RETTENS DOM (Femte Afdeling)

25. marts 2009 *

I sag T-402/07,

Kaul GmbH, Elmshorn (Tyskland), ved avocats G. Würtenberger og R. Kunze,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design:

* Processprog: engelsk.

Bayer AG, Leverkusen (Tyskland),

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 1. august 2007 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 782/2000-2) vedrørende en indsigelsessag mellem Kaul GmbH og Bayer AG,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras (refererende dommer), og dommerne M. Prek og V.M. Ciucă,

justitssekretær: fuldmægtig N. Rosner,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 6. november 2007,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 21. februar 2008,

efter retsmødet den 20. november 2008,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Atlantic Richfield Co. indgav den 3. april 1996 en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (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.

2 Det ansøgte varemærke er ordmærket ARCOL.

3 De varer, som varemærkeansøgningen vedrører, henhører under klasse 1, 17 og 20 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret. Blandt de af registreringsansøgningen omfattede varer i klasse 1 er »kemiske konserveringsmidler til levnedsmidler«.

4 Varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* den 20. juli 1998.

5 Den 20. oktober 1998 rejste sagsøgeren, Kaul GmbH, i henhold til artikel 42, stk. 1, i forordning nr. 40/94 indsigelse mod registreringen af det ansøgte varemærke for så vidt angår »kemiske konserveringsmidler til levnedsmidler« i klasse 1. Indsigelsen var begrundet med, at der foreligger et ældre EF-varemærke, der blev registreret den 24. februar 1998 under nr. 49106. Dette ældre mærke består af ordmærket CAPOL og omfatter varer, der benævnes »kemiske præparater til konservering af levnedsmidler, dvs. råstoffer til konservering af levnedsmiddelfærdigvarer, særlig slik«, i klasse 1. Til støtte for sin indsigelse påberåbte sagsøgeren sig den relative registreringshindring, der er nævnt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

6 Ved afgørelse af 30. juni 2000 forkastede Indsigelsesafdelingen indsigelsen med den begrundelse, at selv om varerne er af samme art, kunne enhver risiko for forveksling mellem de omhandlede tegn udelukkes på grund af deres visuelle og fonetiske forskelle.

7 Ved skrivelse af 17. juli 2000, der blev modtaget den 24. juli 2000, informerede Bayer AG Harmoniseringskontoret om, at Atlantic Richfield Co.'s ansøgning om varemærket ARCOL var blevet overdraget til dette selskab. Overdragelsen blev indført i EF-varemærkeregisteret den 17. november 2000 i overensstemmelse med artikel 17, stk. 5, og artikel 24 i forordning nr. 40/94.

8 Den 24. juli 2000 påklagede sagsøgeren i medfør af artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 Indsigelsesafdelingens afgørelse.

9 Sagsøgeren anførte til støtte for sit søgsmål navnlig, hvad selskabet forud herfor havde gjort gældende for Indsigelsesafdelingen, at det ældre mærke har en høj grad af særpræg, hvorfor det i overensstemmelse med retspraksis bør nyde en forhøjet beskyttelse. I denne forbindelse hævdede sagsøgeren dog, at et sådant stærkt særpræg ikke kun følger af, at ordet »capol« ikke er beskrivende for de omhandlede varer, hvilket sagsøgeren allerede havde anført i sagen for Indsigelsesafdelingen, men ligeledes af den omstændighed, at det nævnte mærke gennem brug er blevet vitterlig kendt. For at understøtte sin påstand om, at mærket er vitterlig kendt, vedlagde sagsøgeren i et bilag

til sin skriftlige begrundelse for klagen, indgivet til appelkammeret, en erklæring på tro og love afgivet af selskabets administrerende direktør samt en liste over selskabets kunder.

10 Ved afgørelse af 4. marts 2002, der blev meddelt sagsøgeren den 25. marts 2002 (herefter »afgørelsen fra 2002«), afslog Tredje Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen. Efter at have fastslået, at det ansøgte og det ældre varemærke vedrører varer af samme art, og efter at have sammenlignet de to omtvistede tegn visuelt, fonetisk og begrebsmæssigt foretog Tredje Appelkammer en helhedsvurdering af risikoen for forveksling, og det vurderede bl.a. i den forbindelse, at det ikke kunne tage hensyn til det ældre varemærkes eventuelle høje grad af særpræg forbundet med det udbredte kendskab til det, da denne omstændighed og de ovennævnte beviser fremlagt til støtte herfor først var blevet gjort gældende under klagesagen for appelkammeret.

11 Den 24. maj 2002 anlagde sagsøgeren sag ved Retten, registreret som sag T-164/02, til prøvelse af afgørelsen fra 2002. Sagsøgeren anførte til støtte for sit søgsmål fire anbringender om tilsidesættelse af for det første forpligtelsen til at undersøge de af sagsøgeren fremlagte oplysninger for appelkammeret, for det andet af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, for det tredje af de procesretlige principper, der er anerkendt i medlemsstaterne, og af de processuelle regler, der finder anvendelse ved Harmoniseringskontoret, og for det fjerde af begrundelsespligten.

12 Ved dommen af 10. november 2004, Kaul mod KHIM — Bayer (ARCOL) (sag T-164/02, Sml. II, s. 3807), tiltrådte Retten det første anbringende og annullerede afgørelsen fra 2002 uden at tage stilling til de andre anbringender i sagen. Retten vurderede nærmere bestemt, at Tredje Appelkammer ved afgørelsen fra 2002 havde tilsidesat artikel 74 i forordning nr. 40/94 ved at afvise at undersøge de kendsgerninger, der for første gang blev forelagt af sagsøgeren for appelkammeret med henblik på at bevise det ældre varemærkes høje grad af særpræg opnået ved den brug, der ifølge sagsøgeren er blevet gjort af dette varemærke på markedet.

13 Den 25. januar 2005 appellerede Harmoniseringskontoret ARCOL-dommen, nævnt ovenfor i præmis 12, til Domstolen. Ved dom af 13. marts 2007, KHIM mod Kaul (sag C-29/05 P, Sml. I, s. 2213), gav Domstolen appellanten medhold og ophævede ARCOL-dommen, nævnt ovenfor i præmis 12. Domstolen traf herefter endelig afgørelse i sagen og annullerede afgørelsen fra 2002.

14 Domstolen konstaterede, at Tredje Appelkammer i afgørelsen fra 2002 afviste at tage hensyn til de kendsgerninger og beviser, som sagsøgeren havde fremlagt til støtte for klagen, idet det i det væsentlige var af den opfattelse, at en sådan hensyntagen som sådan var udelukket, fordi disse kendsgerninger og beviser ikke tidligere var blevet fremlagt for Indsigelsesafdelingen inden for de af denne fastsatte frister. Denne antagelse indebar ifølge Domstolen en tilsidesættelse af artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94, som — såfremt kendsgerninger og beviser er fremlagt for det for sent — giver appelkammeret en skønsmargen med henblik på at afgøre, hvorvidt der skal tages hensyn til disse ved den afgørelse, som appelkammeret skal træffe. Da Tredje Appelkammer — i stedet for at udøve den skønsbeføjelse, som det således er tildelt — var af den fejlagtige opfattelse, at det ikke havde nogen skønsbeføjelse med henblik på en eventuel hensyntagen til de omhandlede kendsgerninger og beviser i denne sag, konkluderede Domstolen, at afgørelsen fra 2002 skulle annulleres (dommen i sagen KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 13, præmis 67-70).

15 Præsidiet for appelkamrene ved Harmoniseringskontoret henviste sagen til Andet Appelkammer ved afgørelse truffet den 19. juni 2007 og meddelt parterne i sagen for Harmoniseringskontoret den 22. juni 2007.

16 Ved afgørelse truffet den 1. august 2007 (herefter »den anfægtede afgørelse«) og meddelt sagsøgeren den 6. september 2007 afslog Andet Appelkammer ved Harmoniseringskontoret sagsøgerens klage og stadfæstede Indsigelsesafdelingens afgørelse, hvorved denne havde forkastet indsigelsen. Efter at have vurderet, at de kolliderende varemærker på ingen måde kunne opfattes som lignende af den relevante kundekreds, der består af producenter af levnedsmidler og slik, konkluderede Andet Appelkammer nærmere bestemt, at én af de nødvendige betingelser for at anvende artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ikke er opfyldt, og at Indsigelsesafdelingen med rette havde forkastet indsigelsen. Henset til denne konklusion vurderede Andet Appelkammer, at de kendsgerninger og beviser, som sagsøgeren for første gang havde fremlagt under klagesagen ved appelkammeret til støtte for sin påstand om, at det ældre

mærke har opnået en høj grad af særpræg ved den brug, der er gjort af det på markedet, ikke var relevante, eftersom en sådan påstand — selv hvis den blev bevist — ikke kunne have nogen indvirkning på anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 i den foreliggende sag.

Parternes påstande

17 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Indsigelsen tages til følge.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

18 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

Om det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 63, stk. 6, og af artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94

19 Sagsøgeren har anført, at appelkammeret har tilsidesat konklusionen og præmisserne i dommen i sagen KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 13, for så vidt som det slet ikke, eller ikke på korrekt vis, har udøvet sin skønsbeføjelse, der følger af artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94, med henblik en eventuel hensyntagen til de kendsgerninger og beviser, som sagsøgeren for første gang fremlagde for det. Hvis appelkammeret havde fulgt de af Domstolen i denne dom udstukne retningslinjer korrekt, ville det efter sagsøgerens opfattelse have givet sagsøgeren medhold.

20 Harmoniseringskontoret har bestridt sagsøgerens argument.

21 Det følger af fast retspraksis, at en annullationsdom, som dommen i sagen KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 13, har virkning ex tunc og følgelig indebærer, at den annullerede retsakt fjernes med tilbagevirkende gyldighed fra retsordenen (Domstolens dom af 26.4.1988, forenede sager 97/86, 99/86, 193/86 og 215/86, Asteris m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2181, præmis 30, samt Rettens dom af 13.12.1995, forenede sager T-481/93 og T-484/93, Exporteurs in Levende Varkens m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2941, præmis 46, og af 10.10. 2001, sag T-171/99, Corus UK mod Kommissionen, Sml. II, s. 2967, præmis 50).

22 Det følger af denne retspraksis, at den institution, fra hvilken en annulleret retsakt hidrører, for at efterkomme annullationsdommen og opfylde den fuldt ud ikke blot skal tage hensyn til dommens konklusion, men også til de præmisser, som har ført til domskonklusionen, og som danner det fornødne grundlag for denne i den forstand, at de er nødvendige, når det skal afgøres, hvad konklusionen helt præcist går ud på. Det er nemlig disse præmisser, som dels fastslår, nøjagtigt hvilken bestemmelse der anses for ulovlig, dels angiver de nøjagtige grunde til den i konklusionen fastslåede ulovlighed, og som den pågældende institution skal tage hensyn til, når den udsteder en anden retsakt i stedet for den, der er blevet annulleret (Domstolens kendelse af 13.7.2000, sag C-8/99 P, Gómez de Enterría y Sanchez mod Parlamentet, Sml. I, s. 6031, præmis 19 og 20, jf. Rettens dom af 17.12.2003, sag T-324/02, McAuley mod Rådet, Sml. Pers. I-A, s. 337, og II, s. 1657, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis).

23 Som følge af annullationen af afgørelsen fra 2002 var den klage, som sagsøgeren havde indbragt for appelkammeret, igen blevet verserende i den foreliggende sag. I overensstemmelse med sin forpligtelse i henhold til artikel 63, stk. 6, i forordning nr. 40/94 til at træffe de foranstaltninger, der er nødvendige til opfyldelse af Domstolens afgørelse, skulle Harmoniseringskontoret sørge for, at klagesagen blev afsluttet ved en ny appelkammerafgørelse. Dette skete faktisk, eftersom sagen blev henvist til Andet Appelkammer, som har truffet den anfægtede afgørelse.

24 Sagsøgeren har ikke bestridt lovligheden af, at sagen blev henvist til Andet Appelkammer. Derimod har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret har begrænset sig til at tiltræde afgørelsen fra 2002 og fastslå, at de kendsgerninger og beviser, som sagsøgeren for første gang fremlagde under klagesagen ved appelkammeret, var irrelevante og derfor måtte afvises, uden at udøve sin skønsbeføjelse i henhold til artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 med henblik på at afgøre, hvorvidt der var grund til at tage hensyn til de nævnte kendsgerninger og beviser.

25 Med henblik på en prøvelse af dette argument bemærkes, at 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«.

26 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 i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder. Det fremgår af denne retspraksis, at der skal 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, heriblandt særligt det indbyrdes afhængighedsforhold mellem dels ligheden mellem tegnene, dels ligheden mellem de pågældende varer eller tjenesteydelser (Domstolens kendelse af 24.4.2007, sag C-131/06 P, Castellblanch mod KHIM, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 55, jf. Rettens dom af 9.7.2003, sag T-162/01, Laboratorios RTB mod KHIM — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), Sml. II, s. 2821, præmis 30-32 og den deri nævnte retspraksis).

27 Desuden er der større risiko for forveksling, jo stærkere det ældre varemærkes særpræg er. Således nyder de varemærker, som har et stærkt særpræg, enten i sig selv, eller fordi de er kendt på markedet, en videre beskyttelse end de varemærker, hvis særpræg er mindre. Der skal følgelig tages hensyn til det ældre varemærkes særpræg, og navnlig dets renommé, ved vurderingen af, om der består en risiko for forveksling (jf. Domstolens dom af 17.4.2008, sag C-108/07 P, Ferrero Deutschland mod KHIM og Cornu, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 32 og 33 og den deri nævnte retspraksis).

28 Selv om det er rigtigt, at en svag grad af lighed mellem de omfattede varer eller tjenesteydelser i medfør af princippet om det indbyrdes afhængighedsforhold mellem de faktorer, der tages i betragtning, herunder navnlig ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem de heraf omfattede varer eller tjenesteydelser, kan opvejes af en høj grad af lighed mellem varemærkerne og omvendt (Domstolens dom af 15.3.2007, sag C-171/06 P, T.I.M.E. ART mod KHIM, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 35), har Domstolen fastslået, at det 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 det varemærke, der er søgt registreret, er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og at de varer eller tjenesteydelser, der er omhandlet i varemærkeansøgningen, er af samme eller lignende art som de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det ældre

varemærke er blevet registreret. Der er i den henseende tale om kumulative betingelser (Domstolens dom af 12.10.2004, sag C-106/03 P, Vedial mod KHIM, Sml. I, s. 9573, præmis 51, og af 13.9.2007, sag C-234/06 P, Il Ponte Finanziaria mod KHIM, Sml. I, s. 7333, præmis 48).

29 Heraf følger, at indsigelsen skal forkastes — uden at det er i strid med princippet om det indbyrdes afhængighedsforhold i forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling — i det tilfælde, hvor de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af de omtvistede varemærker, er af samme art, såfremt de nævnte varemærker bedømt hver for sig ikke udviser den minimale grad af lighed, der kræves, for at det alene på grundlag af det ældre varemærkes høje grad af særpræg eller endda alene på grundlag af identiteten mellem de varer, der er omfattet af dette varemærke, og dem, der er omfattet af det varemærke, der er søgt registreret, kan godtgøres, at der foreligger en risiko for forveksling (jf. i denne retning dommen i sagen Il Ponte Finanziaria mod KHIM, nævnt i præmis 28 ovenfor, præmis 50 og 51).

30 I det foreliggende tilfælde har Tredje Appelkammer i punkt 30-35 i afgørelsen fra 2002 foretaget en helhedsvurdering af, om der foreligger en risiko for forveksling, og konkluderet, at der, »uanset at varerne er af samme art, […] i betragtning af de tydelige visuelle og fonetiske forskelle mellem varemærkerne (som klart opvejer de af [sagsøgeren] hævdede visuelle og fonetiske ligheder), af det meget specifikke marked og af, at den typiske forbruger må formodes at have en vis ekspertise«, ikke består nogen risiko for forveksling mellem de i sagen omtvistede varemærker.

31 Som det fremgår af den ovenfor i præmis 26 og 27 nævnte retspraksis, indebærer helhedsvurderingen af risikoen for forveksling, at der skal tages hensyn til alle relevante faktorer i sagen, heriblandt det ældre varemærkes eventuelle stærke særpræg. Da Tredje Appelkammer i afgørelsen fra 2002 havde besluttet at foretage en helhedsvurdering af risikoen for forveksling mellem de omtvistede varemærker, skulle det, som det fremgår af dommen i sagen KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 13, præmis 67-70, først undersøge, om det var muligt i sagen at inddrage sagsøgerens nye argumentation om det ældre varemærkes velkendthed, som sagsøgeren for første gang havde fremlagt under klagesagen ved appelkammeret, og det til støtte herfor fremlagte bevismateriale.

32 Netop ved denne forudgående undersøgelse begik Tredje Appelkammer den retlige fejl, der er årsagen til, at afgørelsen fra 2002 blev annullereret ved dommen i sagen KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 13. Således som det er fastslået af Domstolen i denne dom, konkluderede Tredje Appelkammer — i stedet for at udøve den skønsbeføjelse, som tilkommer det i henhold til artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94, med henblik på en eventuel hensyntagen til kendsgerningerne og beviserne vedrørende det ældre varemærkes påståede velkendthed — fejlagtigt i punkt 10-12 i afgørelsen fra 2002, at det ikke havde en sådan beføjelse, hvilket bevirkede, at det afviste disse kendsgerninger og beviser, som sagsøgeren for første gang havde fremlagt for appelkammeret under klagesagen til prøvelse af Indsigelsesafdelingens afgørelse.

33 Efter en fornyet undersøgelse afslog Andet Appelkammer, som sagen var blevet henvist til efter annullationen af afgørelsen fra 2002, imidlertid den af sagsøgeren indgivne klage over Indsigelsesafdelingens afgørelse med den begrundelse, at det ældre og det ansøgte varemærke på ingen måde kunne opfattes som identiske eller lignende af den relevante kundekreds, og at der i det foreliggende tilfælde følgelig ikke bestod en risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 (punkt 26-28 i den anfægtede afgørelse).

34 Med forbehold for prøvelsen af Andet Appelkammers konklusion, hvorefter der ikke er nogen lighed mellem de omtvistede varemærker, hvilket sagsøgeren har bestridt med sit tredje anbringende, som prøves nedenfor, bemærkes, at Andet Appelkammer ved at afslå sagsøgerens klage over Indsigelsesafdelingens afgørelse og tiltræde denne afgørelse med den begrundelse, at de omtvistede varemærker hverken er identiske eller lignende, har foretaget en korrekt anvendelse af den retspraksis, der er nævnt i præmis 28 ovenfor, og hvortil der også er henvist i punkt 26 i den anfægtede afgørelse.

35 I modsætning til det af sagsøgeren anførte, begrænsede Andet Appelkammer sig desuden ikke til i den anfægtede afgørelse at fastslå, at afgørelsen fra 2002 ikke var behæftet med nogen fejl.

36 Først bemærkes desangående, at Andet Appelkammer i punkt 24 i den anfægtede afgørelse kun har fastslået, at de betragtninger i afgørelsen fra 2002, som vedrører vurderingen af visuel, fonetisk og begrebsmæssig lighed mellem de omtvistede varemærker, og som er gengivet i punkt 23 i den anfægtede afgørelse, ikke var fejlagtige og dermed kunne udgøre grundlaget for appelkammerets konklusion, indeholdt i punkt 25-28 i den anfægtede afgørelse, hvorefter der ikke består nogen lighed mellem de omtvistede varemærker.

37 Dernæst bemærkes, at Tredje Appelkammer i afgørelsen fra 2002 ikke klart og utvetydigt havde formuleret en sådan konklusion, hvilket bekræftes af, at appelkammeret i afgørelsens punkt 30-35 foretog en helhedsvurdering af risikoen for forveksling, som efter den ovenfor i præmis 29 nævnte retspraksis ikke ville have været nødvendig, hvis appelkammeret havde fundet, at de omhandlede varemærker var forskellige, når de blev sammenlignet i deres helhed.

38 Derimod har Andet Appelkammer i punkt 26-28 i den anfægtede afgørelse klart fastslået, at de omtvistede varemærker hverken er identiske eller lignende. Da Andet Appelkammer som følge af annullationen af den anfægtede afgørelse fra 2002 skulle foretage en ny prøvelse af sagsøgerens klage over Indsigelsesafdelingens afgørelse, skulle det ligeledes foretage en ny vurdering af, om de to omtvistede varemærker er identiske eller lignende, hvorved det kunne nå til sin egen konklusion uafhængigt af den af Tredje Appelkammer trufne afgørelse.

39 Andet Appelkammer var på dette punkt heller ikke bundet af domskonklusionen og præmisserne i dommen i sagen KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 13, da Domstolen i den nævnte dom ikke tog stilling til, hvorvidt der er lighed mellem de omtvistede varemærker eller ej. Dette spørgsmål kunne i givet fald alene have været undersøgt i forbindelse med prøvelsen af et anbringende om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Domstolen gav imidlertid — lige som også Retten forinden havde gjort — sagsøgeren medhold uden at tage stilling til dette anbringende.

40 På baggrund af, at Andet Appelkammer havde konkluderet, at der ikke var nogen lighed mellem de omtvistede varemærker, fandt det i punkt 25 i den anfægtede afgørelse, at de kendsgerninger og beviser vedrørende det ældre varemærkes påståede velkendthed, som sagsøgeren for første gang havde fremlagt for appelkammeret under klagesagen, »ikke [var] relevante for klagesagens udfald og derfor [måtte afvises], da de, selv om de påberåbte omstændigheder havde været fuldt ud godtgjort, ikke ville have haft nogen indvirkning på anvendelsen af artikel 8, stk. 1, [litra] b), i [forordning nr. 40/94] i den foreliggende sag«.

41 Sagsøgeren har hævdet, at Andet Appelkammer ved at afvise at tage hensyn til de nævnte kendsgerninger og beviser tilsidesatte artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 som fortolket ved dommen i sagen KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 13.

42 Relevansen af kendsgerninger og beviser, der er fremlagt for Harmoniseringskontoret af én af parterne i en indsigelsessag efter udløbet af den frist, det har fastsat herfor, udgør imidlertid et af de momenter, som Harmoniseringskontoret skal tage hensyn til, når det i medfør af sin skønsbeføjelse i henhold til artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 skal afgøre, hvorvidt de nævnte kendsgerninger og beviser skal tages i betragtning (jf. i denne retning dommen i sagen KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 13, præmis 44).

43 Følgelig kan Andet Appelkammer ikke kritiseres for at have tilsidesat sidstnævnte bestemmelse og dommen i sagen KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 13, fordi det som grundlag for afvisningen af de kendsgerninger og beviser, som sagsøgeren for første gang havde fremlagt for appelkammeret under klagesagen til prøvelse af Indsigelsesafdelingens afgørelse, tog hensyn til, at de nævnte kendsgerninger og beviser ikke var relevante for sagens udfald.

44 Det af sagsøgeren fremsatte klagepunkt om den påståede tilsidesættelse af artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 er under alle omstændigheder uden betydning. Da Andet Appelkammer havde konkluderet, at der ikke var nogen lighed mellem det ansøgte og

det ældre varemærke, var det nemlig ikke forpligtet til at tage det ældre varemærkes påståede velkendthed i betragtning, eftersom det med rette kunne fastslå, at der ikke bestod nogen risiko for forveksling, uanset det ældre varemærkes påståede stærke særpræg (jf. i denne retning Rettens dom af 25.6.2008, sag T-224/06, Otto mod KHIM — L'Altra Moda (l'Altra Moda), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 50).

45 Selv om Andet Appelkammers afvisning af at tage det ældre varemærkes påståede velkendthed og de dertil knyttede beviser i betragtning ved udøvelsen af sin skønsbeføjelse i medfør af artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 skulle være en retlig fejl, ville en sådan fejl følgelig ikke have nogen indvirkning på konklusionen i den anfægtede afgørelse, da denne er tilstrækkeligt begrundet i konstateringen om, at det ansøgte og det ældre varemærke hverken er identiske eller lignende.

46 Endelig har sagsøgeren gjort gældende, at det af Andet Appelkammer anførte i punkt 30 i den anfægtede afgørelse, hvorefter »den retlige fejl, som Tredje Appelkammer havde begået ved at tilsidesætte artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94, ikke var tilstrækkelig til at berettige annullation af [afgørelsen fra 2002]«, viser, at Andet Appelkammer ikke har taget hensyn til udtalelserne i dommen i sagen KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 13.

47 Dette argument kan ikke tiltrædes. Vel synes punkt 30 i den anfægtede afgørelse at overse det forhold, at Domstolen — efter at have fastslået, at begrundelsen for afgørelsen fra 2002 var behæftet med en retlig fejl angående anvendelsen af artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 — ikke selv kunne forkaste indsigelsen af en grund, som ikke var indeholdt i afgørelsen fra 2002, nemlig den manglende lighed mellem de omtvistede varemærker.

48 Når det i artikel 63, stk. 3, i forordning nr. 40/94 er fastsat, at Fællesskabets retsinstanser »har kompetence til at ophæve eller omgøre den indklagede afgørelse«, skal det nemlig læses i lyset af det foregående stykke, hvorefter »[i]ndbringelse af klager kan ske under påberåbelse af inkompetence, væsentlige formmangler eller overtrædelse af traktaten, af [forordning nr. 40/94] eller af retsregler vedrørende deres gennemførelse eller under påberåbelse af magtfordrejning«, og af artikel 229 EF og 230 EF (Rettens dom af 8.7.1999, sag T-163/98, Procter & Gamble mod KHIM (BABY-DRY), Sml. II, s. 2383, præmis 50 og 51, og af 31.5.2005, sag T-373/03, Solo Italia mod KHIM — Nuova Sala (PARMITALIA), Sml. II, s. 1881, præmis 25).

49 Heraf følger, at Retten — ligesom Domstolen, når den annullerer Rettens dom og selv træffer afgørelse i sagen — udøver en legalitetsprøvelse af afgørelser truffet af Harmoniseringskontorets instanser. Hvis Fællesskabets retsinstanser finder, at en sådan afgørelse, som er indbragt for dem til prøvelse, er retsstridig, skal de annullere den. De kan ikke forkaste søgsmålet og herved sætte deres egen begrundelse i stedet for den, der er angivet af den kompetente instans ved Harmoniseringskontoret, som har udstedt den anfægtede retsakt (jf. i denne retning og analogt Domstolens dom af 27.1.2000, sag C-164/98 P, DIR International Film m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 447, præmis 38).

50 Imidlertid bemærkes, at Andet Appelkammer hverken havde til opgave at tage stilling til, om afgørelsen fra 2002, som i kraft af Domstolens annullation var blevet fjernet fra retsordenen med tilbagevirkende gyldighed, var velbegrundet, eller om Domstolens annullation var berettiget. Andet Appelkammer skulle kun tage stilling til den af sagsøgeren indgivne klage over Indsigelsesafdelingens afgørelse. Derfor udgør alene den anfægtede afgørelses betragtninger, som refererer til den af sagsøgeren rejste indsigelse, et tilstrækkeligt grundlag for konklusionen i Andet Appelkammers afgørelse, hvorved det har forkastet den af sagsøgeren indgivne klage.

51 Derimod er de betragtninger vedrørende berettigelsen af Domstolens annullation af afgørelsen fra 2002, som kommer til udtryk i punkt 30 i den anfægtede afgørelse, uden

betydning for den nævnte afgørelses konklusion. Selv om disse betragtninger måtte være behæftet med en retlig fejl, ville de derfor ikke kunne føre til annullation af den anfægtede afgørelse.

52 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det første anbringende forkastes.

Om det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af retten til at blive hørt

53 Sagsøgeren har gjort gældende, at Andet Appelkammer har tilsidesat artikel 61, stk. 2, og artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94 ved ikke at give selskabet mulighed for at fremkomme med dets bemærkninger, navnlig om rækkevidden af fortolkningen af dommen i sagen KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 13, før den anfægtede afgørelse blev truffet.

54 Harmoniseringskontoret har bestridt denne argumentation.

55 Det bemærkes, at Harmoniseringskontorets afgørelser ifølge artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94 kun må støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om. Ved denne bestemmelse fastslås det generelle princip om beskyttelse af retten til kontradiktion inden for EF-varemærkeretten. I henhold til dette almindelige fællesskabsretlige princip skal adressaterne for offentlige myndigheders beslutninger, der føleligt berører disse adressaters interesser, i rette tid have lejlighed til at fremføre deres synspunkter. Retten til at blive hørt omfatter alle forhold af faktisk eller retlig art, som danner grundlag for beslutningsprocessen, men ikke det endelige standpunkt, som administrationen agter at indtage (jf. Rettens dom af 7.2.2007, sag T-317/05, Kustom Musical Amplification mod KHIM (en guitars form), Sml. II, s. 427, præmis 24, 26 og 27 og den deri nævnte retspraksis).

56 Det er i denne sag ubestridt, at sagsøgeren under den procedure, der førte til afgørelsen fra 2002, havde haft lejlighed til at fremkomme med sine bemærkninger for Tredje Appelkammer vedrørende alle aspekter af den af sagsøgeren rejste indsigelse, herunder den påståede lighed mellem de omtvistede varemærker. Disse bemærkninger er faktisk resumeret i punkt 6 i afgørelsen fra 2002.

57 Efter Domstolens annullation af afgørelsen fra 2002 blev sagen henvist til Andet Appelkammer, som det, efter at det havde bedømt sagen på ny, påhvilede at tage stilling til den af sagsøgeren indgivne klage over Indsigelsesafdelingens afgørelse, hvorved denne havde forkastet indsigelsen.

58 Som anført i forbindelse med prøvelsen af det første anbringende har Andet Appelkammer ved den anfægtede afgørelse forkastet sagsøgerens klage med den begrundelse, at det ansøgte og det ældre varemærke hverken er identiske eller lignende i modsætning til, hvad sagsøgeren har hævdet.

59 Det fremgår ikke nogetsteds af den anfægtede afgørelse, at Andet Appelkammer skulle have truffet den anfægtede afgørelse på grundlag af andre forhold af faktisk eller retlig art end dem, som Tredje Appelkammer var bekendt med, da det traf afgørelsen fra 2002, og som sagsøgeren havde haft lejlighed til at fremkomme med sine bemærkninger om. At dette er rigtigt, fremgår så meget desto mere af, at Andet Appelkammer har gentaget en stor del af begrundelsen i afgørelsen fra 2002 vedrørende den visuelle, fonetiske og begrebsmæssige sammenligning af de omtvistede tegn.

60 Selv om det ganske vist er rigtigt, at Andet Appelkammer ud fra begrundelsen i afgørelsen fra 2002, som gengivet i dets egen afgørelse, nåede til en konklusion, hvorefter der ikke var nogen lighed mellem de to omtvistede varemærker, hvilken konklusion ikke som sådan fremgik af afgørelsen fra 2002, forholder det sig ikke desto mindre således, at Andet Appelkammer, eftersom det drejede sig om det endelige standpunkt, som det agtede at indtage, på ingen måde — henset til den i præmis 55 ovenfor nævnte retspraksis — var forpligtet til på ny at høre sagsøgeren, før det traf sin afgørelse.

61 Sagsøgeren har imidlertid nærmere bestemt gjort gældende, at dommen i sagen KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 13, udgjorde et nyt retligt element, som sagsøgeren skulle have haft lejlighed til at udtale sig om, før den anfægtede afgørelse blev truffet.

62 I samme forbindelse har sagsøgeren hævdet, at der gælder en formodning for, at man blandt flere mulige fortolkninger af en annullationsdom, som dommen i sagen KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 13, bør anvende den fortolkning, der er mest fordelagtig for sagsøgeren.

63 Som svar på sidstnævnte argument bemærkes, at det i tvivlstilfælde vedrørende betydningen og rækkevidden af en dom ifølge artikel 43 i statutten for Domstolen tilkommer Domstolen at fortolke dommen. Der gælder følgelig ikke nogen formodning som den af sagsøgeren hævdede, og Andet Appelkammer var ikke forpligtet til at høre sagsøgeren vedrørende fortolkningen af dommen i sagen KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 13. Hvis sagsøgeren eller Harmoniseringskontoret, der begge var parter i sagen for Domstolen, havde fundet, at den nævnte dom gav anledning til fortolkningstvivl, var det op til dem at indbringe spørgsmålet for Domstolen.

64 For så vidt angår spørgsmålet, om Andet Appelkammer skulle have hørt sagsøgeren på ny, inden det traf den anfægtede afgørelse, om anvendelsen af artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 i lyset af den afklaring med hensyn til fortolkningen og anvendelsen af denne bestemmelse, som følger af dommen i sagen KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 13, skal det hertil blot bemærkes, at selv om Andet Appelkammers afvisning af at tage kendsgerningerne og beviserne vedrørende det ældre varemærkes påståede velkendthed i betragtning ved udøvelse af sin skønsbeføjelse i medfør af artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 skulle være en retlig fejl, ville en sådan fejl ikke have nogen indvirkning på udfaldet af den anfægtede afgørelse.

65 Eftersom retten til at blive hørt, som er fastslået i artikel 73 i forordning nr. 40/94, ifølge den ovenfor i præmis 55 nævnte retspraksis bl.a. omfatter de retlige elementer, som danner grundlag for beslutningsprocessen, var Andet Appelkammer ikke forpligtet til at høre sagsøgeren om anvendelsen af artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94, da de kendsgerninger, beviser og argumenter vedrørende det ældre varemærkes påståede velkendthed, som var blevet fremført med henvisning til artikel 74, ikke udgjorde en del af grundlaget for den anfægtede afgørelse.

66 Heraf følger, at det andet anbringende skal forkastes.

Om det tredje anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94

67 Sagsøgeren har gjort gældende, at appelkammeret har tilsidesat artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. For det første har sagsøgeren i denne forbindelse hævdet, at appelkammeret har undladt at undersøge de af selskabet fremførte kendsgerninger og argumenter, herunder dem der blev fremført under sagen for Retten og Domstolen. Appelkammeret har heller ikke taget hensyn til det udsagn, som Harmoniseringskon-

torets repræsentant fremsatte under retsmøderne, såvel ved Retten som ved Domstolen, i den sag, der fandt sin afslutning ved dommen i sagen KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 13, og hvorefter der — hvis det ældre varemærkes påståede velkendthed blev godtgjort — ville være en tilstrækkelig lighed mellem de omtvistede varemærker til at begrunde, at der bestod en risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

68 For det andet er konklusionen i den anfægtede afgørelse om, at der ikke er nogen visuel eller fonetisk lighed mellem de omtvistede varemærker, fejlagtig, ligesom den underkender den retspraksis, hvorefter varemærker med en høj grad af særpræg tillægges en vid beskyttelse.

69 For det tredje, og endelig, har appelkammeret ikke i tilstrækkelig grad taget hensyn til et varemærkes »beskyttelsesfunktion« eller til samspillet mellem de forskellige kriterier, der skal tages i betragtning ved vurderingen af risikoen for forveksling.

70 Harmoniseringskontoret har bestridt sagsøgerens argumentation.

71 Indledningsvis bemærkes, at sagsøgerens klagepunkter må afvises som irrelevante, når det hermed gøres gældende, at appelkammeret har tilsidesat dels retspraksis vedrørende den vide beskyttelse, der tilkommer indehaveren af et varemærke med en høj grad af særpræg, dels den indbyrdes afhængighed mellem de forskellige kriterier, der skal tages i betragtning ved helhedsvurderingen af risikoen for forveksling.

72 Som anført i forbindelse med prøvelsen af det første anbringende blev indsigelsen i denne sag nemlig forkastet på grundlag af, at der manglede enhver lighed mellem de omtvistede varemærker, og ikke på grundlag af en helhedsvurdering af risikoen for forveksling.

73 Selv hvis det herefter antages, at den anfægtede afgørelses betragtninger, herunder de betragtninger i afgørelsen fra 2002, som er citeret i den anfægtede afgørelses punkt 23, er behæftet med en retlig fejl vedrørende den indbyrdes afhængighed mellem de forskellige kriterier, der skal tages i betragtning ved helhedsvurderingen af risikoen for forveksling, vil en sådan fejl ikke kunne føre til annullation af den anfægtede afgørelse, da denne er tilstrækkeligt begrundet i konstateringen af, at det ansøgte og det ældre varemærke hverken er identiske eller lignende.

74 For så vidt angår klagepunktet om appelkammerets påståede tilsidesættelse af varemærkets »beskyttelsesfunktion« bemærkes, at sagsøgeren i denne forbindelse har anført, at et varemærke — ud over at have den funktion at angive en vares eller en tjenesteydelses handelsmæssige oprindelse og beskaffenhed og at være et middel i reklamen — også udfylder en funktion i konkurrencemæssig henseende i det omfang, det sikrer indehaveren en konkurrencemæssig fordel.

75 Disse betragtninger kan imidlertid ikke, selv hvis de antages at være rigtige, påvirke vurderingen af, om der er lighed mellem de to varemærker. Dette klagepunkt er derfor også irrelevant.

76 Angående klagepunktet om en fejlagtig afgrænsning af den relevante kundekreds, som skal tages i betragtning ved vurderingen af, om der i denne sag foreligger en risiko for forveksling, har sagsøgeren ikke bestridt konklusionen i afgørelsen fra 2002, gentaget i den anfægtede afgørelse, hvorefter kundekredsen udgøres af producenter af levnedsmidler og slik. Sagsøgeren har i stedet anfægtet betragtningerne i punkt 34 i afgørelsen fra 2002, gengivet i punkt 23 i den anfægtede afgørelse, hvorefter det valg, som træffes af

den relevante kundekreds, der er specialiseret, mellem den ene eller den anden af de slags varer, som er omfattet af de omtvistede varemærker, »næppe berøres eller påvirkes af de tegn, der er knyttet til de produkter og ingredienser, som de bruger i deres produktion«, og »risikoen for forveksling må i en sådan situation forudsætte en høj grad af lighed mellem varemærkerne«.

77 Det er dermed også et irrelevant klagepunkt. Uden at det således er nødvendigt at afgøre, hvilken grad af lighed mellem de omtvistede varemærker der i denne sag ville være tilstrækkelig til at indebære en risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, skal der blot henvises til, at appelkammeret konkluderede, at der ikke er nogen som helst lighed mellem de nævnte varemærker, og at de er forskellige.

78 Det er derfor tilstrækkeligt til at tage stilling til nærværende anbringende at foretage en prøvelse af denne sidstnævnte konklusion i den anfægtede afgørelse, idet der herved skal tages hensyn dels til opfattelsen af de omtvistede varemærker i den ovennævnte kundekreds, som appelkammeret har identificeret korrekt i den anfægtede afgørelse, og dels til sagsøgerens argumentation vedrørende de fejl, der angiveligt er begået af appelkammeret ved sammenligningen af de nævnte varemærker i visuel og fonetisk henseende.

79 I punkt 27 i afgørelsen fra 2002, gengivet i punkt 23 i den anfægtede afgørelse, foretog appelkammeret først en visuel sammenligning af de to omtvistede varemærker. I den forbindelse anførte appelkammeret, at det sandsynligvis blot er et »rent tilfælde«, at begge varemærker udgøres af fem bogstaver. Det tilføjede desuden, at varemærkerne visuelt »tydeligvis er forskellige«, selv om de har bogstavet »a« og endelsen »ol« tilfælles.

80 Sagsøgeren har bestridt disse betragtninger, som selskabet betegner »tomme og blottet for betydning«. Ifølge sagsøgeren har appelkammeret i strid med retspraksis undladt at forklare, hvorfor det forhold, at de omtvistede varemærker består af samme antal bogstaver, ikke påvirker vurderingen af ligheden mellem dem.

81 Denne argumentation kan ikke tiltrædes. Den omstændighed, at to ordmærker består af samme antal bogstaver, har nemlig ikke i sig selv nogen særlig betydning for den kundekreds, som disse varemærker er rettet til, selv når det som i denne sag er en specialiseret kundekreds. Eftersom alfabetet består af et begrænset antal bogstaver, som i øvrigt ikke alle anvendes lige hyppigt, er det uundgåeligt, at flere ord består af det samme antal bogstaver og sågar har nogle tilfælles, uden at de alene af den grund må anses for visuelt at være ens.

82 Desuden er kundekredsen generelt ikke opmærksom på det nøjagtige antal bogstaver, som et ordmærke består af, og vil følgelig i de fleste tilfælde ikke være klar over, at de to omtvistede varemærker består af det samme antal bogstaver.

83 Det, der har betydning for vurderingen af visuel lighed mellem to ordmærker, er snarere, om de begge indeholder flere bogstaver i samme rækkefølge. Således er det med rette, at appelkammeret ikke har tillagt det nogen særlig betydning, at de omtvistede varemærker begge indeholder bogstavet »a«, da det står som det første bogstav i det ansøgte varemærke efterfulgt af bogstavsammensætningen »rc«, mens det i det ældre varemærke står som det andet bogstav omgivet af to andre bogstaver, nemlig bogstavet »c« og bogstavet »p«.

84 Som det er anerkendt af appelkammeret, udgør de omtvistede varemærkers endelse »ol« derimod et fællestræk ved varemærkerne. Eftersom denne bogstavsammensætning imidlertid udgør endelsen i de nævnte varemærker, og der i begge varemærker foran står helt forskellige bogstavkombinationer (henholdsvis bogstavgruppen »arc« og

»cap«), har appelkammeret med rette kunnet fastslå, at det ikke kunne anfægte den konklusion, hvorefter der samlet set ikke fandtes at være nogen visuel lighed mellem de nævnte varemærker.

85 At dette er rigtigt, følger så meget desto mere af, at Retten gentagne gange har udtalt, at forbrugeren generelt set i højere grad lægger mærke til, hvordan et varemærke begynder, end til, hvordan det slutter (jf. Rettens dom af 7.9.2006, sag T-133/05, Meric mod KHIM — Arbora & Ausonia (PAM-PIM'S BABY-PROP), Sml. II, s. 2737, præmis 51, og l'Altra Moda-dommen, nævnt ovenfor i præmis 44, præmis 43).

86 Hvad dernæst angår den fonetiske sammenligning af de to omtvistede varemærker har appelkammeret dernæst i punkt 28 i afgørelsen fra 2002, gengivet i punkt 23 i den anfægtede afgørelse, opregnet forskellige sandsynlige måder at udtale det ansøgte varemærke på og derefter konkluderet, at udtalen af de omtvistede varemærker er forskellig i medlemsstaterne, og det til trods for, at de nævnte varemærker begge kun består af to stavelser.

87 Disse betragtninger må tiltrædes. Modsat det af sagsøgeren anførte kan appelkammeret ikke kritiseres for at have truffet afgørelse på grundlag af »sandsynlige« måder at udtale det ansøgte varemærke på. Da det er et fantasiord, som ikke svarer til noget ord på et fællesskabssprog, kan der nemlig ikke være tale om andet end den sandsynlige udtale i den pågældende kundekreds, så længe ordet ikke er blevet registreret eller anvendt som betegnelse for varer.

88 Selv om sagsøgeren desuden har kritiseret Harmoniseringskontorets kompetente instanser for ikke at have undersøgt udtalen af de to omtvistede varemærker på alle sprog i Fællesskabets medlemsstater, har sagsøgeren ikke præciseret, på hvilket eller hvilke af de af appelkammeret angiveligt oversete sprog de to varemærker udtales på en måde, der begrunder eller påviser en fonetisk lighed mellem varemærkerne.

89 Det forhold, som også er gjort gældende af sagsøgeren, at de omtvistede varemærker begge har det samme antal stavelser, nemlig to, har ikke nogen særlig betydning for opfattelsen af de omtvistede varemærker i offentligheden generelt og, nærmere bestemt, i den relevante specialiserede kundekreds og kan ikke i sig selv føre til en konklusion om, at der er fonetisk lighed mellem de nævnte varemærker.

90 På denne baggrund, og under hensyntagen til, at udtalen — uanset hvordan den præcist måtte være — af den særprægede bogstavgruppe »arc«, som står i begyndelsen af det ansøgte varemærke, under alle omstændigheder vil være meget forskellig fra udtalen af bogstavgruppen »cap«, som står i begyndelsen af det ældre varemærke, er forekomsten i begge varemærker af endelsen »ol«, som sandsynligvis udtales ens i begge tilfælde, ikke tilstrækkelig til at bevirke, at der samlet set er fonetisk lighed mellem de nævnte varemærker.

91 Endelig bemærkes, som det er anført i punkt 29 i afgørelsen fra 2002, der er gentaget i den anfægtede afgørelse, at ingen af de to varemærker indebærer nogen betydning, som knytter det til et bestemt begreb, og følgelig er der ikke nogen begrebsmæssig lighed mellem dem. Denne konklusion har sagsøgeren desuden ikke bestridt.

92 På grundlag af de ovenstående konstateringer og betragtninger må det konkluderes, at Andet Appelkammer ikke har tilsidesat artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ved at fastslå i punkt 26-28 i den anfægtede afgørelse, at de omtvistede varemærker hverken var identiske eller lignende, og at denne bestemmelse derfor ikke fandt anvendelse, selv om varemærkerne omfattede varer af samme art.

93 Vedrørende sagsøgerens klagepunkt om, at Andet Appelkammer ikke har taget stilling til selskabets argumenter, herunder dem, der er fremført for Fællesskabets retsinstanser i den sag, der fandt sin afslutning ved dommen i sagen KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 13, konstateres, at sagsøgeren på ingen måde har præciseret, hvilke argumenter Andet Appelkammer angiveligt har overset.

94 I denne henseende bemærkes, at Andet Appelkammer, da det traf den anfægtede afgørelse, under alle omstændigheder kun skulle tage hensyn til argumenterne i de indlæg, som sagsøgeren havde indgivet under proceduren ved Harmoniseringskontorets forskellige instanser. De af sagsøgeren fremførte argumenter under sagen ved Fællesskabets retsinstanser var derimod ikke rettet til Harmoniseringskontoret, og appelkammeret var hverken forpligtet til at tage dem i betragtning eller til at forholde sig specifikt til dem i sin afgørelse.

95 Med hensyn til de argumenter, som sagsøgeren fremførte for Harmoniseringskontorets instanser, fremgår det af en gennemgang af akterne i sagen for appelkammeret, der er tilstillet Retten i overensstemmelse med artikel 133, stk. 3, i Rettens procesreglement, at sagsøgeren har fremsat argumenter — indeholdt i den indsigelsesskrivelse, som selskabet har indgivet, i de bemærkninger, som selskabet er fremkommet med for Indsigelsesafdelingen, samt i den skriftlige begrundelse for klagen indgivet til appelkammeret — om den relevante kundekreds, om at de af de omtvistede varemærker omfattede varer er af samme eller lignende art, om at der er lighed mellem de nævnte varemærker, og om at det ældre varemærke angiveligt har en høj grad af særpræg.

96 Disse spørgsmål og sagsøgerens dertil knyttede argumenter er imidlertid blevet undersøgt af appelkammeret i den anfægtede afgørelse. Sagsøgerens her behandlede klagepunkt skal derfor forkastes som grundløst.

97 Sagsøgerens klagepunkt om appelkammerets manglende hensyntagen til den holdning, som Harmoniseringskontorets repræsentant angiveligt indtog under sagen ved Fællesskabets retsinstanser, må ligeledes forkastes.

98 De afgørelser vedrørende registrering af et tegn som EF-varemærke, som appelkamrene skal træffe i henhold til forordning nr. 40/94, hører nemlig til de bundne forvaltningsbeføjelser og ikke til de skønsmæssige beføjelser. Spørgsmålet, om et tegn kan

registreres som EF-varemærke, skal derfor kun bedømmes på grundlag af denne forordning, således som den er fortolket af Fællesskabets retsinstanser, og ikke på grundlag af Harmoniseringskontorets tidligere praksis (jf. Rettens dom af 9.7.2008, sag T-304/06, Reber mod KHIM — Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart), Sml. II, s. 1927, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).

99 Disse betragtninger gælder så meget desto mere i forhold til et udsagn, som angiveligt er fremsat af Harmoniseringskontorets repræsentant over for Fællesskabets retsinstanser, og det i endnu højere grad, når det, henset til den uafhængige stilling for præsidenten og medlemmerne af Harmoniseringskontorets appelkamre, der sikres ved artikel 131, stk. 4, i forordning nr. 40/94, tages i betragtning, at disse ikke ved deres afgørelser er bundet af den holdning, som Harmoniseringskontoret har indtaget under en sag ved Fællesskabets retsinstanser.

100 Selv om det antages, at Harmoniseringskontorets repræsentant faktisk har fremsat det af sagsøgeren påståede udsagn, var appelkammeret følgelig ikke bundet heraf og skulle ikke i den anfægtede afgørelse begrunde, hvorfor det ikke tog hensyn til det.

101 Det følger af alle de ovenstående overvejelser, at dette anbringende ikke kan tiltrædes og må forkastes, samt at Harmoniseringskontoret bør frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

102 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, bør det pålægges denne at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Afdeling)

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

2) Kaul GmbH betaler sagens omkostninger.

Vilaras Prek Ciucă

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 25. marts 2009.

Underskrifter