor, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).

45 Sagsøgeren har ikke bestridt appelkammerets vurdering i den anfægtede afgørelses punkt 22 og 36, hvorefter de varer, for hvilke de ældre varemærker er beskyttet, er af samme art som dem, der er omfattet af registreringsansøgningen, eftersom de sidstnævnte »indbefatter (eller indbefattes af) de varer, der er beskyttet af de ældre

varemærker«. I overensstemmelse med den retspraksis, som er nævnt i præmis 44 ovenfor, skal appelkammerets vurdering dermed tiltrædes.

Om ligheden mellem tegnene

— Om de særprægede og dominerende bestanddele

46 Helhedsvurderingen af risikoen for forveksling for så vidt angår den visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige lighed af de omtvistede tegn skal være støttet på det helhedsindtryk, disse giver, idet der navnlig skal tages hensyn til deres særprægede og dominerende bestanddele. Den opfattelse, som gennemsnitsforbrugeren har af de pågældende varer eller tjenesteydelser, spiller en afgørende rolle i helhedsvurderingen af den nævnte risiko. Gennemsnitsforbrugeren opfatter normalt et varemærke som en helhed og foretager ikke en undersøgelse af dets forskellige detaljer (jf. 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).

47 Med henblik på at vurdere det fornødne særpræg af en bestanddel, der udgør et varemærke, skal det vurderes, om denne bestanddel er mere eller mindre egnet til at bidrage til at identificere de varer, for hvilke varemærket er registreret, som hidrørende fra en bestemt virksomhed og dermed til at adskille disse varer fra andre virksomheders. Ved denne vurdering skal der bl.a. tages hensyn til den pågældende bestanddels egentlige egenskaber i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt den beskriver de varer, for hvilke varemærket er registreret (jf. Rettens dom af 13.6.2006, sag T-153/03, Inex mod KHIM — Wiseman (gengivelsen af en kohud), Sml. II, s. 1677, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis, og af 13.12.2007, sag T-242/06, Cabrera Sánchez mod KHIM

— Industrias Cárnicas Valle (el charcutero artesano), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 51).

48 Vurderingen af ligheden mellem to varemærker kan ikke begrænses til, at der alene tages hensyn til én bestanddel i et sammensat varemærke, og til at sammenligne denne bestanddel med et andet varemærke. Sammenligningen skal tværtimod foretages ved at undersøge de pågældende varemærker, hvorved hvert varemærke betragtes i sin helhed. Dette udelukker ikke, at det helhedsindtryk, som et sammensat varemærke fremkalder i erindringen hos den relevante kundekreds, under visse omstændigheder kan være domineret af en eller flere af varemærkets bestanddele (jf. dommen i sagen KHIM mod Shaker, nævnt ovenfor i præmis 46, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis). Det er kun, når alle de andre varemærkebestanddele er uden betydning, at bedømmelsen af ligheden alene kan afhænge af den dominerende bestanddel (Domstolens dom i sagen KHIM mod Shaker, nævnt ovenfor i præmis 46, præmis 42, og af 20.9.2007, sag C-193/06 P, Nestlé mod KHIM, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 42). Dette kan navnlig være tilfældet, når denne bestanddel i sig selv kan præge det billede af dette varemærke, som den relevante offentlighed har i erindringen, således at alle varemærkets andre bestanddele er uden betydning i helhedsindtrykket af mærket (dommen i sagen Nestlé mod KHIM, præmis 43). Domstolen har præciseret, at den omstændighed, at en bestanddel ikke er ubetydelig, ikke indebærer, at den er dominerende, ligesom den omstændighed, at en bestanddel ikke er dominerende, på ingen måde indebærer, at den er ubetydelig (dommen i sagen Nestlé mod KHIM, præmis 44).

49 Når visse bestanddele i et varemærke er beskrivende for de varer og tjenesteydelser, for hvilke varemærket er beskyttet, eller for de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af ansøgningen om registrering, har disse bestanddele kun en svag — endda meget svag — grad af særpræg (jf. i denne retning Rettens dom af 12.9.2007, sag T-363/04, Koipe mod — Aceites del Sur (La Española), Sml. II, s. 3355, præmis 92, og el charcutero artesano-dommen, nævnt ovenfor i præmis 47, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis). Ofte anses de kun for at have dette fornødne særpræg ved en kombination med varemærkets andre bestanddele. På grund af deres svage — endda meget svage — grad af særpræg kan et varemærkes beskrivende bestanddele almindeligvis ikke anses for at være dominerende i forbrugernes helhedsindtryk af varemærket, bortset fra tilfælde, hvor de bl.a. på grund af deres placering eller størrelse fremstår

på en måde, hvorved de sandsynligvis vil kunne trænge ind i forbrugernes opfattelse og blive husket af disse (jf. i denne retning Rettens dom i sagen el charcutero artesano, nævnt ovenfor i præmis 47, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis, og af 12.11.2008, sag T-7/04, Shaker mod KHIM — Limiñana y Botella (Limoncello della Costiera Amalfitana shaker), Sml. II, s. 3085, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis). Dette indebærer imidlertid ikke, at et varemærkes beskrivende bestanddele nødvendigvis er ubetydelige i varemærkets helhedsindtryk. Det skal navnlig i denne forbindelse undersøges, om der er andre af varemærkets bestanddele, som i sig selv vil kunne dominere det billede, som den relevante kundekreds bevarer i erindringen (jf. præmis 48 ovenfor).

50 Det skal ligeledes bemærkes, at der intet er til hinder for, at tilstedeværelsen af en visuel lighed mellem et ordmærke og et figurvaremærke bliver efterprøvet, eftersom disse to typer af mærker har en grafisk ydre form, som er i stand til at fremkalde et visuelt indtryk (jf. Rettens dom af 4.5.2005, sag T-359/02, Chum mod KHIM — Star TV (STAR TV), Sml. II, s. 1515, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).

51 I den anfægtede afgørelses punkt 24 fandt appelkammeret, at det ældre portugisiske ordmærkes dominerende bestanddel var ordet »cachaça«, eftersom det stod placeret først, og eftersom begyndelsen af et tegn ifølge retspraksis normalt har større indflydelse på forbrugeren end sidste del.

52 I den anfægtede afgørelses punkt 25 fastslog appelkammeret, at de dominerende bestanddele i de ældre figurmærker var den centralt placerede figurative bestanddel, som bestod af tallet 51, skrevet med hvide typer i en cirkel, der er placeret i den ene halvdel af et bredt bånd, som løber over tegnet fra den ene side til den anden, og af det ord, der er skrevet oven over denne figurative bestanddel, hvilket altid er ordet »cachaça«, undtagen i den portugisiske registrering nr. 273105, hvor ordet er

»pirassununga«. Disse bestanddele er dominerende som følge af deres placering, og eftersom de er større end de andre bestanddele i de omhandlede varemærker.

53 I den anfægtede afgørelses punkt 26 og 27 fandt appelkammeret, at ordet »cachaça« er det element, der giver de ældre varemærker, der er registreret i Spanien, Det Forende Kongerige, Østrig og Danmark fornødent særpræg, idet gennemsnitsforbrugerne i Spanien, Det Forende Kongerige, Østrig og Danmark opfatter dette ord som et fantasiord. På alle disse områder udgør det ovennævnte ord desuden den bestanddel i de omhandlede varemærker, der har mest særpræg, eftersom det som ordbestanddel for det første påvirker forbrugeren i højere grad end den ledsagende figurbestanddel. Kundekredsen analyserer nemlig ikke tegn, og den har derfor lettere ved at forholde sig til et tegn ved hjælp af tegnets ordbestanddel. For det andet er tals iboende særpræg begrænset, eftersom de »normalt henviser til kvantitet, perioder, en ordre osv. af varer, og forbrugerne derfor ikke er vant til at opfatte dem som varemærker«. Derudover anvendes tocifrede tal for det meste med henblik på at angive bestemte egenskaber ved »alkoholholdige drikke«, såsom alkoholindholdet eller den nødvendige gæringstid.

54 I den anfægtede afgørelses punkt 26-28 fandt appelkammeret desuden, at ordene »cachaça« og »pirassununga« manglede fornødent særpræg i Portugal, hvor de af en gennemsnitsforbruger opfattes som ord, der er beskrivende for henholdsvis den type varer, som er omfattet af de omtvistede varemærker, og som et »sted i Brasilien«, nemlig det sted, hvor denne type varer fremstilles.

55 I den anfægtede afgørelses punkt 28 og 29 konkluderede appelkammeret, at den mest dominerende og særprægede bestanddel i de ældre varemærker, som er registreret i Spanien, Det Forenede Kongerige, Østrig og Danmark, var bestanddelen »cachaça«. Henset til såvel den beskrivende karakter, som ordene »cachaça« eller »pirassununga«

har for en portugisisk forbruger, som til den omstændighed, at tocifrede tal har et begrænset særpræg for så vidt angår alkoholholdige drikke, bestod de ældre portugisiske ord- og figurmærkers særpræg i kombinationen af »deres bestanddele« eller deres »mest dominerende bestanddele«, nemlig »cachaça 51« eller »Pirassununga 51«.

56 Med det andet klagepunkt har sagsøgeren nærmere bestemt gjort gældende, at appelkammeret begik en fejl, idet det anså, at bestanddelen »cachaça« var en dominerende og særpræget bestanddel i de ældre varemærker. Ordet »cachaça« har ikke noget egentligt særpræg som følge af dets beskrivende karakter for forbrugere i såvel Portugal som Spanien, Det Forenede Kongerige, Østrig og Danmark. Der bør udelukkende foretages en vurdering af risikoen for forveksling hvad angår bestanddelene »51« og »61«, som forbindes, eller som kan forbindes med bestanddelen cachaça.

57 Sammenligningen af de omtvistede varemærker skal således foretages ved at identificere eventuelle dominerende eller ubetydelige bestanddele først i hvert af de ældre varemærker og dernæst i det ansøgte varemærke.

58 Hvad angår det ældre portugisiske ordmærke skal det bemærkes, at det består af en kombination af to bestanddele, hvoraf den første er ordet »cachaça« og den anden er »51«.

59 Det er ubestridt, at den portugisiske gennemsnitsforbruger opfatter ordet »cachaça« som en ordbestanddel, der er rent beskrivende for en alkoholholdig drik, nemlig brændevin fremstillet af sukkerrør.

60 Tallet 51 fremstår som en vilkårlig numerisk bestanddel i det ældre portugisiske ordmærke. Det er korrekt, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 27 anså, at tallene, navnlig de tocifrede tal, havde et begrænset iboende særpræg, eftersom de normalt tjener til at betegne visse egenskaber ved varer, herunder alkoholholdige drikke, og at forbrugerne sædvanligvis ikke opfatter dem som varemærker. Appelkammeret undlod imidlertid at tage hensyn til den omstændighed, at den relevante kundekreds, således som sagsøgeren med rette har anført, ikke umiddelbart opfatter tallet 51 som beskrivende for en bestemt egenskab ved den omhandlede vare, eftersom det i det ældre portugisiske ordmærke ikke er forbundet med nogen af de enheder, som normalt benyttes til at måle en vis egenskab ved alkoholholdige drikke, såsom alkoholindholdet udtrykt i rumfang, volumen eller den nødvendige gæringstid. Harmoniseringskontoret har i øvrigt i svarskriftet anført, at »den værdi, som tallene [51 og 61] henviser til, er ukendt«.

61 Selv om det er korrekt, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 24 betegnede ordet »cachaça« som den dominerende bestanddel i det ældre portugisiske ordmærke, samtidig med at det i samme afgørelses punkt 26-28 anførte, at dette ord i sig selv manglede fornødent særpræg i Portugal, hvor det opfattes som beskrivende for den omhandlede type varer, antog appelkammeret ikke desto mindre i den anfægtede afgørelses punkt 28 og 29, at bestanddelen »51« ikke var uden betydning for helhedsindtrykket af de varer, som er omfattet af varemærket, idet varemærkets særpræg består i kombinationen af bestanddelene »cachaça« og »51«.

62 Det er således forkert at gøre gældende, at appelkammeret ikke tog hensyn til bestanddelen »51« i det ældre portugisiske ordmærke ved vurderingen af, om der foreligger en risiko for forveksling i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Appelkammeret kan heller ikke kritiseres for at have taget hensyn til bestanddelen »cachaça« ved denne vurdering. En portugisisk gennemsnitsforbruger anser ganske rigtig denne bestanddel som beskrivende for de omhandlede varer, men i det ældre portugisiske ordmærke bevarer denne bestanddel alligevel en selvstændig karakter

i forhold til bestanddelen »51« og et vist resterende særpræg som følge af, at den kombineres med bestanddelen »51«, og fordi den som den første del af det ældre portugisiske ordmærke normalt gør et stærkere indtryk på forbrugeren på det visuelle og fonetiske plan end den sidste del af varemærket (jf. i denne retning Rettens dom af 17.3.2004, forenede sager T-183/02 og T-184/02, El Corte Inglés mod KHIM — González Cabello og Iberia Líneas Aéreas de España (MUNDICOR), Sml. II, s. 965, præmis 81 og 83).

63 Heraf følger, at appelkammeret ikke har begået en fejl hvad angår det ældre portugisiske ordmærke, idet det tog hensyn til bestanddelene »cachaça« og »51« med henblik på at vurdere, om der forelå en risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

64 Hvad angår de ældre figurmærker skal det bemærkes, at disse består af en kombination af adskillige ord- og figurbestanddele.

65 Det er ubestridt, at de bestanddele, som udgør varemærkerne, ud over bestanddelene »cachaça« eller »pirassununga« og bestanddelen »51« skrevet med hvide typer i en cirkel, der er placeret i den ene halvdel af et bredt bånd, som løber over tegnet fra den ene side til den anden, er uden betydning for helhedsindtrykket af varemærket, og at de derfor ikke bør tages i betragtning i forbindelse med vurderingen af, om der forelå en risiko for forveksling i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

66 Hvad angår de ældre portugisiske figurmærker er det ubestridt, at en portugisisk gennemsnitsforbruger opfatter ordene »cachaça« og »pirassununga« som rent beskrivende for den type varer, der er omfattet af de omhandlede varemærker, nemlig brændevin fremstillet af sukkerrør, og dens fremstillingssted, nemlig et sted i Brasilien.

67 Af de samme grunde, som er anført i præmis 60 ovenfor, skal tallet 51 anses for en vilkårlig bestanddel, der indgår i de ældre portugisiske figurmærker.

68 I den anfægtede afgørelses punkt 25 og 29 fastslog appelkammeret, at helhedsindtrykket af varemærkerne var domineret af bestanddelene »cachaça« eller »pirassununga« og »51«, og at deres særpræg bestod i kombinationen af disse bestanddele.

69 Det kan derfor ikke med rette hævdes, at appelkammeret ikke tog hensyn til bestanddelen »51« skrevet med hvide typer i en cirkel, der er placeret i den ene halvdel af et bredt bånd, som løber over tegnet fra den ene side til den anden i de ældre portugisiske figurmærker, i forbindelse med vurderingen af, om der forelå en risiko for forveksling i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Appelkammeret kan heller ikke kritiseres for at have taget hensyn til bestanddelen »cachaça« eller »pirassununga« i forbindelse med denne vurdering. En portugisisk gennemsnitsforbruger anser ganske rigtigt denne bestanddel som beskrivende for de omhandlede varer eller deres fremstillingssted, men i det ældre portugisiske figurmærke bevarer denne bestanddel imidlertid en selvstændig karakter i forhold til bestanddelen »51« samt et vist resterende særpræg som følge af, at den kombineres med bestanddelen »51«, og fordi ordet »cachaça« eller »pirassununga« har en plads i varemærkerne, som i det mindste svarer til placeringen af bestanddelen »51«. Bestanddelen cachaça eller »pirassununga« kan derfor, end ikke i visuel henseende, anses for at være uden betydning for sidstnævnte bestanddel.

70 Heraf følger, at appelkammeret ikke begik en fejl hvad angår de ældre portugisiske figurmærker, idet det tog hensyn til såvel bestanddelen »cachaça« eller »pirassununga« som bestanddelen »51« skrevet med hvide typer i en cirkel, der er placeret i den ene halvdel af et bredt bånd, som løber over tegnet fra den ene side til den anden, såvel som det indtryk, som en kombination af disse bestanddele giver, ved vurderingen af, om at forelå en risiko for forveksling i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

71 Hvad angår de ældre varemærker, som er registreret i Spanien, Det Forenede Kongerige, Østrig og Danmark, konstaterede appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 27 og 29, at »cachaça« var den dominerende og mest særprægede bestanddel, henset til dens ordkarakter og dens fantasifulde karakter for forbrugere i Spanien, Det Forenede Kongerige, Østrig og Danmark såvel som den svage grad af særpræg, tocifrede tal har for så vidt angår alkoholholdige drikke. Appelkammeret fastslog imidlertid i den anden del af den anfægtede afgørelse, at bestanddelen »51« ikke kunne anses for at være helt uden betydning for helhedsindtrykket af varemærkerne, idet det tog hensyn til denne bestanddel ved vurderingen af, om der forelå en risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. I den anfægtede afgørelses punkt 31 angav appelkammeret bl.a., at »[f]orbrugerne i Spanien, Det Forenede Kongerige, Østrig og Danmark fonetisk set henviser til de ældre varemærker, idet de kalder dem »cachaça« eller »cachaça 51«, da der er tale om mærkernes dominerende og særprægede bestanddele«.

72 Det kan derfor ikke hævdes, at appelkammeret ikke tog hensyn til bestanddelen »51« skrevet med hvide typer i en cirkel, der er placeret i den ene halvdel af et bredt bånd, som løber over tegnet fra den ene side til den anden i de varemærker, som er registreret i Spanien, Det Forenede Kongerige, Østrig og Danmark, i dets vurdering af, om der forelå en risiko for forveksling i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Det kan heller ikke kritiseres for også at have taget hensyn til bestanddelen »cachaça« i forbindelse med denne vurdering. Selv om det — således som anført af sagsøgeren — antages, at den relevante kundekreds i Spanien, Danmark, Det Forenede Kongerige og Østrig eller en væsentlig del af denne kundekreds opfatter denne bestanddel som et generisk navn eller et navn, der er nødvendigt med henblik på at betegne arten af de varer, der er omfattet af de omhandlede varemærker, bevarer denne bestanddel alligevel en selvstændig karakter i hvert eneste af disse varemærker i forhold til bestanddelen »51« og et vist resterende særpræg som følge af, at den kombineres med bestanddelen »51«, og fordi ordet »cachaça« optager en plads i tegnet, som mindst svarer til den plads, bestanddelen »51« har, kan det ikke — i det mindste ikke på det visuelle plan — anses for at være uden betydning i forhold til sidstnævnte bestanddel.

73 Sagsøgeren kan således ikke med føje gøre gældende, at appelkammeret har begået en fejl hvad angår de ældre varemærker, som er registreret i Spanien, Det Forenede Kongerige, Østrig og Danmark, idet det tog hensyn til bestanddelen »cachaça« såvel som

til bestanddelen »51« skrevet med hvide typer i en cirkel, der er placeret i den ene halvdel af et bredt bånd, som løber over tegnet fra den ene side til den anden, og til indtrykket af en kombination af disse bestanddele ved vurderingen af, om der forelå en risiko for forveksling i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

74 På baggrund af ovenstående betragtninger kan sagsøgeren ikke med rette gøre gældende, at appelkammeret begik en fejl, idet det for samtlige ældre varemærker tog hensyn til bestanddelen »cachaça« eller »pirassununga« såvel som til bestanddelen »51« med henblik på at vurdere, om der forelå en risiko for forveksling i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Det andet klagepunkt skal derfor i det hele forkastes.

75 Hvad angår det ansøgte varemærke konstaterede appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 30, at den særprægede og dominerende bestanddel i dette varemærke var den numeriske og centralt placerede figurative bestanddel »61«, henset for det første til dens centrale placering, som understreges af de to sukkerrørsplanter, som indrammer den på begge sider, og dernæst af den omstændighed, at de øvrige bestanddele vil blive anset for dekorative og sekundære, henset til enten deres beskrivende karakter (tønden eller de to sukkerrørsplanter) eller den omstændighed, at de er små (udtrykket »a nossa alegria«, skrevet på et bånd, opfattes som et »dekorativt udtryk«). Det fremgår imidlertid af den anfægtede afgørelse, at appelkammeret ikke anså, at de figurbestanddele, som bestod i en tønde og de to sukkerrørsplanter, og den ordbestanddel, som udgøres af udtrykket »a nossa alegria«, var ubetydelige for helhedsindtrykket af det omhandlede varemærke. Ved vurderingen af, om der forelå en eventuel fonetisk lighed mellem de omtvistede varemærker, fastslog appelkammeret således i den anfægtede afgørelses punkt 31, at »det [ikke kunne udelukkes], at [det ansøgte varemærke] kaldes [a nossa alegria], eftersom […] dette er den eneste ordbestanddel i tegnet». I forbindelse med vurderingen af, om der forelå en eventuel begrebsmæssig lighed mellem de omtvistede varemærker, tog appelkammeret ligeledes i den anfægtede afgørelses punkt 34 hensyn til den omstændighed, at«tallet 61 i det

ansøgte varemærke betegner en tønde, som er en bestanddel, som ikke forekommer i nogen af de ældre varemærker«.

76 Sagsøgeren har i den foreliggende sag gjort gældende, at vurderingen af, om der foreligger en risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, udelukkende skal vedrøre bestanddelen »61«, som er dominerende for helhedsindtrykket af det ansøgte varemærke. Samtidig med at Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om frifindelse, har det gjort gældende, at såvel de figurbestanddele, der består af en tønde og de to sukkerrørsplanter, som den ordbestanddel, som udgøres af udtrykket »a nossa alegria«, og som ikke er ubetydelige for helhedsindtrykket af det ansøgte varemærke, skal tages i betragtning ved denne vurdering.

77 Appelkammeret kan heller ikke kritiseres for at have taget hensyn til udtrykket »a nossa alegria« i det ansøgte varemærke ved vurderingen af, om der foreligger en risiko for forveksling i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Dette udtryk, som er det eneste i det ansøgte varemærke, er vigtigt for udtalen af varemærket, og det er derfor ikke uden betydning for helhedsindtrykket af dette varemærke. Det var desuden med rette, at appelkammeret tog visse figurbestanddele i det ansøgte varemærke i betragtning, såsom tegningen af en tønde. Selv om de i høj grad giver associationer til en alkoholholdig drik, der er fremstillet af sukkerrør, som kan ældes på egetræsfade, og som har en meget svag grad af særpræg i forhold til sådanne varer, bevarer tønden og de to sukkerrørsplanter en selvstændig karakter i det ansøgte varemærke, såvel som et vist resterende særpræg, som følger af, at de kombineres med bestanddelen »61«, og fordi de optager en plads i tegnet, som i det mindste svarer til den plads, bestanddelen »61« har. Det var således med rette, at Harmoniseringskontoret i den foreliggende sag gjorde gældende, at disse bestanddele ikke kan anses for at være uden betydning i forhold til bestanddelen »61«, i det mindste ikke på det visuelle plan.

78 På grundlag af det ovenstående, og henset til den retspraksis, som er nævnt ovenfor i præmis 46, skal vurderingen af ligheden mellem det ældre portugisiske ordmærke og

det ansøgte varemærke derfor foretages ud fra helhedsindtrykket af kombinationen af bestanddelen »cachaça« og bestanddelen »51« på den ene side, og helhedsindtrykket af kombinationen af den centralt placerede bestanddel »61«, skrevet i hvidt, med de bestanddele, der består af en tegning af en tønde omgivet af to sukkerrørsplanter på hver side, og den bestanddel, der består af et bånd påtrykt udtrykket »a nossa alegria«, på den anden side. Hvad angår forholdet mellem de ældre figurmærker og det ansøgte varemærke skal den samme vurdering fortages ud fra helhedsindtrykket af kombinationen af bestanddelen »cachaça« eller »pirassununga« og bestanddelen »51« skrevet med hvide typer i en cirkel, der er placeret i den ene halvdel af et bredt bånd, som løber over tegnet fra den ene side til den anden, på den ene side, og helhedsindtrykket af kombinationen af den centralt placerede bestanddel »61«, skrevet i hvidt, med de bestanddele, der består af en tegning af en tønde omgivet af to sukkerrørsplanter på hver side, og den bestanddel, der består af et bånd påtrykt udtrykket »a nossa alegria«, på den anden side.

— Om den visuelle lighed

79 Hvad angår den visuelle lighed mellem de omtvistede varemærker fastslog appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 32 og 33, at der udelukkende forelå en lighed mellem dem for så vidt angår gengivelsen af tallet 1. De »relative visuelle ligheder« mellem tallene 5 og 6, skrevet med ganske almindelige skrifttyper, skal ikke tages i betragtning, eftersom den relevante kundekreds er vant til at se disse tal og normalt adskiller deres detaljer fra hinanden. Det sammenfald mellem de omtvistede varemærker, som består i gengivelsen af tallet 1, er ikke nok til, at de giver det samme visuelle helhedsindtryk, henset til deres forskellige art, struktur og sammensætning.

80 Med det tredje klagepunkt har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret begik en fejl, idet det fastslog, at de omtvistede varemærker ikke fremkalder samme visuelle indtryk. Bestanddelene »51« og »61« ligner hinanden visuelt, idet de består af to cifre,

hvoraf et er identisk, de har samme længde, de er begge skrevet med hvidt på en sort cirkelformet baggrund, og grafisk set ligner tallene 5 og 6 endda hinanden meget. Ordbestanddelene i det ansøgte varemærke, som er skrevet på portugisisk, antyder, at den type varer, der er omfattet af dette varemærke, stammer fra et portugisisktalende land, hvilket øger risikoen for forveksling.

81 Harmoniseringskontoret har i det væsentlige anført, at det tredje klagepunkt skal forkastes. Det har gjort gældende, at de omtvistede varemærker overordnet set visuelt er forskellige. Selv tallene 51 og 61 adskiller sig visuelt fra hinanden, henset til at tallene 5 og 6 er udformet forskelligt.

82 De bestanddele, som har mest særpræg i det visuelle helhedsindtryk af det ansøgte varemærke, er bestanddelen »61« og de dekorative figurbestanddele, som udgøres af tønden og de to sukkerrørsplanter. Bestanddelen »a nossa alegria«, som sagsøgeren har henvist til, efterlader for sit vedkommende kun et meget svagt visuelt indtryk som følge af, at den er lille og er placeret forneden i tegnet, samt af dens gængse grafiske udseende. I de ældre varemærker domineres det visuelle helhedsindtryk — og i det ældre portugisiske ordmærke kan det, afhængigt af den grafiske gengivelse heraf, domineres — af bestanddelene »cachaça« eller »pirassununga« og »51«. I de ældre figurmærker domineres det visuelle helhedsindtryk af den dekorative figurbestanddel, som består af et bredt bånd, der løber hen over tegnet fra den ene til den anden side.

83 De omtvistede varemærker adskiller sig visuelt gennem deres ordbestanddele »a nossa alegria«, »cachaça« og »pirassununga« samt i givet fald gennem deres dekorative figurbestanddele, som er gengivet relativt simpelt og banalt. Varemærkerne er derimod sammenfaldende visuelt set gennem gengivelsen af et tocifret tal, hvoraf det ene tal, nemlig tallet 1, er det samme. Selv om visse af detaljerne i den grafiske gengivelse af tallene 5 og 6 adskiller sig fra hinanden, er de grafiske forskelle mellem disse to tal

mindre udtalte end forskellene mellem hvert af disse og andre tal. I de omtvistede figurmærker er de tocifrede tal, nemlig 51 i de ældre figurmærker og 61 i det ansøgte varemærke, desuden gengivet på samme måde med store skrifttyper, som er centralt placeret, og hvis hvide farve står i kontrast til den sorte baggrund. Endvidere er baggrundsformen næsten den samme, dvs. rund i de ældre figurmærker og oval som en tønde i det ansøgte varemærke.

84 Selv om den visuelle lighed mellem de omtvistede varemærker forekommer at være svag, når henses til det visuelle helhedsindtryk, som disse fremkalder, er den tilstrækkelig mærkbar til at kunne opfattes af hele den relevante kundekreds. Appelkammeret begik således en fejl, idet det i det væsentlige konkluderede, at der ikke er nogen visuel lighed mellem de omtvistede varemærker. Sagsøgerens tredje klagepunkt skal dermed i dette omfang tages til følge.

— Om den fonetiske lighed

85 Hvad angår den fonetiske lighed mellem de omtvistede varemærker fastslog appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 31, at de ældre varemærker blev kaldt henholdsvis »cachaça«, »cachaça 51« eller »pirassununga 51«, mens det ansøgte varemærke ville blive kaldt »61«, uden at det kunne udelukkes, at det ville blive kaldt for »a nossa alegria«. Den omstændighed, at tallet »1« udtales på samme måde, var ifølge appelkammeret ikke tilstrækkelig til, at de omtvistede varemærker kan anses for at ligne hinanden fonetisk set.

86 I det fjerde klagepunkt har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret begik en fejl, idet det anså, at der ikke var nogen høj grad af fonetisk lighed mellem de omtvistede varemærker. Henset til at den relevante kundekreds er vant til mundtligt at bestille den af de ældre varemærker omhandlede vare på barer og restauranter, og henset til at Missiato Industria e Comercio stadig kan, og i fremtiden stadig vil kunne benytte sig af det indledende ord »cachaça« til at identificere sine varer, vil de omtvistede varemærker blive bestilt som »cachaça 51« eller som »cachaça 61«. Den fonetiske lighed mellem varemærkerne er mest mærkbar på de sprog, såsom portugisisk og spansk, hvor tallene 5 og 6 udtales med samme indledende og afsluttende bogstaver (henholdsvis »s« og »enta«). De portugisiske og spanske forbrugere udtaler tallene 51 og 61 næsten ens: »sin-cu-enta y um« og »se-senta y um« hvad angår de portugisiske forbrugere, og »sin-cuenta e uno« og »se-senta e uno« hvad angår de spanske forbrugere. Den eneste forskel mellem tegnene hvad angår de spanske og portugisiske forbrugere følger udelukkende af bogstaverne »incu« og »ess« i midten af tallene, således som udtalt af denne kundekreds. Den fonetiske forskel mellem visse bestanddele i de omtvistede varemærker er af underordnet betydning, henset til at disse bestanddele har en dekorativ eller beskrivende funktion i de pågældende tegn.

87 Harmoniseringskontoret har i det væsentlige anført, at det fjerde klagepunkt skal forkastes. De fonetiske forskelle mellem mærkerne kan godt høres, selv om der kun tages hensyn til tallene 51 og 61 i de omtvistede varemærker. I Spanien går de fonetiske forskelle mellem »cincuenta y uno« og »sesenta y uno« ikke ubemærket hen. Forskellene er endnu tydeligere på engelsk mellem »fifty one« og »sixty one«, på tysk mellem »einundfünfzig« og »einundsechzig« og på dansk mellem »enoghalvtreds« og »enogtres«, fordi begyndelsen af ordene »50« og »60« udtales meget forskelligt på disse sprog. De fonetiske forskelle mellem de omtvistede varemærker vil træde endnu tydeligere frem, hvis der i Spanien, Det Forenede Kongerige, Østrig og Danmark — således som anset for nødvendigt af Harmoniseringskontoret — tages hensyn til ordet »cachaça«, som den relevante kundekreds ikke forstår betydningen af, og der i Spanien tages hensyn til udtrykket »a nossa alegria«, som den relevante kundekreds forstår betydningen af. I bedste fald er den fonetiske lighed mellem de omtvistede

varemærker ringe, eller meget ringe, i Spanien og endnu mindre i Det Forenede Kongerige, Østrig og Danmark. I Portugal er den fonetiske lighed mellem de omtvistede varemærker ringe, eller yderst ringe, eftersom de fonetiske forskelle mellem »sincuenta y um« og »sesenta y um« ikke går ubemærket hen, og eftersom det må formodes, at udtrykket »a nossa alegria« vil blive udtalt.

88 Det er højst sandsynligt, at den relevante kundekreds henviser til de omtvistede varemærker ved mundtligt at udtale den kombination, som udgøres af de ordbestanddele i varemærkerne, som ikke er uvæsentlige for det helhedsindtryk, de fremkalder. De ældre varemærker kaldes således for »cachaça 51« eller »pirassununga 51«, og det ansøgte varemærke vil blive kaldt »61« eller eventuelt »61 a nossa alegria«.

89 De omtvistede varemærker adskiller sig fonetisk ved ordbestanddelene »a nossa alegria«, »cachaça« og »pirassununga«. De er derimod delvist sammenfaldende for så vidt angår udtalen af deres numeriske bestanddel. Det skal indledningsvis bemærkes, at på samtlige de omhandlede sprog udtrykkes tallene 51 og 61 ved, at der tilføjes et tal til tallene 50 og 60. De fonemer, som udtrykker dette tillæg til 50 og 60, udtales tydeligt og på samme måde i tallene 51 og 61 på alle de pågældende sprog. På tysk og dansk udtales de fonemer, som svarer til »einund« og til »enog« i ordene »einundfünfzig« og »einundsechzig« eller »enoghalvtreds« og »enogtres« først. I modsætning til det af sagsøgeren anførte adskiller de omtvistede varemærker sig imidlertid fonetisk som følge af udtalen af de fonemer, som svarer til tal, der er delelige med 10, 50 eller 60. På portugisisk og spansk er forskellene mellem de fonemer, der udgøres af »cinquenta« og »sessenta« på den ene side og »cincuenta« og »sesenta« på den anden side, væsentlige, og de vil ikke blive overset af den relevante kundekreds. I modsætning til det af sagsøgeren anførte, er der end ikke sammenfald mellem de fonemer, der svarer til bogstavet »c« og »s« i Portugal og i det meste af Spanien, med det omhandlede ord. Som Harmoniseringskontoret med rette har gjort gældende, er det endnu

tydeligere at høre disse forskelle på engelsk (»fifty« og »sixty«), på tysk (»fünfzig« og »sechzig«) og på dansk (»halvtreds« og »tres«), idet udtalen af tallene 50 og 60 er meget forskellig.

90 Heraf følger, at selv om der kun er en svag grad af fonetisk lighed mellem de omtvistede varemærker, hvad angår det fonetiske helhedsindtryk, som disse frembringer, er den dog tilstrækkeligt mærkbar til at kunne opfattes af hele den relevante kundekreds. Det må derfor fastslås, at appelkammeret har begået en fejl ved at antage i det væsentlige, at der ikke er nogen fonetisk lighed mellem de omtvistede varemærker. Sagsøgerens fjerde klagepunkt skal dermed tages til følge.

— Om den begrebsmæssige lighed

91 I den anfægtede afgørelses punkt 34 anførte appelkammeret, at den begrebsmæssige lighed mellem de omtvistede varemærker under alle omstændigheder udelukkende beror på gengivelsen af et tocifret tal i hvert af disse varemærker. Eftersom disse tal radikalt adskiller sig fra hinanden på grund af deres absolutte autentiske værdi, der i sig selv er forskellig, og eftersom tallet 61 i det ansøgte varemærker omfatter en tønde, er de omtvistede varemærker begrebsmæssigt set forskellige.

92 I det femte klagepunkt har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret fejlagtigt konkluderede, at der ikke forelå nogen begrebsmæssig lighed mellem de omtvistede varemærker. Den bestanddel, der har særpræg i disse varemærker, udgøres af et tocifret tal, hvis andet ciffer er identisk. Varemærkerne forbindes med samme slags varer, nemlig en brændevin, der fremstilles af sukkerrør i Brasilien. De består desuden af

ordbestanddele på samme sprog, nemlig portugisisk. Ordet »cachaça« står foran de pågældende tal. De omtvistede varemærker adskiller sig dermed ikke meget fra hinanden begrebsmæssigt set.

93 Harmoniseringskontoret har i det væsentlige anført, at det femte klagepunkt skal forkastes. Det har anført, at de omtvistede varemærker begrebsmæssigt set er forskellige ud fra en helhedsvurdering. Eftersom den målestørrelse eller værdi, tallene 51 og 61 henviser til, er ukendt, er disse tal ikke egnede til at bidrage til nogen begrebsmæssig lighed eller forskel mellem de omtvistede varemærker. Figurbestanddelen i det ansøgte varemærke, nemlig tønden omgivet af to sukkerrørsplanter på hver side, er derimod vigtig, begrebsmæssigt set. Dette gælder så meget desto mere, som det ikke fremgår af sagen, at der er mange erhvervsdrivende, der anvender denne type grafiske bestanddele, uanset hvilken stiliseret form de end måtte have, ved markedsføringen af alkoholholdige drikke. Figurbestanddelen i det ansøgte varemærke bidrager således til at adskille de omtvistede varemærker på det begrebsmæssige plan. Med udtrykket »a nossa alegria« er der navnlig i Spanien indført en yderligere differentierende begrebsmæssig bestanddel mellem de omtvistede varemærker. Der er stor sandsynlighed for, at det semantiske indhold af dette udtryk vil blive husket, og dette så meget mere, som det er den eneste bestanddel i det ansøgte varemærke, som har et klart semantisk indhold. Med udtrykket »a nossa alegria« og ordene »cachaça« og »pirassununga« tilføjes der yderlige bestanddele, som bidrager til den begrebsmæssige adskillelse i Portugal.

94 Den bestanddel, som har mest særpræg i helhedsindtrykket af det ansøgte varemærke, er bestanddelen »61«, henset til dens vilkårlige karakter i forhold til den omhandlede type af varer. De dekorative figurbestanddele, som består af en tønde og to sukkerrørsplanter samt udtrykket »a nossa alegria«, har kun en svag grad af begrebsmæssigt særpræg, eftersom de i høj grad leder tankerne hen på den omhandlede varetype, dens produktionssted (et portugisisktalende land) eller visse af dens kendetegn eller egenskaber. Disse figurbestanddele har således udelukkende til formål hos den relevante kundekreds at fremkalde associationer mellem en bestemt varetype, dens produktionssted, kendetegn og egenskaber og de mest særprægede bestanddele i det ansøgte varemærke. I de ældre varemærker er bestanddelen »51« den, der har mest

særpræg, henset til dens vilkårlige karakter i forhold til de omhandlede varer (jf. præmis 60 og 67 ovenfor). Den dekorative figurbestanddel, som i de ældre figurmærker består af et bredt bånd, der løber hen over tegnet fra den ene til den anden side, understreger begrebsmæssigt set forbindelsen mellem tallet 51 og den type varer, som er omhandlet af disse varemærker. Begrebsmæssigt set er denne bestanddel dermed af underordnet betydning i helhedsindtrykket af disse varemærker. Bestanddelene »cachaça« eller »pirassununga« i de ældre portugisiske varemærker har begrebsmæssigt set blot en svag grad af særpræg, eftersom de i høj grad leder tankerne hen på den omhandlede varetype eller på dens fremstillingssted. Disse bestanddele har således udelukkende til formål hos den relevante kundekreds at fremkalde associationer mellem en bestemt varetype eller dens fremstillingssted og de mest særprægede bestanddele i de omhandlede varemærker. Selv om det — som fastslået af appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 26 — antages, at en stor del af den relevante kundekreds i Spanien, Danmark, Det Forenede Kongerige og Østrig opfatter ordet »cachaça« som et fantasiord, hvilket sagsøgeren har bestridt (jf. præmis 72 ovenfor), kan bestanddelen »cachaça« sammen med bestanddelen »51« derimod anses for at udgøre en af de mest særprægede bestanddele i de ældre figurmærker, der er registreret i Spanien, Det Forenede Kongerige, Østrig og Danmark.

95 De omtvistede varemærker adskiller sig begrebsmæssigt set gennem deres ordbestanddele »a nossa alegria«, »cachaça« og »pirassununga« samt i givet fald gennem deres dekorative figurbestanddele. De er derimod delvist sammenfaldende for så vidt angår deres numeriske bestanddele »51« og »61«. Der kan ikke herske nogen tvivl om, at den relevante kundekreds umiddelbart opfatter disse bestanddele som tal, der gør det muligt at vurdere og sammenligne kvantiteter og størrelsesforhold, eller at ordne visse elementer ved hjælp af nummerering. Af de grunde, der blev anført i præmis 60 ovenfor, kan det imidlertid ikke i den foreliggende sag antages, at den relevante kundekreds umiddelbart vil være af den opfattelse, at de omhandlede tal vedrører visse klart definerede egenskaber ved den type af varer, som er omhandlet af de omtvistede varemærker, såsom alkoholindholdet udtrykt i rumfanget, volumen eller den nødvendige gæringstid. Det følger heraf, at den relevante kundekreds vil opfatte tallene som begreber i sig selv uden at være i stand til at tillægge dem nogen konkret,

klar og bestemt betydning i forhold til de omhandlede varer således som anerkendt af Harmoniseringskontoret (jf. præmis 60 og 93 ovenfor).

96 Bestanddelene »51« og »61« har som tal visse begrebsmæssige ligheder. De er nemlig begge to tocifrede hele ulige naturlige tal, hvis andet ciffer, nemlig tallet 1 for enerne, er identisk. De omhandlede tal adskiller sig derimod fra hinanden på grund af tierne, nemlig 5 i de ældre varemærker og 6 i det ansøgte varemærke. De begrebsmæssige forskelle mellem de omtvistede varemærker, som følger af forskellen mellem tierne, er imidlertid mindre fremtrædende, henset til den omstændighed, at i den stigende rækkefølge af tiere ligger tallet 50, som svarer til »5« tiere, lige under tallet 60, som svarer til »6« tiere, og at værdien af »50« derfor opfattes som relativt lig med værdien af »60«.

97 Den grad af begrebsmæssig lighed, som foreligger mellem de ældre figurmærker, der er registreret i Spanien, Det Forenede Kongerige, Østrig og Danmark på den ene side, samt det ansøgte varemærke på den anden side, og som beror på bestanddelene »51« og »61«, kan imidlertid komme til at fremstå som mindre fremtrædende, såfremt en stor del af den relevante kundekreds i Spanien, Danmark, Det Forenede Kongerige og Østrig virkelig opfatter ordet »cachaça« som et fantasiord således som anført af Harmoniseringskontoret, og såfremt denne bestanddel sammen med tallet 51 dermed udgør en af de mest særprægede bestanddele i de ældre figurmærker, som er registreret i Spanien, Det Forenede Kongerige, Østrig og Danmark.

98 På baggrund af de ovenstående betragtninger foreligger der således en begrebsmæssig lighed mellem de ældre portugisiske varemærker og det ansøgte varemærke, som overordnet set må betragtes som middelstor, og som, afhængigt af hvad der lægges til grund, må anses for at være af svag grad mellem de ældre figurmærker, som er registreret i Spanien, Det Forenede Kongerige, Østrig og Danmark på den ene side, og det ansøgte varemærke på den anden side. Det må derfor fastslås, at appelkammeret har begået en fejl ved i det væsentlige at antage, at der ikke er nogen begrebsmæssig

lighed mellem de omtvistede varemærker. Sagsøgerens femte klagepunkt skal dermed tages til følge.

Risikoen for forveksling

99 Helhedsvurderingen af risikoen for forveksling indebærer en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning, og især ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkerne (jf. præmis 29 ovenfor). En svag grad af lighed mellem de af varemærkerne omfattede varer eller tjenesteydelser kan således opvejes af en høj grad af lighed mellem varemærkerne og omvendt (Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 17, og af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 19, samt Rettens dom i sagen VENADO med ramme m.fl., nævnt i præmis 40 ovenfor, præmis 74).

100 I forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling skal det bemærkes, at der ifølge retspraksis skal tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer kun sjældent har mulighed for at foretage en direkte sammenligning mellem de forskellige mærker, men må stole på det ufuldstændige billede af dem, han har i erindringen (Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, nævnt i præmis 99 ovenfor, præmis 26).

101 De omtvistede tegns visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige bestanddele har ikke altid samme vægt i forbindelse med denne helhedsvurdering. Det er nødvendigt at undersøge de objektive betingelser, hvorunder varemærkerne kan præsenteres på markedet (jf. i denne retning Rettens dom af 3.7.2003, sag T-129/01, Alejandro mod KHIM — Anheuser-Busch (BUDMEN), Sml. II, s. 2251, præmis 57, og af 6.10.2004, forenede sager T-117/03 — T-119/03 og T-171/03, New Look mod KHIM — Naulover (NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE og NLCollection), Sml. II, s. 3471, præmis 49).

102 Graden af fonetisk lighed mellem to varemærker har således en begrænset betydning ved varer, der markedsføres på en sådan måde, at den relevante kundekreds normalt ved købet opfatter det mærke, varerne er omfattet af, visuelt (Rettens dom af 14.10.2003, sag T-292/01, Phillips-Van Heusen mod KHIM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), Sml. II, s. 4335, præmis 55, og af 28.6.2005, sag T-301/03, Canali Ireland mod KHIM — Canal Jean (CANAL JEAN CO. NEW YORK), Sml. II, s. 2479, præmis 55).

103 Appelkammerets konklusion i den anfægtede afgørelse om, at der ikke var risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker, var støttet på den omstændighed, at disse som helhed betragtet var forskellige visuelt, fonetisk og begrebsmæssigt set.

104 Som det allerede er fastslået i præmis 84, 90 og 98 ovenfor, er den anfægtede afgørelse behæftet med fejl, for så vidt det heri fastslås, at der ikke er nogen fonetisk, visuel og begrebsmæssig lighed mellem de omtvistede varemærker. Således fremkalder de omtvistede varemærker i de berørte forbrugeres bevidsthed et indtryk af svag lighed i visuel og fonetisk henseende og et indtryk af middelstor eller svag lighed i begrebsmæssig henseende.

105 Med det sjette klagepunkt har sagsøgeren nærmere bestemt gjort gældende, at disse fejl påvirkede den anfægtede beslutning, eftersom appelkammeret på grund af disse fejl fejlagtigt konkluderede, at der ikke var risiko for forveksling i den relevante kundekreds' bevidsthed. De unge og midaldrende forbrugere, som regelmæssigt indtager cocktails på barer og restauranter eller under private forhold, kan godt huske den fonetiske lighed mellem bestanddelene»61«og»51«, der er tilføjet til ordet»cachaça«, og den figurative bestanddel i det ansøgte varemærke udgør ikke en del af det ufuldstændige billede af varemærkerne, som disse forbrugere bevarer i deres erindring. Selv om den relevante kundekreds ville være i stand til at adskille de omtvistede varemærker fra hinanden, indebærer de fonetiske, visuelle og begrebsmæssige ligheder

mellem dem, at denne kundekreds kan antage, at de varer, som er omfattet af disse varemærker, hidrører fra den samme virksomhed.

106 Selv om det fonetiske indtryk i nogle tilfælde således som anført af Harmoniseringskontoret tillægges afgørende betydning på drikkevareområdet (Rettens dom af 15.1.2003, sag T-99/01, Mystery Drinks mod KHIM — Karlsberg Brauerei (MYSTERY), Sml. II, s. 43, præmis 48), kan dette ikke være tilfældet i den foreliggende sag. Som det er blevet fastslået i præmis 40 ovenfor, kan de omhandlede varer købes overalt, og de sælges ikke udelukkende i specialbutikker, men også i store indkøbscentre. Sagsøgeren har desuden gjort gældende og Harmoniseringskontoret ikke bestridt, at når de af de omtvistede varemærker omfattede alkoholholdige drikke eller den likør, der er fremstillet af sukkerrør, indtages på barer eller restauranter, er det ofte som en ingrediens i bestemte cocktails, såsom caipirinha. Dette indebærer, at disse drikke normalt bestilles mundtligt med navnet på disse cocktails og ikke med deres eget navn.

107 Under de i denne sag foreliggende omstændigheder skal den fonetiske opfattelse af de omtvistede varemærker derfor blot tillægges en sekundær betydning i det helhedsindtryk, som disse fremkalder. Den visuelle og begrebsmæssige opfattelse er derimod af afgørende betydning for dette helhedsindtryk.

108 Der skal tages hensyn til, at de omtvistede varemærker i visuel og begrebsmæssig henseende er baseret på en association mellem alkoholholdige drikke eller likører, som er fremstillet af sukkerrør, og nærmere bestemt for så vidt angår de ældre portugisiske varemærker, cachaça, og et bestemt tal, nemlig 51 i de ældre varemærker og 61 i det ansøgte varemærke, som ikke eller ikke umiddelbart leder den relevante kundekreds' tanker hen på en særlig egenskab ved den omhandlede varetype. Dette tal er — på identisk vis i de omtvistede varemærker — et tocifret, ulige, naturligt og helt tal, hvis andet ciffer, på enernes plads, er 1. De visuelle og begrebsmæssige forskelle mellem de omtvistede varemærker, som følger af de grafiske forskelligheder og forskellene i værdien af tallene 50 og 60, opvejes af, at den grafiske udformning af tallet 5

mere ligner den grafiske udformning af tallet 6 end den grafiske udformning af andre tal og omvendt. Forskellen opvejes desuden af, at tallet 50 i den stigende rækkefølge af tiere ligger lige under tallet 60, og den almindeligt oplyste, rimeligt opmærksomme og velunderrettede relevante kundekreds vil derfor opfatte disse tal som havende nogenlunde samme værdi.

109 Hertil kommer, at de ældre varemærker og det ansøgte varemærke har eller, hvad særligt angår det ældre portugisiske ordmærke, kan have det til fælles visuelt set, at deres tal er gengivet med store, enkle skrifttyper, som er centralt placeret i tegnet, i hvidt som kontrast til den sorte baggrund.

110 Hvad angår de figurative bestanddele i de omtvistede varemærker har disse ikke noget bestemt begrebsmæssigt indhold, og ligesom ordbestanddelene »cachaça«, »pirassununga« eller »a nossa alegria« fremstår de visuelt set for de portugisiske forbrugere på samme måde som de bestanddele, som sammen med de omhandlede varer — nemlig alkoholholdige drikke eller likører fremstillet af sukkerrør i et portugisisktalende land, i dette tilfælde Brasilien — har til formål at styrke effekten af de numeriske bestanddele, dvs. tallet 51 eller tallet 61. Visse af figurbestanddelene er desuden sammenfaldende i de omtvistede figurmærker, navnlig den runde eller ovale form, som svarer til omridset af tønden, og som i de ældre figurmærker eller i det ansøgte varemærke er påsat tallet 51 eller tallet 61. Ligesom det er tilfældet med ordbestanddelene hvad angår den portugisiske kundekreds, kan disse figurbestanddele ikke i tilstrækkelig grad i sig selv hjælpe til at adskille de ældre figurmærker og det ansøgte varemærke, således at enhver risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, er udelukket.

111 Endelig er de fonetiske forskelle mellem de omtvistede varemærker, uanset hvor tydelige de er i det foreliggende tilfælde, som allerede fremhævet ovenfor i præmis 106 og 107 relativt sekundære.

112 Selv om den relevante kundekreds vil være i stand til at opfatte visse forskelle mellem de omtvistede varemærker, foreligger der, henset til det ovenfor anførte og til den omstændighed, at de varer, som er omfattet af de omhandlede varemærker, er identiske, en reel risiko for, at denne kundekreds vil skabe en forbindelse mellem de to varemærker. I den foreliggende sag forekommer disse forskelle i sidste ende ikke at være tilstrækkeligt mærkbare til, at den relevante kundekreds, eller i det mindste en portugisisk gennemsnitsforbruger af alkoholholdige drikke, som udviser et middelhøjt opmærksomhedsniveau, og som stoler på et ufuldstændigt helhedsindtryk af disse varemærker, ikke skulle kunne foranlediges til at tro, at de varer, som de omtvistede varemærker betegner, hidrører fra den samme virksomhed eller fra økonomisk forbundne virksomheder.

113 Det må herefter konstateres, at appelkammeret begik en fejl, da det fastslog, at der ikke forelå nogen risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker i den forstand, som er omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Sagsøgerens sjette klagepunkt skal dermed tages til følge.

114 Idet det herefter er ufornødent at tage stilling til det syvende klagepunkt om en forkert bedømmelse af beviserne for, at de ældre ord- og figurmærker CACHAÇA 51 og Cachaça 51 er kendte i Portugal eller i det mindste som helhed har en høj grad af særpræg i dette land, skal det eneste anbringende om en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 tiltrædes. Den anfægtede afgørelse skal følgelig annulleres.

Sagens omkostninger

115 Ifølge Rettens procesreglements artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Harmoniseringskontoret har tabt sagen og bør derfor dømmes til at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med sagsøgerens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling):

1) Afgørelsen truffet den 4. juli 2008 af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (sag R 1687/2007-1) annulleres.

2) Harmoniseringskontoret betaler sagens omkostninger.

Pelikánová Jürimäe Soldevila Fragoso

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 3. september 2010.

Underskrifter

Indhold

Tvistens baggrund ..... II - 3914

Parternes påstande ..... II - 3920

Formaliteten vedrørende dokumenter fremlagt for første gang for Retten ..... II - 3921

Om realiteten ..... II - 3922

1. Om det andet led af det eneste anbringende om annullation af den anfægtede afgørelse som følge af en tilsidesættelse af artikel 52, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94 ..... II - 3922

2. Om det første led af det eneste anbringende om annullation af den anfægtede afgørelse som følge af en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ..... II - 3923

Parternes argumenter ..... II - 3923

Rettens bemærkninger ..... II - 3925

Den relevante kundekreds ..... II - 3926

Om varernes lighed ..... II - 3930

Om ligheden mellem tegnene ..... II - 3931

— Om de særprægede og dominerende bestanddele ..... II - 3931

— Om den visuelle lighed ..... II - 3942

— Om den fonetiske lighed ..... II - 3944

— Om den begrebsmæssige lighed ..... II - 3947

Risikoen for forveksling ..... II - 3951

Sagens omkostninger ..... II - 3956