FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)

den 15 februari 2005 *

I mål T-296/02,

Lidl Stiftung & Co. KG, Neckarsulm (Tyskland), företrätt av advokaten P. Groß,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller), företrädd av A. von Mühlendahl, B. Müller och G. Schneider, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

* Rättegångsspråk: tyska.

varvid den andra parten i förfarandet inför överklagandenämnden vid harmoniseringsbyrån, intervenient vid förstainstansrätten, var

REWE-Zentral AG, Köln (Tyskland), företrätt av advokaten M. Kinkeldey,

angående en talan mot beslut fattat av tredje överklagandenämnden vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) den 17 juli 2002 (ärende R 0036/2002-3) beträffande ett invändningsförfarande mellan Lidl Stiftung & Co. KG och REWE-Zentral AG,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden J. Pirrung samt domarna A.W.H. Meij och N. J. Forwood,

justitiesekreterare: byrådirektören I. Natsinas,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter att förhandling hållits den 18 maj 2004

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Den 16 september 1997 ansökte intervenienten vid förstainstansrätten hos Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (nedan kallad harmoniseringsbyrån) om registrering av nedan angivna ordmärke som gemenskapsvarumärke:

LINDENHOF

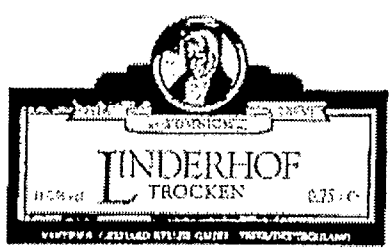
2 Varumärkesansökan avsåg bland annat varor som omfattas av klasserna 30 och 32 enligt Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar för var och en av klasserna följande beskrivning:

— Klass 30 "... chokladvaror, ... chokladdrycker, ... marsipan- och nougatprodukter; ... praliner, även fyllda ..."

— Klass 32 "Öl, dryckesblandningar innehållande öl, mineralvatten och kolsyrat vatten samt andra icke alkoholhaltiga drycker; fruktdrycker och -juicer, grönsaksjuicer; safter och andra koncentrat för framställning av drycker; vassledrycker ..."

3 Den 10 augusti 1998 offentliggjordes varumärkesansökan i bulletinen för gemenskapsvarumärken nr 60/98.

4 Den 26 oktober 1998 invände sökanden mot registreringen av det sökta varumärket. Sökanden grundade sig härvid på nedan avbildade ord- och figurmärke,

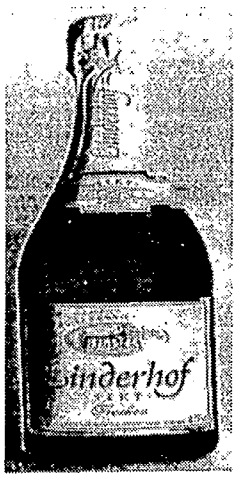


registrerat i Tyskland, för vilket ansökan om registrering gjorts den 24 december 1991 (nedan kallat det äldre varumärket).

5 Invändningen avsåg registrering av det sökta varumärket med avseende på alla varor som angivits ovan i punkt 2. Invändningen grundades på de varor som avsågs med det äldre varumärket, kallade mousserande viner, som omfattas av klass 33.

6 Till stöd för sin invändning åberopade sökanden det relativa registreringshinder som anges i artikel 8.1 b i rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3) i ändrad lydelse.

7 Eftersom intervenienten i enlighet med artikel 43.2 och 43.3 i förordning nr 40/94 hade invänt att det äldre varumärket inte hade använts, ingav sökanden en förklaring som en av företagets direktörer avgivit under ed samt en förteckning över det antal enheter som sålts mellan åren 1995 och 2000 och en bild av den form som använts vid denna försäljning och som återges nedan.



8 I beslut av den 8 november 2001 fann invändningsenheten först och främst att det styrkts att det äldre varumärket verkligen hade använts. Invändningsenheten biföll vidare invändningen med avseende på de varor som betecknats som "öl, dryckesblandningar innehållande öl", eftersom förväxlingsrisk förelåg. Invändningsenheten ogillade invändningen i övrigt, eftersom sådan risk inte ansågs föreligga. Invändningsenheten förpliktade slutligen vardera parten att bära sin rättegångskostnad.

9 Sökanden överklagade detta beslut den 7 januari 2002 med avseende på de varor som betecknats som "mineralvatten och kolsyrat vatten samt andra icke alkoholhaltiga drycker; fruktdrycker och -juicer" och som omfattas av klass 32 (nedan kallade drycker som avses i varumärkesansökan).

10 Genom beslut av den 17 juli 2002 (nedan kallat det ifrågasatta beslutet) avslog överklagandenämnden överklagandet och förpliktade sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Förfarandet

11 Sökanden har väckt denna talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 27 september 2002.

12 Harmoniseringsbyrån upplyste i skrivelse av den 14 januari 2003 förstainstansrätten om att harmoniseringsbyrån konstaterat att bevisning saknades för att skyddstiden för det äldre varumärket förlängts. Sökanden inkom med denna bevisning till förstainstansrätten i skrivelse av den 10 mars 2003.

13 Harmoniseringsbyrån och intervenienten inkom med svarsinlagor den 3 respektive den 4 februari 2003.

Parternas yrkanden

14 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet,

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

15 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan,

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

16 Intervenienten har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan,

— förplikta sökanden att ersätta intervenientens rättegångskostnader.

Parternas argument

17 Till stöd för sin talan har sökanden åberopat en enda grund avseende åsidosättande av artikel 8.1 b i förordning nr 40/94, eftersom överklagandenämnden felaktigt funnit att det inte förelåg risk för förväxling mellan de varor som betecknats som mousserande viner och de drycker som avsågs i varumärkesansökan (nedan kallade de ifrågavarande varorna).

18 Sökanden har gjort gällande att de ifrågavarande varorna vanligen har samma ursprung. Sökanden har härvid ingivit handlingar och erbjudit vittnesbevisning i syfte att styrka att det finns tyska tillverkare av vin och mousserande vin som även tillverkar fruktjuicer, fruktviner, mousserande fruktviner och blandade drycker på vinbas. Målgruppen har kännedom om denna omständighet. Enligt sökanden kan det i övrigt inte uteslutas att det finns tillverkare som även saluför bordsvatten och till och med mineralvatten. Sökanden har slutligen hävdat att även tillverkarna av de drycker som avses i varumärkesansökan utvidgar sitt varusortiment.

19 Sökanden har även gjort gällande att de ifrågavarande slutprodukterna är likartade. De är i samtliga fall drycker för daglig konsumtion som återfinns jämsides i både affärer och på restaurangmenyer. Den reklam som görs för dessa drycker är likartad och visar vanligen en person som känner sig lycklig när han dricker den ifrågavarande drycken. I likhet med mousserande viner dricks de drycker som avses i varumärkesansökan, framför allt alkoholhaltiga fruktdrycker, även vid speciella tillfällen och i likhet med dessa drycker dricks mousserande vin även till måltider. Dessutom är många andra drycker än vin mousserande. Sökanden har slutligen anmärkt att vissa alkoholfria drycker, fruktdrycker och andra fruktjuicer i likhet med mousserande vin bland annat kan tillverkas av druvor. Sökanden har härav dragit slutsatsen att de ifrågavarande varorna kan uppfattas ha samma kommersiella ursprung, om de förses med likartade kännetecken.

20 Sökanden har gjort gällande att de ifrågavarande kännetecknen är likartade, eftersom den fonetiska skillnaden mellan dem knappt är skönjbar och eftersom den begreppsmässiga skillnaden mellan dem inte är särskilt framträdande, vilket innebär att allmänheten i förevarande fall inte har anledning att ta reda på deras innebörd.

21 Sökanden har nämligen gjort gällande att målgruppen inte är särskilt uppmärksam, eftersom de ifrågavarande varorna är avsedda för daglig konsumtion.

22 Sökanden har även gjort gällande att det äldre varumärket har mycket hög särskiljningsförmåga. Mousserande viner har nämligen sålts under detta varumärke sedan mer än 70 år tillbaka i fler än 4 000 av sökandens filialer, varav de flesta finns i Tyskland. Genom den förklaring under ed som angivits ovan i punkt 7 styrks att omsättningen på grund av denna försäljning varit betydande i Tyskland mellan januari 1995 och januari 2000. Betydande reklaminsatser har härvid gjorts. Sökanden har anmärkt att ordet linderhof inte är beskrivande med avseende på mousserande vin.

23 Sökanden har till svar på påståendet att vissa av hans argument anförts för sent, under förhandlingen gjort gällande att huvudargumentet anfördes redan vid överklagandenämnden.

24 Harmoniseringsbyrån anser att överklagandenämnden med fog funnit att förväxlingsrisk inte förelåg.

25 Harmoniseringsbyrån har i detta hänseende bland annat gjort gällande att sökandens argument avseende för det första att de ifrågavarande varorna vanligen har samma ursprung och för det andra att blandningar av ifrågavarande varor saluförs, har anförts för sent med beaktande av regel 16.3, regel 17.2 och regel 20.2 i kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av rådets förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärke (EGT L 303, s 1), artikel 74.1 *in fine* i förordning nr 40/94 samt med beaktande av förstainstansrättens dom av den 13 juni 2002 i mål T-232/00, Chef Revival USA mot harmoniseringsbyrån — Massagué Marín (Chef) (REG 2002, s. II-2749), och av den

23 oktober 2002 i mål T-388/00, Institut für Lernsysteme mot harmoniseringsbyrån — Educational Services (ELS) (REG 2002, s. II-4301), punkt 21 och följande punkter. Enligt harmoniseringsbyrån har det första argumentet nämligen inte anförts tydligt förrän vid förstainstansrätten, och det andra argumentet anfördes för första gången där. Dessa argument utgör inte heller ett stöd för eller en utveckling av något argument som redan anförts vid invändningsenheten. Harmoniseringsbyrån har tillagt att det ankom på sökanden att bestämma vilka omständigheter som skulle åberopas och vilken bevisning som skulle förebringas om han inte tydligt hade upplysts om detta. Harmoniseringsbyrån hade för övrigt inte möjlighet att upplysa om detta, eftersom den inte hade tillräckliga kunskaper om den ifrågavarande marknaden. Harmoniseringsbyrån har slutligen gjort gällande att sökanden själv givit den ifrågavarande delen av ansökan rubriken "nya omständigheter".

26 Detsamma gäller enligt harmoniseringsbyrån argumentet avseende den höga särskiljningsförmågan hos det äldre varumärket på grund av användningen av detta, eftersom inte heller detta argument anförts vid harmoniseringsbyrån. Harmoniseringsbyrån har anfört att sökanden vid överklagandenämnden endast gjorde gällande att det äldre varumärket hade en "särskiljningsförmåga som var åtminstone normal". Harmoniseringsbyrån har i övrigt gjort gällande att de omständigheter som sökanden åberopat i syfte att styrka att det äldre varumärket använts inte kan likställas med att uttryckligen eller underförstått anföra att varumärket blivit väl känt till följd av dess användning.

27 Intervenienten har först och främst åberopat att artiklarna 15 och 43 i förordning nr 40/94 har åsidosatts med anledning av att överklagandenämnden borde ha ogillat överklagandet på grund av bristande bevisning för att det äldre varumärket verkligen hade använts.

28 Intervenienten har därefter hävdat att förväxlingsrisk inte föreligger.

29 Intervenienten har under förhandlingen anslutit sig till harmoniseringsbyråns argument att vissa av sökandens argument anförts för sent.

Förstainstansrättens bedömning

Huruvida vissa av sökanden anförda argument kan tas upp till prövning

30 Harmoniseringsbyrån och intervenienten har gjort gällande att argumenten avseende för det första att de ifrågavarande varorna vanligen har samma ursprung, för det andra den omständigheten att blandningar av ifrågavarande varor saluförs och för det tredje att det äldre varumärket har hög särskiljningsförmåga har anförts för sent.

31 Förstainstansrätten anger härvid att talan vid förstainstansrätten syftar till att lagenligheten av överklagandenämndernas beslut skall prövas i den mening som avses i artikel 63 i förordning nr 40/94. Omständigheter som har åberopats vid förstainstansrätten men som inte tidigare har anförts vid harmoniseringsbyrån kan emellertid endast påverka lagenligheten av ett sådant beslut om harmoniseringsbyrån borde ha beaktat dem på eget initiativ. Enligt artikel 74.1 *in fine* i den ovannämnda förordningen skall harmoniseringsbyråns prövning i ärenden om relativa registreringshinder vara begränsad till vad parterna åberopat och yrkat. Härav följer att harmoniseringsbyrån inte är skyldig att på eget initiativ beakta omständigheter som parterna inte har åberopat. Sådana omständigheter kan således inte påverka lagenligheten av ett beslut som fattats av överklagandenämnden.

32 I fråga om det första av de ovan i punkt 30 angivna argumenten skall det emellertid konstateras att sökanden inför överklagandenämnden påstod att de ifrågavarande varorna huvudsakligen tillverkades av likadana företag. Detta framgår för övrigt även av punkt 14 i det ifrågasatta beslutet. Tvärt emot vad harmoniseringsbyrån och intervenienten anfört kan det därför inte anses att detta första argument inte anförts vid harmoniseringsbyrån.

33 Förstainstansrätten tillägger att sökanden visserligen framförde det i föregående punkt nämnda argumentet för första gången vid överklagandenämnden. Det följer emellertid av rättspraxis att överklagandenämnderna, om inte annat följer av artikel 74.2 i förordning nr 40/94, kan bifalla ett överklagande antingen på grundval av nya omständigheter eller på grundval av nya bevis som åberopats av den part som överklagat (förstainstansrättens dom av den 23 september 2003 i mål T-308/01, Henkel mot harmoniseringsbyrån — LHS (UK) (KLEENCARE), REG 2003, s. II-3253, punkt 26).

34 I fråga om harmoniseringsbyråns hänvisning till domen i det ovannämnda målet ELS (punkt 21 och följande punkter), anger förstainstansrätten att dessa punkter bland annat rörde förebringande av bevisning för att det varumärke använts som åberopats till stöd för invändningen. Detta är emellertid inte i fråga i denna del av förfarandet i förevarande fall.

35 Detsamma gäller hänvisningen till domen i det ovannämnda målet Chef. Detta avsåg nämligen underlåtelse att inom den av invändningsenheten föreskrivna fristen inge en översättning till det språk som användes i invändningsförfarandet av registreringsintyget avseende det varumärke som åberopats till stöd för invändningen (se punkterna 53 och 57 i den domen). I förevarande fall är förhållandena emellertid inte sådana.

36 Härav följer att argumentet avseende att de ifrågavarande varorna har samma ursprung kan tas upp till prövning.

37 Det måste emellertid konstateras att de handlingar som sökanden har ingivit till stöd för detta argument och som anges ovan i punkt 18 ingivits för första gången vid förstainstansrätten. Sökanden har för övrigt inte påstått motsatsen.

38 Förstainstansrätten kan därför inte beakta dessa handlingar.

39 Förstainstansrätten konstaterar att sökanden inte anförde det andra av de argument som anges ovan i punkt 30 vid harmoniseringsbyrån, nämligen att blandningar av de ifrågavarande varorna saluförs. Detta framgår av punkt 42 i det ifrågasatta beslutet, enligt vilken sökanden inte hade anfört något argument i detta hänseende. Närmare bestämt hänvisade sökanden i sin inlaga av den 24 mars 2000, som ingavs till invändningsenheten, till "sällskapsdrycker innehållande 'mousserande vin'". Denna hänvisning avsåg inte sambandet mellan de ifrågavarande varorna utan mellan mousserande viner och varor som avsågs i varumärkesansökan men som inte längre är föremål för förevarande tvist.

40 Härav följer att förstainstansrätten inte kan beakta argumentet att blandningar av de ifrågavarande varorna saluförs.

41 Förstainstansrätten konstaterar att sökanden inte heller anförde det tredje av de ovan i punkt 30 angivna argumenten inför harmoniseringsbyrån. Närmare bestämt hävdade sökanden vid överklagandenämnden endast att det äldre varumärket hade en medelhög särskiljningsförmåga.

42 Förstainstansrätten kan således inte heller beakta argumentet att det äldre varumärket har hög särskiljningsförmåga.

Prövning i sak

43 Förstainstansrätten skall först undersöka den grund som sökanden åberopat och därefter eventuellt bedöma intervenientens grund. Om det, tvärtemot vad sökanden påstått, skall fastställas att överklagandenämnden haft fog för att avslå överklagandet vid nämnden med motiveringen att förväxlingsrisk inte förelåg, saknas anledning att

bedöma om nämnden, såsom sökanden gjort gällande, borde ha avslagit överklagandet med motiveringen att bevis saknades för att det äldre varumärket verkligen hade använts.

44 Om innehavaren av ett äldre varumärke invänder skall ett varumärke enligt artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 inte kunna registreras om det — på grund av att det är identiskt med eller liknar ett äldre varumärke och de varor eller tjänster som omfattas av varumärkena är identiska eller av liknande slag — föreligger en risk för att allmänheten förväxlar dem inom det område där det äldre varumärket är skyddat.

45 I förevarande fall har det äldre varumärket registrerats i Tyskland. Vid bedömningen av de villkor som anges i föregående punkt skall därför den tyska allmänhetens uppfattning beaktas. Med beaktande av att de ifrågavarande varorna är avsedda för daglig konsumtion, utgörs målgruppen av genomsnittskonsumenterna. Dessa förväntas vara normalt informerade samt skäligen uppmärksamma och medvetna (domstolens dom av den 22 juni 1999 i mål C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, REG 1999, s. I-3819, punkt 26). Sökandens påstående att de ifrågavarande varorna är avsedda för daglig konsumtion och att målgruppens uppmärksamhet därför är låg kan inte godtas, eftersom det inte finns något stöd för giltigheten av ett så allmänt påstående i samband med de ifrågavarande varorna.

46 Enligt fast rättspraxis föreligger förväxlingsrisk om det finns en risk att allmänheten kan tro att varorna eller tjänsterna i fråga kommer från samma företag, eller i förekommande fall från företag med ekonomiska band. En helhetsbedömning av risken för förväxling av varors eller tjänsters kommersiella ursprung skall göras med ledning av hur den relevanta målgruppen uppfattar ifrågavarande kännetecken, varor och tjänster och med beaktande av alla särskilda faktorer i det enskilda fallet, bland annat förhållandet mellan kännetecknenslikheten och likheten mellan de varor och tjänster som avses (se förstainstansrättens dom av den 9 juli 2003 i mål T-162/01, Laboratorios RTB mot harmoniseringsbyrån — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), REG 2003, s. II-2821, punkterna 29–33 och där angiven rättspraxis).

47 Enligt denna rättspraxis är förväxlingsrisken större ju högre det äldre varumärkets särskiljningsförmåga visar sig vara (se analogt domstolens dom av den 29 september 1998 i mål C-39/97, Canon, REG 1998, s. I-5507, punkt 18, och domen i det ovannämnda målet Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 19).

48 Det framgår för övrigt av artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 att förväxlingsrisk i den mening som avses i denna bestämmelse förutsätter att de varor eller tjänster som omfattas av varumärkena är identiska eller är av liknande slag. Även om ett sökt kännetecken skulle vara identiskt med ett varumärke med särskilt hög särskiljningsförmåga, är det därför ändå nödvändigt att fastslå att likhet föreligger mellan de varor eller tjänster som avses med de motstående varumärkena (se analogt domen i det ovannämnda målet Canon punkt 22).

De ifrågavarande varorna

49 För att bedöma likheten mellan de ifrågavarande varorna skall alla relevanta faktorer beaktas som avser förhållandet mellan varorna. Bland dessa faktorer ingår framför allt deras art, de tilltänkta köparna, användningsområdet samt huruvida de konkurrerar med eller kompletterar varandra (domen i det ovannämnda målet Canon, punkt 23).

50 Mousserande viner och sådana drycker som avses i varumärkesansökan företer visserligen likheter med avseende på basingredienser och återfinns jämsides i både affärer och på restaurangmenyer.

51 I likhet med överklagandenämnden finner förstainstansrätten emellertid anledning att påpeka att den tyske genomsnittskonsumenten anser att det är normalt, och därmed väntar sig, att mousserande viner och drycker som betecknas som

"mineralvatten och kolsyrat vatten samt andra icke alkoholhaltiga drycker; fruktdrycker och -juicer" kommer från olika företag. Mousserande viner och de ovannämnda dryckerna kan närmare bestämt inte anses tillhöra samma slags drycker eller ens vara delar av ett allmänt dryckesutbud med ett gemensamt kommersiellt ursprung.

52 Vid överklagandenämnden angav sökanden för övrigt endast ett företag som samtidigt tillverkar mousserande viner och de drycker som avses i varumärkesansökan (se punkt 14 i det ifrågasatta beslutet). Med avseende på de handlingar sökanden i detta hänseende har ingivit till förstainstansrätten, vilka avses styrka att det finns tyska tillverkare av vin och mousserande vin som även tillverkar fruktjuicer, fruktviner, mousserande fruktviner och blandade drycker på vinbas, har det ovan i punkterna 37 och 38 fastställts att förstainstansrätten inte kan beakta dessa.

53 Dessutom har de drycker som avses i varumärkesansökan visserligen kallats "mineralvatten och kolsyrat vatten samt andra icke alkoholhaltiga drycker; fruktdrycker och -juicer". Orden "icke alkoholhaltiga" avser således inte "fruktdrycker och -juicer", varför dessa teoretiskt skulle kunna anses omfatta alkoholhaltiga drycker. Förstainstansrätten anser emellertid att de tyska orden Fruchtgetränke und Fruchtsäfte, som används i originalversionen av varumärkesansökan, liksom för övrigt de franska orden boissons de fruits et jus de fruits, och motsvarande ord på andra gemenskapsspråk, i praktiken endast används för alkoholfria varor. Det måste därför anses att de drycker som avses i varumärkesansökan endast omfattar alkoholfria drycker. Sökanden har inte bestritt överklagandenämndens bedömning att mousserande vin "tillhör kategorin alkoholhaltiga drycker, till skillnad från de varor som omfattas av det sökta varumärket" (punkt 37 i det ifrågasatta beslutet).

54 Mousserande viner är emellertid alkoholhaltiga drycker som av den anledningen tydligt åtskiljs från sådana alkoholfria drycker som de som avses i varumärkesansökan i både affärer och på restaurangmenyer. Den normalt informerade samt

skäligen uppmärksamme och medvetne genomsnittskonsumenten är van vid och uppmärksam på denna uppdelning mellan alkoholhaltiga och alkoholfria drycker, som för övrigt är nödvändig eftersom vissa konsumenter inte vill eller inte ens kan konsumera alkohol.

55 De drycker som avses i varumärkesansökan dricks förvisso vid särskilda tillfällen och för att avnjutas, men de dricks också, kanske till och med huvudsakligen, vid andra tillfällen och i uppfriskande syfte. Dessa drycker är nämligen snarast dagligvaror. Mousserande viner dricks däremot nästan uteslutande eller till med endast vid särskilda tillfällen och för att avnjutas, och mycket mindre ofta än de varor som avses i varumärkesansökan. De ingår nämligen i ett mycket högre prissegment än de drycker som avses i varumärkesansökan.

56 Mousserande viner är slutligen inte typiska som ersättning för de drycker som avses i varumärkesansökan. De ifrågavarande varorna kan således inte anses konkurrera med varandra.

57 Den av sökanden åberopade omständigheten att de ifrågavarande varorna kan konsumeras efter varandra eller blandas påverkar inte den bedömning som framgår av föregående punkter. Så är nämligen fallet med många olika drycker som ändå inte liknar varandra (till exempel rom och cola).

58 Detsamma gäller den av sökanden åberopade omständigheten att reklam som görs för de ifrågavarande varorna alltid visar en person som känner sig lycklig när han dricker den ifrågavarande drycken, eftersom detta gäller nästan alla drycker, även de mest olika.

59 Mot bakgrund av vad ovan angetts finner förstainstansrätten att de faktorer som skiljer sig åt är mer betydande än de faktorer som är likartade hos de ifrågavarande varorna. De skillnader som återfinns hos dessa är emellertid inte sådana att de ensamma kan utesluta risken för förväxling, bland annat om det sökta kännetecknet är identiskt med ett äldre varumärke med särskilt hög särskiljningsförmåga (se ovan punkt 48).

De ifrågavarande kännetecknen

60 Det framgår av punkt 48 i det ifrågasatta beslutet att överklagandenämnden, med avseende på det äldre varumärket, grundade sin jämförelse av de ifrågavarande kännetecknen på den form som återges ovan i punkt 7, med motiveringen att denna form inte skiljer sig från den form som registrerats för det äldre varumärket, nämligen den som återges ovan i punkt 4, på ett sådant sätt att särskiljningsförmågan skulle kunna påverkas.

61 Det är inte nödvändigt att avgöra om överklagandenämnden begick ett fel genom att förfara på detta sätt. Skillnaderna mellan de båda i föregående punkt angivna formerna är inte sådana att de påverkar resultatet av jämförelsen mellan de ifrågavarande kännetecknen och därmed inte heller bedömningen av förväxlingsrisken, vilket framgår nedan.

62 Det framgår av fast rättspraxis att helhetsbedömningen av förväxlingsrisken, vad gäller visuell, fonetisk och begreppsmässig likhet mellan de motstående kännetecknen, skall grunda sig på det helhetsintryck som dessa ger, bland annat med hänsyn till deras särskiljande och dominerande beståndsdelar (se förstainstansrättens dom av den 14 oktober 2003 i mål T-292/01, Phillips-Van Heusen mot harmoniseringsbyrån — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), REG 2003, s. II-4335, punkt 47 och där angiven rättspraxis).

63 Förstainstansrätten finner vad gäller visuell och fonetisk likhet att orddelen linderhof har en framträdande plats i de två former av det äldre varumärket som avses ovan i punkt 60. Den orddel som består av uttrycket "vita somnium breve" har en sekundär plats, eftersom det är skrivet med väsentligt mindre bokstäver än de som använts i ordet linderhof. Denna orddel är således av underordnad betydelse i förhållande till den dominerande orddelen linderhof (se, för ett motsvarande synsätt, förstainstansrättens dom av den 23 oktober 2002 i mål T-104/01, Oberhauser mot harmoniseringsbyrån — Petit Liberto (Fifties), REG 2002, s. II-4359, punkt 36). Förstainstansrätten anser att den tyske genomsnittskonsumenten genast förstår att orddelarna sekt och trocken innebär att det är fråga om ett torrt vin och ett mousserande vin. Även dessa delar är därför underordnade beståndsdelen linderhof. De figurativa beståndsdelarna i de två utformningarna av det äldre varumärket som avses ovan i punkt 60 är endast dekorativa. Inte heller dessa kan således påverka det faktum att beståndsdelen linderhof är mest framträdande.

64 Eftersom beståndsdelen linderhof är mest framträdande i det äldre varumärket skall detta anses vara likartat med det sökta varumärket i visuellt och fonetiskt hänseende. De visuella och fonetiska skillnaderna mellan orden linderhof och lindenhof är nämligen inte sådana att den tyske genomsnittskonsumenten märker dem omedelbart.

65 I begreppsmässigt avseende konstaterar förstainstansrätten att överklagandenämnden i punkt 52 i det ifrågasatta beslutet anmärkte att ordet linderhof avser kung Ludvig II:s slott Linderhof i Bayern, medan ordet lindenhof betyder gård med lindar.

66 Förstainstansrätten anger härvid att även om en viss begreppsmässig skillnad faktiskt kan konstateras är det tveksamt om den tyske genomsnittskonsumenten märker den. Dessutom kan genomsnittskonsumenterna i Tyskland inte förväntas känna till det ovannämnda slottet Linderhof. En konsument som inte känner till det slottet finner snarast att en begreppsmässig likhet föreligger mellan orden lindenhof och linderhof, eftersom han i båda fallen kommer att tänka på en gård eller en egendom.

67 Det skall under dessa förhållanden konstateras att det föreligger en begreppsmässig likhet mellan kännetecknen.

68 Härav följer att kännetecknen skall anses vara likartade.

Förväxlingsrisken

69 I punkt 55 i det ifrågasatta beslutet kom överklagandenämnden till slutsatsen att det trots den stora fonetiska likheten mellan de ifrågavarande kännetecknen, med beaktande av det äldre varumärkets genomsnittliga särskiljningsförmåga och det uppenbara avståndet mellan de ifrågavarande varorna, inte förelåg någon betydande förväxlingsrisk hos målgruppen i Tyskland. Enligt nämnden gällde detta så mycket mer som det i ifrågavarande fall inte är fråga om att sätta tilltro till en stressad och ytlig allmänhet som utgör en marginell del av målgruppen, utan till den normalt informerade samt skäligen uppmärksamme och medvetne genomsnittskonsumenten.

70 Denna slutsats är inte behäftad med fel.

71 Förstainstansrätten anser nämligen att de olikheter mellan de ifrågavarande varorna som konstaterats ovan i punkterna 51–56 är mer betydande än likheterna mellan de ifrågavarande kännetecknen, vilket innebär att den tyske genomsnittskonsumenten inte kommer att tro att de ifrågavarande varorna försedda med de ifrågavarande kännetecknen har samma kommersiella ursprung. Såsom framgår ovan av punkt 42, kan det äldre varumärket för övrigt inte anses ha en hög särskiljningsförmåga.

72 Härav följer att överklagandenämnden inte åsidosatt artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 genom att avslå överklagandet av invändningsenhetens beslut med motiveringen att förväxlingsrisk inte förelåg.

73 Talan kan därför inte bifallas på sökandens enda grund.

74 Talan skall därför ogillas, utan att den grund som intervenienten åberopat behöver undersökas.

Rättegångskostnader

75 Enligt artikel 87.2 i förstainstansrättens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

76 Sökanden har tappat målet. Harmoniseringsbyrån har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, och intervenienten har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta dennes rättegångskostnad. Eftersom sökanden har tappat målet, skall harmoniseringsbyråns och intervenientens yrkanden bifallas.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

följande dom:

1) Talan ogillas.

2) Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.

Pirrung Meij Forwood

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 15 februari 2005.

H. Jung J. Pirrung

Justitiesekreterare Ordförande