RETTENS DOM (Anden Afdeling)

15. februar 2005 *

I sag T-296/02,

Lidl Stiftung & Co. KG, Neckarsulm (Tyskland), ved advokat P. Groß,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved A. von Mühlendahl, B. Müller og G. Schneider, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

* Processprog: tysk.

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

REWE-Zentral AG, Köln (Tyskland), ved advokat M. Kinkeldey,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 17. juli 2002 af Tredje Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 0036/2002-3) vedrørende en indsigelsessag mellem Lidl Stiftung & Co. KG og REWE-Zentral AG,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Afdeling)

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

justitssekretær: fuldmægtig I. Natsinas,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 18. maj 2004,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 16. september 1997 indgav intervenienten ved Retten en ansøgning om registrering af ordmærket LINDENHOF som EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«).

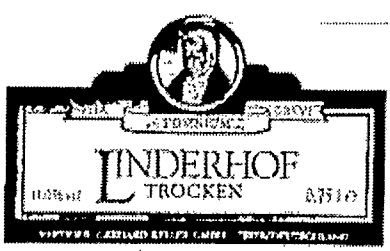
2 Varemærkeansøgningen vedrørte bl.a. varerne i klasse 30 og 32 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer for hver af disse klasser til følgende beskrivelse:

— Klasse 30: » [...] chokoladevarer, chokoladedrikke, [...] marcipan- og nougatprodukter; [...] pralinéer, også fyldte [...]«

— Klasse 32: »Øl, blandingsdrikke indeholdende øl, mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft, grøntsagssaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke; valledrikke [...]«

3 Varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 60/98 den 10. august 1998.

4 Den 26. oktober 1998 rejste sagsøgeren indsigelse mod registreringen af det ansøgte varemærke, idet selskabet støttede sig på følgende ord- og figurmærke:



Varemærket er registreret i Tyskland med ansøgningsdato den 24. december 1991 (herefter »det ældre varemærke«).

5 Indsigelsen var rettet mod registreringen af det ansøgte varemærke for alle de varer, der er nævnt ovenfor i præmis 2. Den var støttet på de varer, der var omfattet af det ældre varemærke, benævnt »mousserende vine«, og som henhører under klasse 33.

6 Til støtte for indsigelsen anførte sagsøgeren den relative registreringshindring, der er nævnt i artikel 8, stk. 1, litra b), i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret.

7 Efter at intervenienten havde gjort gældende, at brug af det ældre varemærke ikke havde fundet sted, jf. artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, fremlagde sagsøgeren en erklæring afgivet under ed af en af selskabets direktører, der var vedlagt en liste over antallet af salgsenheder for årene 1995 til 2000 og det nedenfor gengivne billede, der viste den form, der blev anvendt til disse salg.



8 Ved afgørelse af 8. november 2001 fastslog Indsigelsesafdelingen indledningsvis, at det var blevet bevist, at der var gjort reel brug af det ældre varemærke. Herefter tog den indsigelsen til følge for så vidt angik varerne »Øl, blandingsdrikke indeholdende øl« med den begrundelse, at der var risiko for forveksling. Med hensyn til de øvrige varer forkastede Indsigelsesafdelingen indsigelsen med den begrundelse, at der ikke var risiko for forveksling. Endelig pålagde den parterne at bære deres egne omkostninger.

9 Den 7. januar 2002 klagede sagsøgeren over denne afgørelse for så vidt angik de varer, der er benævnt »mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft«, der henhører under klasse 32 (herefter »de drikke, der er nævnt i varemærkeansøgningen«).

10 Ved afgørelse af 17. juli 2002 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog appelkammeret klagen og pålagde sagsøgeren at betale sagens omkostninger.

Sagen for Retten

11 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 27. september 2002 har sagsøgeren anlagt nærværende sag.

12 Ved skrivelse af 14. januar 2003 meddelte Harmoniseringskontoret Retten, at kontoret havde konstateret, at der ikke forelå bevis for, at varigheden af beskyttelsen af det ældre varemærke var blevet forlænget. Ved skrivelse modtaget den 10. marts 2003 har sagsøgeren forelagt dette bevis for Retten.

13 Harmoniseringskontoret og intervenienten har indleveret deres svarskrifter henholdsvis den 3. og 4. februar 2003.

Parternes påstande

14 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

15 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Harmoniseringskontoret frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

16 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Harmoniseringskontoret frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale intervenientens omkostninger.

Parternes argumenter

17 Til støtte for sin sag har sagsøgeren fremført et enkelt anbringende om en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 som følge af, at appelkammeret fejlagtigt har konkluderet, at der ikke er risiko for forveksling mellem på den ene side de varer, der er benævnt »mousserende vine«, og på den anden side de drikke, der er nævnt i varemærkeansøgningen (herefter »de omhandlede varer«).

18 Med hensyn til de omhandlede varer har sagsøgeren indledningsvis gjort gældende, at de normalt har en fælles oprindelse. I den forbindelse har sagsøgeren fremlagt dokumenter vedlagt tilbud om at føre vidnebevis, der skulle vise, at der findes tyske vinkældre og kældre med mousserende vine, der også producerer frugtsafter, frugtvine, mousserende frugtvine og blandingsdrikke på vinbasis. Den tilsigtede kundekreds er bekendt med dette forhold. Ifølge sagsøgeren kan det heller ikke udelukkes, at der findes kældre, der også markedsfører bordvand eller mineralvand. Endelig udvider producenterne af de drikke, der er nævnt i varemærkeansøgningen, omvendt ligeledes deres produktrække.

19 Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at de omhandlede slutprodukter er af lignende art. Alle de omhandlede drikke er nemlig dagligvarer og sælges side om side i forretninger og på spisekortet. De reklamer, der gøres for dem, ligner hinanden og viser normalt en person, der — idet han eller hun drikker den drikkevare, der reklameres for — befinder sig i en tilstand af eufori. Ligesom mousserende vine bliver de drikke, der er nævnt i varemærkeansøgningen, navnlig alkoholholdige drikke på frugtbasis, også drukket ved særlige lejligheder, og som de nævnte drikkevarer drikkes mousserende vine også til måltider. I øvrigt er der ud over mousserende vine også mange andre drikke, der er mousserende. Endelig har sagsøgeren anført, at der bl.a. på grundlag af druer kan produceres bestemte ikke-alkoholholdige drikke, frugtdrikke og andre frugtsafter ligesom mousserende vine. Sagsøgeren har på den baggrund konkluderet, at de omhandlede varer, der er forsynet med lignende tegn, kunne anses for at have samme handelsmæssige oprindelse.

20 Med hensyn til de omhandlede tegn har sagsøgeren gjort gældende, at de ligner hinanden, da den fonetiske forskel på dem næsten ikke kan opfattes og deres begrebsmæssige forskel ikke er særligt slående, idet offentligheden ikke i den foreliggende sag har nogen anledning til at undersøge betydningen af dem.

21 Hvad angår den tilsigtede kundekreds har sagsøgeren anført, at dennes opmærksomhed er ringe, da de omhandlede varer er dagligvarer.

22 Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at det ældre varemærke har et stærkt særpræg. De mousserende vine er blevet solgt under dette varemærke i mere end syv år i mere end 4 000 filialer, der tilhører sagsøgeren, heraf de fleste i Tyskland. Den ovenfor i præmis 7 nævnte erklæring, der er afgivet under ed, beviser, at der med disse salg er opnået en betragtelig omsætning i Tyskland fra januar 1995 til januar 2000. Der er i den anledning blevet anvendt betydelige midler til reklame. Ordet »linderhof« er ikke beskrivende for de mousserende vine.

23 Som svar på, at sagsøgeren skulle være fremkommet med visse af sine argumenter for sent, har selskabet i retsmødet gjort gældende, at hovedargumentet allerede blev fremført for appelkammeret.

24 Harmoniseringskontoret har anført, at appelkammeret med rette fastslog, at der ikke var risiko for forveksling.

25 I den forbindelse har Harmoniseringskontoret navnlig gjort gældende, at sagsøgerens argumenter om for det første, at de omhandlede varer som regel har en fælles oprindelse, og for det andet, at der er blevet udbudt blandinger af de omhandlede varer, er blevet fremført for sent, når henses til regel 16, stk. 3, regel 17, stk. 2, og regel 20, stk. 2, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1), artikel 74, stk. 1, in fine, i forordning nr. 40/94 og til Rettens dom af 13. juni 2002, sag T-232/00, Chef Revival USA mod KHIM — Massagué Marín (Chef), Sml. II,

s. 2749, og af 23. oktober 2002, sag T-388/00, Institut für Lernsysteme mod KHIM — Educational Services (ELS), Sml. II, s. 4301, præmis 21 ff. Ifølge Harmoniseringskontoret er det første argument nemlig først blevet fremført klart for Retten, og det andet argument er blevet fremført for Retten for første gang. Disse argumenter tjener heller ikke til at støtte eller uddybe et argument, der allerede er blevet fremført for Indsigelsesafdelingen. Harmoniseringskontoret har tilføjet, at selv hvis kontoret ikke udtrykkeligt har angivet over for sagsøgeren, hvilke faktiske omstændigheder og beviser der skal fremlægges, tilkommer det sagsøgeren selv at bestemme dette. Harmoniseringskontoret ville heller ikke have været i stand til at angive dette, da det ikke kender det omhandlede marked tilstrækkeligt. Endelig har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at sagsøgeren selv har benævnt det omhandlede afsnit i sin stævning »nye faktiske oplysninger«.

26 Ifølge Harmoniseringskontoret gør det samme sig gældende med hensyn til argumentet om, at det ældre varemærke har et stærkt særpræg på grund af den brug, der er gjort heraf, da dette argument heller ikke er blevet fremført for kontoret. Harmoniseringskontoret har anført, at sagsøgeren for appelkammeret alene gjorde gældende, at det ældre varemærke havde et »i det mindste normalt særpræg«. Harmoniseringskontoret har endvidere gjort gældende, at de faktiske omstændigheder og andre oplysninger, som er blevet fremført af sagsøgeren, der har til formål at bevise, at der er blevet gjort brug af det ældre varemærke, hverken eksplicit eller implicit udgør en påstand om, at dette varemærke gennem brug har opnået et stort renommé.

27 Intervenienten har indledningsvis fremført et anbringende om, at der er sket en tilsidesættelse af artikel 15 og 43 i forordning nr. 40/94, da appelkammeret skulle have afvist sagen med den begrundelse, at det ikke var blevet bevist, at der var gjort reel brug af det ældre varemærke.

28 Intervenienten har dernæst anført, at der ikke er risiko for forveksling.

29 I retsmødet har intervenienten henholdt sig til Harmoniseringskontorets argumenter, hvorefter visse af sagsøgerens argumenter er blevet fremført for sent.

Rettens bemærkninger

Antagelse til realitetsbehandling af visse argumenter, som sagsøgeren har anført

30 Harmoniseringskontoret og intervenienten har gjort gældende, at argumenterne om for det første, at de omhandlede varer som regel har en fælles oprindelse, for det andet, at der er blevet udbudt blandinger af de omhandlede varer til salg og for det tredje, at det ældre varemærke har et stærkt særpræg, er blevet fremført for sent.

31 I den forbindelse bemærkes, at sagen for Retten har til formål at efterprøve lovligheden af afgørelser fra Harmoniseringskontorets appelkamre i henhold til artikel 63 i forordning nr. 40/94. Faktiske omstændigheder, der gøres gældende for Retten uden tidligere at være blevet påberåbt for Harmoniseringskontorets instanser kan kun påvirke lovligheden af en sådan afgørelse, hvis Harmoniseringskontoret skulle have taget hensyn til dem ex officio. I den forbindelse følger det af den nævnte forordnings artikel 74, stk. 1, in fine, hvorefter Harmoniseringskontoret i sager vedrørende relative registreringshindringer begrænser sig til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter, og de af parterne fremsatte anmodninger, at kontoret ikke er forpligtet til ex officio at tage hensyn til faktiske omstændigheder, der ikke er blevet fremført af parterne. Sådanne faktiske omstændigheder kan følgelig ikke stille spørgsmålstegn ved lovligheden af en afgørelse fra appelkammeret.

32 Med hensyn til det første argument, der er nævnt ovenfor i præmis 30, bemærkes, at sagsøgeren for appelkammeret har anført, at de omhandlede varer i det væsentlige produceres i de samme virksomheder, ligesom det i øvrigt fremgår af punkt 14 i den anfægtede afgørelse. I modsætning til, hvad Harmoniseringskontoret og intervenienten har anført, kan dette første argument følgelig ikke anses for ikke at være gjort gældende for kontoret.

33 Ganske vist har sagsøgeren gjort den i ovenstående præmis anførte påstand gældende for appelkammeret for første gang. Det fremgår imidlertid af retspraksis, at appelkamrene — alene med forbehold for artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 — kan tage klagen til følge på grundlag af nye faktiske omstændigheder, der er fremført af den part, som har indgivet klagen, eller endda på grundlag af nye beviser, der er fremlagt af denne part (Rettens dom af 23.9.2003, sag T-308/01, Henkel mod KHIM — LHS (UK) (KLEENCARE), Sml. II, s. 3253, præmis 26).

34 Med hensyn til Harmoniseringskontorets henvisning til den ovenfor nævnte ELS-dom (præmis 21 ff.), bemærkes, at disse præmisser bl.a. vedrører fremlæggelse af beviser for brug af det varemærke, som indsigelsen støttes på, hvilket i den foreliggende sag ikke er omtvistet på dette tidspunkt i sagen.

35 Det samme gør sig gældende for henvisningen til Chef-dommen. Denne dom vedrørte nemlig en undladelse af inden for den frist, der var blevet fastsat af Indsigelsesafdelingen, at fremlægge oversættelsen til processproget i indsigelsessagen af registreringsbeviset for det varemærke, der var påberåbt til støtte for indsigelsen (jf. dommens præmis 53 og 57). En sådan situation foreligger imidlertid ikke i den foreliggende sag.

36 Det følger heraf, at argumentet om, at de omhandlede varer som regel har en fælles oprindelse, kan antages til realitetsbehandling.

37 Hvad derimod angår de dokumenter, der er blevet fremlagt af sagsøgeren til støtte for dette argument, og som er omhandlet ovenfor i præmis 18, bemærkes, at de er blevet fremlagt for Retten for første gang. Sagsøgeren har i øvrigt ikke påstået det modsatte.

38 Retten kan således ikke tage hensyn til disse dokumenter.

39 Hvad angår det andet argument, der er nævnt ovenfor i præmis 30, hvorefter der er blevet udbudt blandinger af de omhandlede varer til salg, bemærkes, at det ikke er blevet fremført af sagsøgeren for Harmoniseringskontoret, således som det fremgår af punkt 42 i den anfægtede afgørelse, hvorefter sagsøgeren ikke har fremført noget argument herom. Det bemærkes særligt, at selv om sagsøgeren har henvist til »forfriskende drikke, der indeholder mousserende vin«, i sit indlæg af 24. marts 2000, der blev fremlagt for Indsigelsesafdelingen, vedrører denne henvisning ikke forholdet mellem de omhandlede varer, men forholdet mellem på den ene side de mousserende vine og på den anden side de i varemærkeansøgningen nævnte varer, som ikke længere er genstand for den foreliggende sag.

40 Det følger heraf, at Retten ikke kan tage hensyn til argumentet om, at blandinger af de omhandlede varer udbydes til salg.

41 Hvad angår det tredje argument, der er nævnt ovenfor i præmis 30, bemærkes, at sagsøgeren heller ikke har fremført dette for Harmoniseringskontoret. Navnlig har sagsøgeren for appelkammeret kun gjort gældende, at det ældre varemærke har et normalt særpræg.

42 Retten kan således heller ikke tage hensyn til argumentet om, at det ældre varemærke har et stærkt særpræg.

Realiteten

43 Før intervenientens anbringende eventuelt skal efterprøves, skal sagsøgerens anbringende først behandles. Hvis det nemlig — i modsætning til, hvad sagsøgeren har anført — kan konkluderes, at appelkammeret med rette gav afslag på den klage, der blev indbragt for det, med den begrundelse, at der ikke var risiko for forveksling,

er der ikke længere behov for at undersøge — som intervenienten har gjort gældende — om appelkammeret skulle have givet afslaget med den begrundelse, at det ikke var blevet bevist, at der var gjort reel brug af det ældre varemærke.

44 Det følger af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, at hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er et varemærke udelukket fra registrering, såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre mærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art.

45 I den foreliggende sag er det ældre varemærke registreret i Tyskland. Med henblik på bedømmelsen af de betingelser, der er nævnt i ovenstående præmis, skal der følgelig tages udgangspunkt i den tyske offentligheds synsvinkel. Da de omhandlede varer endvidere er dagligvarer, består denne offentlighed af gennemsnitsforbrugere. Disse er almindeligt oplyste, rimeligt opmærksomme og velunderrettede (Domstolens dom af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 26). Hvad angår sagsøgerens bemærkning om, at den relevante kundekreds' opmærksomhed er ringe, da de omhandlede varer er dagligvarer, kan denne ikke tiltrædes, da den ikke er understøttet af nogen præcise oplysninger, der kan bekræfte gyldigheden af denne generelle bemærkning med hensyn til de omhandlede varer.

46 Ifølge fast retspraksis udgør 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, en risiko for forveksling. Med hensyn til varernes eller tjenesteydelsernes handelsmæssige oprindelse skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling i henhold til den opfattelse, som den relevante kundekreds har af de pågældende tegn og de omhandlede varer eller tjenesteydelser. Herved tages hensyn til alle de faktorer, der karakteriserer det foreliggende tilfælde, især den indbyrdes afhængighed mellem varemærkernes lighed og ligheden mellem de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkerne (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 29-33 og den deri nævnte retspraksis).

47 Ifølge samme retspraksis er der større risiko for forveksling, jo stærkere det ældre varemærkes særpræg er (jf. analogt Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 18, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 19).

48 Det følger endvidere af ordlyden af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, at en risiko for forveksling i henhold til denne bestemmelse forudsætter, at de omhandlede varer eller tjenesteydelser er af samme eller lignende art. Selv hvis det ansøgte tegn skulle være identisk med et varemærke, der har et særligt stærkt særpræg, skal det derfor stadig bevises, at de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af de omtvistede varemærker, er af samme art (jf. analogt Canon-dommen, præmis 22).

De omhandlede varer

49 Med henblik på vurderingen af ligheden mellem de pågældende varer skal der tages hensyn til alle de relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem varerne. Disse faktorer omfatter navnlig deres art, deres anvendelsesformål og benyttelsen af dem, samt om de er i et konkurrenceforhold eller supplerer hinanden (Canon-dommen, præmis 23).

50 Det er ganske vist rigtigt, at mousserende vine og de drikke, der er nævnt i varemærkeansøgningen, har ligheder hvad angår basisingredienserne, og at de ofte sælges side om side i forretningerne og på spisekortene.

51 Det skal imidlertid bemærkes, som appelkammeret har gjort det, at den tyske gennemsnitsforbruger anser det for normalt og som følge heraf forventer, at mousserende vine på den ene side og de drikke, der benævnes »mineralvand og

kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft«, på den anden side hidrører fra forskellige virksomheder. Navnlig kan mousserende vine og de nævnte drikke ikke anses for at henhøre under samme drikkevaregruppe, eller som bestanddele i en generel drikkevarerække, der kan have en fælles handelsmæssig oprindelse.

52 For appelkammeret har sagsøgeren i øvrigt kun nævnt én enkelt virksomhed, der både producerer mousserende vine og de drikke, der er nævnt i varemærkeansøgningen (jf. punkt 14 i den anfægtede afgørelse). Med hensyn til de dokumenter, som sagsøgeren har fremlagt herom for Retten, der skulle bevise, at der findes tyske vinkældre og kældre med mousserende vin, der også producerer frugtsafter, frugtvine, mousserende frugtvine og blandingsdrikke på vinbasis, er det allerede ovenfor i præmis 37 og 38 blevet fastslået, at Retten ikke kan tage disse dokumenter i betragtning.

53 Desuden er de drikke, der er nævnt i varemærkeansøgningen, ganske vist benævnt »mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft«. Ordene »ikke-alkoholholdige« vedrører derfor ikke »frugtdrikke og frugtsaft«, således at disse varer teoretisk set kunne anses for også at omfatte alkoholholdige drikke. Det bemærkes imidlertid, at de tyske ord »Fruchtgetränke und Fruchtsäfte«, der er blevet anvendt i den originale varemærkeansøgning, ligesom i øvrigt de franske ord »boissons de fruits et jus de fruits« og de tilsvarende ord på andre fællesskabssprog, i praksis er forbeholdt varer uden alkohol. De drikke, der er nævnt i varemærkeansøgningen, må derfor anses for kun at omfatte ikke-alkoholholdige drikke. I øvrigt har sagsøgeren ikke anfægtet appelkammerets bemærkning om, at mousserende vine »i modsætning til de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke, henhører under kategorien alkoholholdige drikke« (punkt 37 i den anfægtede afgørelse).

54 Mousserende vine er imidlertid alkoholholdige drikke, der som sådan er klart afgrænsede i forhold til ikke-alkoholholdige drikke, som dem, der er nævnt i varemærkeansøgningen, både i forretningerne og på spisekortene. Den almindeligt

oplyste, rimeligt opmærksomme og velunderrettede gennemsnitsforbruger er vant til og opmærksom på denne afgrænsning mellem alkoholholdige og ikke-alkoholholdige drikke. Afgrænsningen er i øvrigt nødvendig, da visse forbrugere ikke ønsker at indtage alkohol eller ikke kan.

55 Selv om de drikke, der er nævnt i varemærkeansøgningen, drikkes ved særlige lejligheder og for at blive nydt, så indtages de også, hvis ikke overvejende, ved andre lejligheder og for at slukke tørsten. Faktisk er der snarere tale om dagligvarer. De mousserende vine derimod bliver næsten udelukkende, eller udelukkende, indtaget ved særlige lejligheder og for at blive nydt, og meget mindre hyppigt end de varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen. De henhører nemlig under en meget højere prisgruppe end prisgruppen for de drikke, der er nævnt i varemærkeansøgningen.

56 Endelig er de mousserende vine alene en atypisk erstatningsdrik for de drikke, der er nævnt i varemærkeansøgningen. De omhandlede varer kan således ikke anses for at stå i et konkurrenceforhold til hinanden.

57 Det forhold, som sagsøgeren har fremhævet, at de omhandlede varer kan drikkes efter hinanden eller endda kan blandes, kan ikke ændre den vurdering, der er redegjort for i de ovenstående præmisser. Dette gælder nemlig for mange drikke, der ikke engang ligner hinanden (f.eks. rom og cola).

58 Det samme gør sig gældende med hensyn til sagsøgerens anbringende om, at reklamen for de omhandlede varer altid viser en person, der — idet han eller hun drikker den drikkevare, der reklameres for — befinder sig i en tilstand af eufori, da dette gælder for næsten alle drikke, herunder meget forskellige drikke.

59 I lyset af ovenstående må det konkluderes, at de omhandlede varer er mere forskellige end de er ens. Imidlertid udelukker de forskelle, der er fastslået imellem dem, ikke i sig selv muligheden for en risiko for forveksling, navnlig hvis der er identitet mellem det ansøgte tegn og et ældre varemærke, hvis særpræg er særligt stærkt (jf. præmis 48 ovenfor).

De omhandlede tegn

60 Det fremgår af punkt 48 i den anfægtede afgørelse, at appelkammeret med hensyn til det ældre varemærke har støttet sammenligningen af de omhandlede tegn på den form, der er gengivet ovenfor i præmis 7, da denne form ikke på en sådan måde, at dens særpræg bliver påvirket derved, adskiller sig fra den form, som det ældre varemærke var registreret for, dvs. den der fremgår af præmis 4 ovenfor.

61 Det er ikke nødvendigt at afgøre, om appelkammeret herved har begået en fejl. Forskellene mellem de to former, der er nævnt i ovenstående præmis, kan nemlig hverken ændre resultatet af sammenligningen af de omhandlede tegn eller følgelig resultatet af vurderingen af risikoen for forveksling, hvilket der vil blive redegjort for nedenfor.

62 Det følger af fast retspraksis, at helhedsvurderingen af risikoen for forveksling for så vidt angår de omtvistede tegns visuelle, lydlige eller begrebsmæssige lighed skal være baseret på helhedsindtrykket af varemærkerne, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller dominans (jf. 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 47 og den deri nævnte retspraksis).

63 Visuelt og fonetisk set indtager ordbestanddelen »linderhof« en dominerende plads i de to former af det ældre varemærke, der er nævnt ovenfor i præmis 60. Ordbestanddelen, der består af udtrykket »vita somnium breve«, indtager en sekundær plads, da det er skrevet med betydeligt mindre bogstaver end de bogstaver, der bruges i ordet »linderhof«. Denne ordbestanddel er således underordnet i forhold til den dominerende ordbestanddel »linderhof« (jf. i denne retning Rettens dom af 23.10.2002, sag T-104/01, Oberhauser mod KHIM — Petit Liberto (Fifties), Sml. II, s. 4359, præmis 36). Hvad angår ordbestanddelene »trocken« og »sekt« bemærkes, at den tyske gennemsnitsforbruger øjeblikkeligt forstår, at de alene tjener til at angive, at der er tale om henholdsvis en tør vin og en mousserende vin. For så vidt er disse bestanddele ligeledes underordnede i forhold til bestanddelen »linderhof«. Hvad endelig angår de figurative bestanddele i de to former af det ældre varemærke, der er nævnt ovenfor i præmis 60, er disse alene dekorative. De er således heller ikke af en sådan art, at de kan afsvække det forhold, at bestanddelen »linderhof« er dominerende.

64 Da bestanddelen »linderhof« er dominerende i det ældre varemærke, må det antages, at dette varemærke og det ansøgte varemærke visuelt og fonetisk set ligner hinanden. De visuelle og fonetiske forskelle mellem ordene »linderhof« og »lindenhof« er nemlig ikke af en sådan art, at de umiddelbart kan opfattes af den tyske gennemsnitsforbruger.

65 Hvad angår den begrebsmæssige betydning bemærkes, at appelkammeret i punkt 52 i den anfægtede afgørelse har bemærket, at ordet »linderhof« henviser til kong Ludwig II af Bayerns slot »Linderhof«, mens ordet »lindenhof« betyder »lindegården«.

66 I den forbindelse bemærkes, at det — selv om der faktisk kan konstateres en vis begrebsmæssig forskel — er tvivlsomt, at den tyske gennemsnitsforbruger kan opfatte denne. Det kan heller ikke forventes, at gennemsnitsforbrugeren i Tyskland kender det nævnte slot »Linderhof«. En forbruger, der ikke kender slottet, konstaterer snarere en begrebsmæssig lighed mellem ordene »lindenhof« og »linderhof«, da den pågældende i begge tilfælde vil tænke på en »gård« eller et »gods«.

67 På den baggrund kan det konkluderes, at tegnene begrebsmæssigt set ligner hinanden.

68 Det følger heraf, at tegnene må anses for at ligne hinanden.

Risikoen for forveksling

69 I den anfægtede afgørelses punkt 55 fastslog appelkammeret, på trods af at det havde konkluderet, at tegnene begrebsmæssigt set lignede hinanden meget, at der — i betragtning af det ældre varemærkes normale særpræg og den åbenbare forskel på de omhandlede varer — ikke var nogen betydelig risiko for forveksling i den tilsigtede kundekreds' bevidsthed i Tyskland, da der i den foreliggende sag ikke skulle tages udgangspunkt i den marginale del af den travle og overfladiske offentlighed, men i den almindeligt oplyste, rimeligt opmærksomme og velunderrettede gennemsnitsforbruger.

70 Denne konklusion er ikke fejlagtig.

71 Retten er nemlig af den opfattelse, at de omhandlede varers forskelle, der blev fastslået ovenfor i præmis 51-56, er større end de omhandlede tegns ligheder, således at den tyske gennemsnitsforbruger ikke vil tro, at de omhandlede varer, der er forsynet med de omhandlede tegn, har den samme handelsmæssige oprindelse. Som det følger af præmis 42 ovenfor, kan det ældre varemærke desuden ikke anses for at have et stærkt særpræg.

72 Det følger heraf, at appelkammeret ikke tilsidesatte artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, da det afslog klagen over Indsigelsesafdelingens afgørelse med den begrundelse, at der ikke var risiko for forveksling.

73 Sagsøgerens eneste anbringende kan følgelig ikke tiltrædes.

74 Harmoniseringskontoret må derfor frifindes uden, at det er nødvendigt at efterprøve det anbringende, som intervenienten har fremført.

Sagens omkostninger

75 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.

76 I den foreliggende sag er sagsøgeren den tabende part. Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at sagsøgeren pålægges at betale sagens omkostninger og intervenienten har nedlagt påstand om, at sagsøgeren pålægges at betale intervenientens omkostninger. Sagsøgeren bør derfor pålægges at betale både Harmoniseringskontorets og intervenientens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer:

RETTEN (Anden Afdeling)

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

2) **Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.**

Pirrung Meij Forwood

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 15. februar 2005.

H. Jung

Justitssekretær

J. Pirrung

Afdelingsformand