Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

9. april 2014*

»EF-varemærker — indsigelsessag — ansøgning om EF-varemærket MILANÓWEK CREAM FUDGE — de ældre nationale figurmærker, der gengiver en ko, Original Sahne Muh-Muhs HANDGESCHNITTEN HANDGEWICKELT og SAHNE TOFFEE LUXURY CREAM FUDGE — relativ registreringshindring — ingen risiko for forveksling — artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 76, stk. 1, i forordning (EF) nr. 207/2009«

I sag T-623/11,

Pico Food GmbH, Tamm (Tyskland), ved advokat M. Douglas,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved M. Vuijst og P. Geroulakos, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

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

Bogumił Sobieraj, Milanówek (Polen), ved advokat O. Bischof,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 8. september 2011 af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 553/2010-1) vedrørende en indsigelsessag mellem Pico Food GmbH og Bogumił Sobieraj,

har

RETTEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, N.J. Forwood, og dommerne F. Dehousse (refererende dommer) og J. Schwarcz,

justitssekretær: fuldmægtig J. Weychert,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 30. november 2011,

under henvisning til svarskriftet fra Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design), der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 3. april 2012,

* Processprog: engelsk.

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 30. marts 2012,

under henvisning til replikken, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 21. august 2012,

efter retsmødet den 15. oktober 2013,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 31. oktober 2007 indgav intervenienten, Bogumił Sobieraj, under navnet Zakład Przemysłu Cukierniczego Milanówek i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), med senere ændringer (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)), en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«).

2 Varemærket, der blev søgt registreret, er følgende figurtegn:



3 De varer, der er søgt registreret, henhører under klasse 30 som omfattet af Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, svarende til følgende beskrivelse: »frugt med chokoladeovertræk og med glasur, rosiner med chokoladeovertræk, hasselnødder med chokoladeovertræk og med glasur, jordnødder med chokoladeovertræk og med glasur, frugtgeleer, konfekture, sukkervarer og slik og især bolsjer, karameller, pralineer, chokolade, chokoladekonfekt, slik med chokoladeovertræk, snackbarer som slik, vafler, konditorivarer, konditorivarer med chokoladeovertræk«.

4 Ansøgningen om EF-varemærket blev offentliggjort i *EF-varemærketidende* nr. 22/2008 af 2. juni 2008.

5 Den 2. september 2008 rejste sagsøgeren, Pico Food GmbH, indsigelse i henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 41 i forordning nr. 207/2009) mod registreringen af det ansøgte varemærke for de ovenfor i præmis 3 nævnte varer.

6 Indsigelsen blev bl.a. støttet på følgende figurmærker (herefter samlet »de ældre varemærker«), der var registreret i Tyskland:

— figurmærke indgivet den 14. april og registreret den 30. maj 2005 med nr. 30522224 (herefter »det første ældre varemærke«), som gengivet nedenfor:



— figurmærke indgivet den 20. april og registreret den 8. juni 2005 med nr. 30523439 (herefter »det andet ældre varemærke«), som gengivet nedenfor:



— figurmærke indgivet den 10. januar og registreret den 5. februar 2007 med nr. 30700574 (herefter »det tredje ældre varemærke«), som gengivet nedenfor:



7 De ældre varemærker blev bl.a. registreret for varer i klasse 30 med følgende beskrivelse: »chokoladebarer, chokoladevarer; slik, bolsjer, karameller, især fremstillet med mælk, fløde og/eller smør«. Sagsøgeren begrænsede sin indsigelse til disse varer.

8 Indsigelsen blev ligeledes støttet på andre ældre varemærker, der er registreret i Tyskland, og som ligner det andet ældre varemærke, selv om de indeholder andre motiver eller yderligere ordbestanddele.

9 Den registreringshindring, der blev påberåbt til støtte for indsigelsen, var den, der er omfattet af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009].

10 Ved afgørelse af 12. februar 2010 forkastede indsigelsesafdelingen sagsøgerens indsigelse.

11 Den 9. april 2010 indgav sagsøgeren klage over indsigelsesafdelingens afgørelse til Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009.

12 Ved afgørelse af 8. september 2011 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Andet Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen. Appelkammeret fandt i det væsentlige, at forskellen mellem de omtvistede tegn var tilstrækkelig til i det foreliggende tilfælde at undgå enhver risiko for forveksling til trods for, at de omhandlede varer var identiske, og selv om det første og det andet ældre varemærke havde opnået et eventuelt renommé. Denne konklusion var så meget desto mere gyldig i forhold til de andre varemærker, der var påberåbt til støtte for indsigelsen, og som var endnu mere forskellige fra det ansøgte varemærke.

Parternes påstande

13 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

14 Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

15 Sagsøgeren har gjort to anbringender gældende til støtte for sagen. Det første anbringende vedrører en tilsidesættelse af artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009. Det andet vedrører tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009.

Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009

16 Sagsøgeren har anfægtet appelkammerets erklæring i den anfægtede afgørelses punkt 27, hvorefter forbrugerne i Den Europæiske Union, »herunder i Tyskland«, er vant til at se flere varemærker, »der gengiver en ko«, og disse forbrugere yder derfor denne bestanddel mindre opmærksomhed. For at nå til denne konklusion har appelkammeret henvist til omkring 30 EF-varemærker, der er blevet påberåbt af intervenienten, og som indeholder en gengivelse af en ko, for varer i klasse 30. Ifølge sagsøgeren godtgør de beviser, der er blevet fremlagt af intervenienten under proceduren, ikke, at de i den anfægtede afgørelse omhandlede varemærker anvendes for de omhandlede varer på det relevante område, nemlig Tyskland. Appelkammerets antagelse var derfor urigtig. Sagsøgeren har i replikken tilføjet, at appelkammerets argument om, at de berørte varer i det væsentlige er fremstillet af mælk, er upræcist og ikke hviler på noget bevis.

17 Harmoniseringskontoret og intervenienten har bestridt sagsøgerens argumenter.

18 I en sag vedrørende relative registreringshindringer som den, der er omhandlet i det foreliggende tilfælde, er Harmoniseringskontorets prøvelse i henhold til artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 begrænset til de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger.

19 Appelkammeret kan således, når det træffer afgørelse om en klage over en afgørelse i en indsigelsessag, alene begrunde sin afgørelse med de relative registreringshindringer, som den berørte part har påberåbt sig eller med de dertil knyttede kendsgerninger og beviser, der er fremlagt af parterne (Rettens dom af 22.6.2004, sag T-185/02, Ruiz-Picasso m.fl. mod KHIM - DaimlerChrysler (PICARO), Sml. II, s. 1739, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis). Dette udelukker imidlertid ikke, at appelkammeret bl.a. kan tage hensyn til velkendte kendsgerninger ud over de kendsgerninger, der udtrykkeligt er fremført af parterne i indsigelsessagen (PICARO-dommen, præmis 29), eller at det prøver et retligt spørgsmål, selv om dette ikke er blevet gjort gældende af parterne, hvis afgørelsen af dette spørgsmål er nødvendig for at sikre en korrekt anvendelse af de relevante retsforskrifter (jf. i denne retning Rettens dom af 1.2.2005, sag T-57/03, SPAG mod KHIM - Dann og Backer (HOOLIGAN), Sml. II, s. 287, præmis 21, 32 og 33).

20 Således som det fremgår af sagsakterne, har intervenienten for Harmoniseringskontoret fremlagt dokumenter vedrørende mere end 30 varemærker, der er registreret i EF-varemærkeregisteret for varer i klasse 30, og som indeholder en gengivelse af en ko. Sagsøgeren har selv anført i sine bemærkninger til Harmoniseringskontoret, at intervenienten har gjort gældende, at gengivelsen af en ko har en svag grad af særpræg. Det kan derfor i det foreliggende tilfælde ikke antages, at den prøvelse, som appelkammeret har foretaget i denne henseende, ikke har begrænset sig til de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger.

21 Den omstændighed, at sagsøgeren ikke deler de konklusioner, som appelkammeret har draget af prøvelsen af de kendsgerninger, som intervenienten har fremført, er et materielt spørgsmål, der ikke kan gøres gældende i forbindelse med en prøvelse af et anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 76 i forordning nr. 207/2009 (jf. i denne retning Rettens dom af 30.5.2013, sag T-218/10, DHL International mod KHIM – Service Point Solutions (SERVICEPOINT), EU:T:2013:281, præmis 66).

22 Det bemærkes endvidere, at appelkammerets påberåbelse af de i præmis 20 nævnte varemærker var tilknyttet argumentet om, at gengivelsen af en ko henviste til de berørte varer, således som anført i den anfægtede afgørelses punkt 26. Sidstnævnte argument drages ikke i tvivl af det første af sagsøgerens anbringender.

23 For så vidt angår appelkammerets konstatering af, at de omhandlede varer kan forventes at være fremstillet af mælk eller mælkeprodukter, udspringer denne af en enkel undersøgelse af de nævnte varer, der indgår i de af parterne indgivne ansøgninger, og af de kendsgerninger, der er til disposition for appelkammeret. Uden at det er nødvendigt at udtale sig om spørgsmålet vedrørende sagsøgerens i denne henseende sent fremførte argumenter, kan det ikke tiltrædes, at der foreligger en tilsidesættelse af artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 for så vidt angår den nævnte konstatering. Som anført tidligere er den omstændighed, at sagsøgeren ikke deler de konklusioner, som appelkammeret har draget af prøvelsen af sagens kendsgerninger, et materielt spørgsmål, der ikke kan gøres gældende i forbindelse med et anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009.

24 Det følger af det ovenstående, at det første anbringende, som sagsøgeren har gjort gældende, må forkastes.

Det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009

25 For det første har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret har begået en fejl, idet det antog, at de lodrette striber i de ældre varemærker var grå. Retten har anerkendt, at når et varemærke er registreret i sort og hvid, omfatter det alle de farvekombinationer, der er omfattet af den grafiske gengivelse. I det foreliggende tilfælde har de omtvistede tegn derfor identiske farver. De nævnte tegns visuelle lighed er derfor større, end hvad appelkammeret fastslog. Endvidere har de omtvistede tegns figurative bestanddele, der gengiver en ko, stor lighed. Appelkammeret har tillagt disse tegns ordbestanddele for stor betydning. For det andet har sagsøgeren fremhævet, at den visuelle lighed har større betydning i det foreliggende tilfælde, henset til måden, hvorpå de berørte varer markedsføres, og til, at den berørte kundekreds' opmærksomhedsniveau er lavere end gennemsnittets. For det tredje har appelkammeret ikke taget hensyn til de beviser, der er fremført af sagsøgeren med henblik på at godtgøre, at de ældre varemærker havde opnået særpræg som følge af brug. For det fjerde har appelkammeret ikke taget hensyn til en afgørelse truffet af en tysk ret vedrørende de samme tegn som dem, der er omtvistet i den foreliggende sag. For det femte har sagsøgeren i sin replik bestridt appelkammerets konklusion om, at gengivelsen af en ko er beskrivende for de varer, der er omfattet af de ældre varemærker, og især for »slik, bolsjer, karameller«.

26 Harmoniseringskontoret og intervenienten har bestridt sagsøgerens argumenter.

27 Det bestemmes i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, at hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, 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. Risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke. I henhold til artikel 8, stk. 2, litra a), nr. ii), i forordning nr. 207/2009 skal der ved ældre varemærker forstås varemærker, som er registreret i en medlemsstat, hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EF-varemærkeansøgningen.

28 Risikoen for forveksling er ifølge fast retspraksis risikoen for, at det i kundekredsen kan antages, at de pågældende varer eller tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller fra økonomisk forbundne virksomheder. Ifølge samme retspraksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling på grundlag af den opfattelse, som den relevante kundekreds har af de pågældende tegn og de omhandlede varer eller tjenesteydelser, idet der herved skal tages hensyn til alle relevante faktorer i sagen, bl.a. at ligheden mellem tegnene og ligheden mellem de pågældende varer og tjenesteydelser står i et indbyrdes afhængighedsforhold (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 30-33 og den deri nævnte retspraksis). En svag grad af lighed mellem de af varemærkerne omfattede varer eller tjenesteydelser kan således opvejes af en høj grad af lighed mellem varemærkerne og omvendt (Domstolens dom af 13.9.2007, sag C-234/06 P, Il Ponte Finanziaria mod KHIM, Sml. I, s. 7333, præmis 48, og Rettens dom af 23.10.2002, sag T-6/01, Matratzen Concord mod KHIM - Hukla Germany (MATRATZEN), Sml. II, s. 4335, præmis 25).

29 Endvidere skal helhedsvurderingen af risikoen for forveksling for så vidt angår den visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige lighed af de omtvistede tegn være støttet på det helhedsindtryk, disse giver, idet der bl.a. skal tages hensyn til deres særprægede og dominerende bestanddele. Den opfattelse, som gennemsnitsforbrugeren har af de pågældende varer eller tjenesteydelser, spiller en afgørende rolle i helhedsvurderingen af den nævnte risiko. Gennemsnitsforbrugeren opfatter i den henseende normalt et varemærke som en helhed og foretager ikke en undersøgelse af dets forskellige detaljer (jf. Rettens dom af 8.12.2011, sag T-586/10, Aktieselskabet af 21. november 2001 mod KHIM – Parfums Givenchy (only givenchy), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).

30 Med henblik på helhedsvurderingen af risikoen for forveksling anses gennemsnitsforbrugeren af de omhandlede varer for at være almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Der må i øvrigt tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugeren kun sjældent har mulighed for at foretage en direkte sammenligning mellem de forskellige varemærker, men må stole på det ufuldstændige billede, han har af dem i hukommelsen. Det må også tages i betragtning, at gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau kan variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om (Rettens dom af 23.10.2002, sag T-104/01, Oberhauser mod KHIM - Petit Liberto (Fifties), Sml. II, s. 4359, præmis 28, og af 30.6.2004, sag T-186/02, BMI Bertollo mod KHIM – Diesel (DIESELIT), Sml. II. s. 1887, præmis 38).

31 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. Det ældre varemærkes særpræg og især dets renommé skal tages i betragtning med henblik på at vurdere, om der foreligger en risiko for forveksling (jf. Domstolens dom af 17.4.2008, sag C-108/07 P, Ferrero Deutschland mod KHIM, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 32 og 33 og den deri nævnte retspraksis, og Rettens dom af 28.10.2010, sag T-131/09, Farmeco mod KHIM – Allergan (BOTUMAX), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 67).

32 Appelkammerets vurdering af risikoen for forveksling mellem de omtvistede tegn skal således bedømmes i lyset af ovenstående betragtninger.

33 I den foreliggende sag er de ældre varemærker registreret i Tyskland. Derfor er Tyskland det relevante område, hvilket appelkammeret konstaterede i den anfægtede afgørelses punkt 14, uden at dette er blevet bestridt af sagsøgeren.

34 Endvidere er de omhandlede varer dagligvarer, hvilket appelkammeret har anført i den anfægtede afgørelses punkt 15. Den relevante kunde må derfor anses for en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger. I denne henseende må sagsøgerens argumenter om, at opmærksomhedsgraden hos den relevante kundekreds er mindre end gennemsnittets, forkastes. Sagsøgeren har oplyst, at de ældre varemærker er blevet anvendt til bolsjer, og at et forbrugerkøb i denne sammenhæng vil være impulsivt. Det må imidlertid bemærkes, at de omtvistede tegn vedrører andre varer end bolsjer. Sagsøgerens bemærkning kan derfor ikke vedrøre alle de varer, der er omfattet af de omtvistede tegn. Selv om det antages, at forbrugeren under visse omstændigheder foretager et impulskøb af bolsjer, er der ikke noget forhold, der gør det muligt at antage, at dette sker på systematisk vis. Den omstændighed alene, at den relevante kundekreds foretager et impulskøb betyder heller ikke, at den pågældende kundes opmærksomhedsgrad er mindre end en gennemsnitlig forbrugers.

35 For så vidt angår ligheden mellem de berørte varer må det som det første konstateres, at de varer, der er omfattet af klasse 30, og som vedrører varemærkeansøgningen og de ældre varemærker, er identiske, hvilket appelkammeret med rette har anført i den anfægtede afgørelses punkt 17, uden at parterne på det punkt har fremsat bemærkninger herimod.

36 For så vidt angår ligheden mellem de omtvistede tegn må det som det andet bemærkes, at vurderingen af ligheden mellem to varemærker ikke kan begrænses til, at der alene tages hensyn til én bestanddel i et sammensat varemærke, og at denne bestanddel sammenlignes med et andet varemærke. Sammenligningen skal derimod foretages ved at undersøge de omhandlede varemærker, vurderet hvert og et i sin helhed, hvilket ikke udelukker, at det helhedsindtryk, som et sammensat varemærke fremkalder i erindringen hos den relevante kundekreds, under visse omstændigheder kan være domineret af én eller flere af varemærkets bestanddele (jf. Domstolens dom af 12.6.2007, sag C-334/05 P, KHIM mod Shaker, Sml. I, s. 4529, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis). Det er kun, når alle andre varemærkebestanddele er uden betydning, at bedømmelsen af ligheden alene kan afhænge af den dominerende bestanddel (Domstolens dom i sagen KHIM mod Shaker, præmis 42, og

dom af 20.9.2007, sag C-193/06 P, Nestlé mod KHIM, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 42). Dette kan navnlig være tilfældet, når denne bestanddel i sig selv kan præge det billede af dette varemærke, som den relevante kundekreds har i erindringen, således at alle varemærkets andre bestanddele er uden betydning i helhedsindtrykket af varemærket (dommen i sagen Nestlé mod KHIM, præmis 43).

37 For det første må sagsøgerens argumenter vedrørende det visuelle plan, hvorefter et varemærke, der er registreret »i sort og hvid«, omfatter »alle de farvekombinationer, der er omfattet af den grafiske gengivelse«, og at »[sagsøgeren] som følge heraf kan ansøge om beskyttelse af enhver sammensætning af lodrette striber, der er sammensat af hvide og farvede striber, uanset om disse er sorte, orange eller gule«, forkastes. Sagsøgeren har heraf konkluderet, at »[de omhandlede] varemærker må anses for at omfatte de samme farver«.

38 Der er ikke fremlagt noget bevis i sagen, der gør det muligt at antage, at de ældre varemærker er blevet registreret til at omfatte en bestemt farve, hvilket sagsøgeren har bekræftet i retsmødet. I denne henseende kan den omstændighed, at et varemærke er registreret med en farve eller derimod ikke angiver nogen bestemt farve, ikke anses for at være et forhold, der er fuldstændigt uden betydning i forhold til forbrugerne (jf. i denne retning Domstolens dom af 18.7.2013, sag C-252/12, Specsavers International Healthcare m.fl., EU:C:2013:497, præmis 37; jf. endvidere i denne retning Rettens dom af 17.1.2012, sag T-522/10, Hell Energy Magyarország mod KHIM – Hansa Mineralbrunnen (HELL), EU:T:2012:9, præmis 49 og 50, og af 24.1.2012, sag T-593/10, El Corte Inglés mod KHIM – Ruan (B), EU:T:2012:25, præmis 29). Det skal endvidere bemærkes, at sammenligningen skal foretages mellem tegnene således, som de er blevet registreret, eller således, som de fremgår af registreringsansøgningen (Rettens dom af 8.12.2005, sag T-29/04, Castellblanch mod KHIM - Champagne Roederer (CRISTAL CASTELLBLANCH), Sml. II, s. 5309, præmis 57).

39 For så vidt angår Rettens dom af 18. juni 2009, LIBRO mod KHIM – Causley (LiBRO) (sag T-418/07, ikke trykt i Samling af Afgørelser), som sagsøgeren har anført i sin replik, hvoraf fremgår, at »beskyttelsen af [et] ældre varemærke, der ikke angiver nogen specifik farve, ligeledes omfatter farvesammensætninger« (præmis 65), kan denne fortolkes således, at når et EF-varemærke ikke er registreret med en bestemt farve, kan indehaveren af varemærket anvende det i en farve eller i en farvesammensætning og i givet fald opnå beskyttelse ifølge de relevante gældende tekster, bl.a. hvis denne farve eller farvesammensætning i hukommelsen hos en betydelig del af kundekredsen som følge af den brug, indehaveren har gjort, er forbundet med det ældre varemærke (jf. i denne retning dommen i sagen Specsavers Internaitonal Healthcare m.fl., der er nævnt ovenfor i præmis 38, præmis 41). Dette betyder imidlertid ikke – i modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende i sine skriftlige indlæg – at registreringen af et varemærke, der ikke omfatter nogen bestemt farve, dækker »alle de farvesammensætninger, der er omfattet af den grafiske gengivelse«.

40 Appelkammeret har derfor i den foreliggende sag uden at begå en fejl kunnet konstatere, at der forelå en forskel mellem på den ene side det ansøgte varemærke og på den anden side det første og det andet ældre varemærke, fordi det ansøgte varemærke til dels havde gul baggrund med hvide lodrette striber. Desuden er striberne i det første og det andet ældre varemærke lodrette, men der er også én blandt dem, der er vandret, således som appelkammeret med rette har anført. Det tredje ældre varemærke udviser i denne henseende ligeledes væsentlige forskelle i forhold til det ansøgte varemærke, da det alene indeholder fire lodrette striber, der er placeret som to striber på hver side af det pågældende tegns figurative bestanddel.

41 Det bemærkes endvidere, at de omtvistede tegn ligeledes adskiller sig fra hinanden ud fra et visuelt synspunkt, idet det ansøgte varemærke indeholder to rammer, hvoraf den ene indeholder den figurative gengivelse af en ko, og den anden indeholder ordbestanddelene »zpc ® milanówek«. For så vidt angår den ramme, der indeholder den figurative gengivelse af en ko, er denne forskellig i sin form fra de rammer, der er anvendt i de ældre varemærker. Den er desuden ledsaget af fire udsmykninger, således som appelkammeret med rette har konstateret. For så vidt angår rammen med

ordbestanddelene »zpc ® milanówek« er denne placeret oven på den, der indeholder den figurative gengivelse af en ko. Det visuelle indtryk af rammen med ordbestanddelene »zpc ® milanówek« er af den grund skærpet.

42 Endvidere adskiller de omtvistede tegn sig fra hinanden derved, at det ansøgte varemærke indeholder ordbestanddelene »milanówek«, »zpc ® milanówek« og »cream fudge«, der ikke indgår i de ældre varemærker, bortset fra udtrykket »cream fudge« for så vidt angår det tredje ældre varemærke. Det bemærkes i denne henseende, at når et varemærke er sammensat af ordbestanddele og figurative bestanddele, skal de førstnævnte i princippet anses for at have en højere grad af særpræg end de sidstnævnte, eftersom gennemsnitsforbrugeren lettere vil kunne henvise til den omhandlede vare ved at nævne navnet end ved at beskrive varemærkets figurative bestanddel (jf. Rettens dom af 2.2.2011, sag T-437/09, Oyster Cosmetics mod KHIM – Kadabell (Oyster cosmetics), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis). For så vidt angår udtrykket »cream fudge«, der ligeledes indgår i det tredje ældre varemærke, bemærkes, at dette varemærke i det øvrige adskiller sig væsentligt fra det ansøgte varemærke på det visuelle plan, således som anført ovenfor i præmis 40. Det indeholder desuden andre ordbestanddele, der ikke indgår i det ansøgte varemærke, nemlig udtrykket »sahne toffee« og ordet »luxury«.

43 Endelig er det korrekt, at de omtvistede tegn har en vis visuel lighed, fordi der i dem alle indgår en figurativ bestanddel, der gengiver en ko. I denne henseende må det konstateres, på samme måde som appelkammeret gjorde det, at gengivelsen af koen i de omtvistede tegn udviser mindre forskelle, selv om disse mindre forskelle mellem de omhandlede figurative bestanddele ikke kan ændre den omstændighed, at forbrugeren i sin hukommelse beholder billedet af en ko, således som sagsøgeren i det væsentlige har fremhævet i sine skriftlige indlæg, og uden at der er behov for at træffe afgørelse om, hvorvidt de af sagsøgeren i denne henseende fremførte kendsgerninger kan antages til realitetsbehandling (jf. i denne retning Rettens dom af 18.5.2011, sag T-376/09, Glenton España mod KHIM – Poli/Lauren (POLO SANTA MARIA), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 33).

44 Imidlertid har gengivelsen af en ko i det foreliggende tilfælde, således som appelkammeret med rette har bemærket i den anfægtede afgørelses punkt 26, en antydende karakter i forhold til de omhandlede varer. Denne bestanddel har derfor i det foreliggende tilfælde en svag grad af særpræg. Sagsøgeren har i sin replik anfægtet appelkammerets konklusion i denne henseende, bl.a. for så vidt angår »slik, bolsjer, karameller«, der er omfattet af de ældre varemærker. Uden at der er behov for at udtale sig om spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgerens argument er fremført for sent, må det konstateres, at det er ugrundet. For så vidt angår de varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen, har sagsøgeren ikke fremført noget bestemt argument, der ville kunne rejse tvivl om appelkammerets konklusion. For så vidt angår de varer, der er omfattet af de ældre varemærker, og som nærmere bestemt er genstand for sagsøgerens argumenter, bemærkes ud over den omstændighed, at chokoladebarrer og chokoladevarer kan forventes fremstillet med mælk eller mælkeprodukter, at den beskrivelse, der er fremført af sagsøgeren i dennes skriftlige indlæg, af de varer, der er omfattet af de nævnte varemærker, vedrørende særligt slik, bolsjer og karameller indeholder følgende angivelse: »især fremstillet med mælk, fløde og/eller smør«. Det følger heraf – i modsætning til hvad sagsøgeren i det væsentlige har anført i sine skriftlige indlæg – at det slik og de bolsjer og karameller, der er omfattet af de ældre varemærker, kan forventes fremstillet med mælk eller mælkeprodukter. Denne vurdering understøttes i øvrigt af en erklæring under ed, der er vedlagt som bilag til stævningen, hvori det præciseres, at de karameller, der fremstilles af sagsøgeren, indeholder fløde, smør og mælk. Appelkammeret har derfor ikke begået nogen fejl med hensyn hertil. Under hensyn til denne konklusion er det ikke nødvendigt at afgøre, om appelkammeret har begået en fejl ved på grundlag af de beviser, som intervenienten har fremført for Harmoniseringskontoret, at antage, at forbrugere i Unionen, herunder i Tyskland, er vant til at se varemærker, der indeholder en gengivelse af en ko for varer i klasse 30. Hvis det blev antaget, at appelkammeret har begået en fejl i denne henseende, ville dette ikke berøre konklusionen om, at gengivelsen af en ko i det foreliggende tilfælde har en antydende karakter for så vidt angår de berørte varer.

45 Sagsøgerens påberåbelse af en afgørelse truffet af Harmoniseringskontorets indsigelsesafdeling vedrørende et andet tegn, der omfatter en gengivelse af en ko, kan ikke rejse tvivl om appelkammerets konklusion i den foreliggende sag. Uden at det er nødvendigt at tage stilling til Harmoniseringskontorets argumenter med henblik på afvisning af dette argument, skal det bemærkes, at de afgørelser, som appelkamrene skal træffe i henhold til forordning nr. 207/2009 vedrørende registrering af et tegn som EF-varemærke, træffes under udøvelse af en bunden kompetence og ikke på grundlag af en skønsmæssig beføjelse. Lovligheden af appelkamrenes afgørelser skal derfor udelukkende bedømmes på grundlag af denne forordning, således som den er fortolket af Unionens retsinstanser, og ikke på grundlag af appelkamrenes afgørelsespraksis (Domstolens dom af 26.4.2007, sag C-412/05 P, Alcon mod KHIM, Sml. I, s. 3569, præmis 65, og Rettens dom af 2.5.2012, sag T-435/11, Universal Display mod KHIM (UniversalPHOLED), præmis 37). Hvis det i øvrigt antages, at sagsøgeren med sine argumenter gør overtrædelse af ligebehandlingsprincippet eller kravet om god forvaltningsskik gældende, bemærkes det, at overholdelsen af disse principper skal forliges med legalitetsprincippet (Domstolens dom af 10.3.2011, sag C-51/10 P, Agencja Wydawnicza Technopol mod KHIM, Sml. I, s. 1541, præmis 75). Under alle omstændigheder skal undersøgelsen af enhver ansøgning om registrering af hensyn til retssikkerheden og kravet om god forvaltningsskik være streng og fuldstændig og foretages i hvert enkelt konkret tilfælde (jf. dommen i sagen Agencja Wydawnicza Technopol mod KHIM, præmis 77). Det skal i den foreliggende sag bemærkes, at den grafiske gengivelse af en ko i den praksis, der er påberåbt af sagsøgeren, adskilte sig klart fra gengivelsen i den foreliggende sag. Endvidere har de særlige kendetegn, der er knyttet til den grafiske gengivelse af denne ko, medført, at indsigelsesafdelingen har kunnet konkludere, at den figurative bestanddel i dette tilfælde havde et uomtvisteligt særpræg. I den foreliggende sag er det således tilstrækkeligt at konstatere, at de figurative bestanddele, der gengiver en ko, ikke indeholder nogen særegenhed, der gør det muligt at tillægge dem et uomtvisteligt særpræg eller svække den omstændighed, at disse bestanddele har en antydende karakter for så vidt angår de omhandlede varer.

46 Under hensyn til alle disse forhold har appelkammeret uden at begå nogen fejl i det væsentlige kunnet antage, at der er væsentlige forskelle mellem de omtvistede tegn på det visuelle plan, selv om disse tegn har en vis lighed, henset bl.a. til den figurative bestanddel, der gengiver en ko.

47 For det andet har appelkammeret vedrørende det fonetiske plan med rette anført, at det ansøgte varemærke ikke har nogen ordbestanddel til fælles med det første og det andet ældre varemærke. For så vidt angår det tredje ældre varemærke har appelkammeret korrekt bemærket, at det alene har udtrykket »cream fudge« til fælles med det ansøgte varemærke, og at det adskiller sig fra det ansøgte varemærke, idet det indeholder andre ordbestanddele, der ikke indgår i det ansøgte varemærke, nemlig udtrykket »sahne toffee« og ordet »luxury«. På samme måde indeholder det ansøgte varemærke ordbestanddele, der ikke findes i det tredje ældre varemærke, nemlig »milanówek« og »zpc ® milanówek«. Sagsøgeren har ikke bestridt appelkammerets konstateringer i denne henseende. Sagsøgeren har imidlertid gjort gældende, at for så vidt det første ældre varemærke ikke indeholder nogen ordbestanddel, er det ikke muligt at foretage en sammenligning på fonetisk plan. Det er således tilstrækkeligt at konstatere, at der foreligger en forskel på fonetisk plan, der i det mindste medfører, at det varemærke, der søges registreret, kan udtrykkes mundtligt ved dets ordbestanddele. Selv om det endvidere antages, at en sammenligning på fonetisk plan ikke er mulig, kan det ikke konkluderes, at de to berørte varemærker i denne henseende ligner hinanden.

48 For det tredje har appelkammeret på det begrebsmæssige plan med rette bemærket – efter at have anført, at de omtvistede tegn har en figurbestanddel, der gengiver en ko, til fælles – at det ansøgte varemærke desuden indeholdt ordbestanddelen »milanówek« gengivet to gange, hvoraf den ene er klart synlig. Således som bemærket af appelkammeret er denne bestanddel navnet på en by i Polen. Derfor enten kender den relevante kundekreds navnet på denne by, eller den tror, at der er tale om et konstrueret ord. På det grundlag er der intet, der gør det muligt at antage, at appelkammeret har begået en fejl ved at lægge til grund, at ligheden mellem de omtvistede tegn ikke var tilstrækkelig til at konkludere, at der forelå en begrebsmæssig lighed. Sagsøgeren har ikke bestridt appelkammerets konklusion i denne henseende. Sagsøgeren har imidlertid i sin replik gjort gældende, at for så vidt det

første ældre varemærke ikke indeholder nogen ordbestanddel, er det ikke muligt at foretage en sammenligning på det begrebsmæssige plan. Uden at det er nødvendigt at udtale sig om den sene fremlæggelse af sagsøgerens argument i denne henseende, er argumentet åbenbart ugrundet, idet et figurmærke kan have en begrebsmæssig betydning for den relevante kundekreds, også selv om det ikke indeholder nogen ordbestanddel.

49 For det tredje vedrørende risikoen for forveksling skal det først bemærkes, at i modsætning til hvad Harmoniseringskontoret i det væsentlige har gjort gældende i sine skriftlige indlæg, har appelkammeret ikke antaget, at de omtvistede tegn efter en helhedsvurdering adskiller sig fra hinanden, idet appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 35-37 foretog en vurdering af risikoen for forveksling.

50 Det skal endvidere bemærkes, at de omtvistede tegn, således som det netop er fastslået, indeholder væsentlige forskelle. Selv om det antages, således som sagsøgeren har anført, at den visuelle lighed har større betydning i det foreliggende tilfælde, henset til måden, hvorpå de berørte varer markedsføres, har dette ingen virkning på den omstændighed, der blev anført ovenfor, at de omtvistede tegn adskiller sig væsentligt fra hinanden på det visuelle plan.

51 Hvis det derfor antages, således som anført af sagsøgeren, at de ældre varemærker har opnået en høj grad af særpræg som følge af brug på det pågældende område, har appelkammeret ikke begået nogen fejl, da det i den foreliggende sag fandt, at der ikke forelå risiko for forveksling hos den relevante kundekreds, uanset de omhandlede varers identiske karakter. Det skal bemærkes, at appelkammeret, i modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende i sine skriftlige indlæg, har taget hensyn til den omstændighed, at de ældre varemærker i givet fald kunne have opnået en høj grad af særpræg som følge af brug på det relevante område. Appelkammeret fandt imidlertid med rette, således som det lige er blevet konkluderet, at denne eventuelle omstændighed ikke gjorde det muligt at konkludere, at der forelå en risiko for forveksling i det foreliggende tilfælde. Hertil bemærkes, at i modsætning til hvad sagsøgeren synes at have anført i sine skriftlige indlæg, er der en forskel mellem den omstændighed, at det i forbindelse med sammenligningen af tegnene antages, at en af de bestanddele, der indgår i et sammensat varemærke, har en svag grad af særpræg, og den omstændighed, at det i forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling antages, at et ældre varemærke eventuelt skulle have opnået en høj grad af særpræg som følge af brug.

52 Endelig har appelkammeret ikke begået en fejl, da det fandt, at der så meget desto mindre foreligger en større risiko for forveksling med de andre ældre nationale varemærker, der er påberåbt til støtte for indsigelsen, idet disse i endnu højere grad adskiller sig fra det ansøgte varemærke.

53 De øvrige argumenter, der er fremført af sagsøgeren, kan ikke rejse tvivl om denne konklusion.

54 Nærmere bestemt for så vidt angår den omstændighed, at en tysk regional domstol har truffet afgørelse om de samme omtvistede tegn, og at appelkammeret ikke tog hensyn hertil, skal det blot bemærkes, at fællesskabsordningen for varemærker er uafhængig, og at Harmoniseringskontoret derfor ikke er bundet af de nationale registreringer (jf. i denne retning Rettens dom af 30.6.2004, sag T-281/02, Norma Lebensmittelfilialbetrieb mod KHIM (Mehr für Ihr Geld), Sml. II, s. 1915, præmis 35, og af 12.12.2007, sag T-117/06, DeTeMedien mod KHIM (suchen.de), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis). Sagsøgeren har endvidere selv bemærket i sin begrundelse for påklagen til appelkammeret, at Harmoniseringskontoret ikke var bundet af den omhandlede afgørelse. Sagsøgeren begrænsede sig til at oplyse, at denne afgørelse udgjorde en indikation af, at der i det foreliggende tilfælde forelå en risiko for forveksling. Det fremgår endvidere af den anfægtede afgørelse i sin helhed, at appelkammeret tiltrådte indsigelsesafdelingens analyse. Indsigelsesafdelingen havde allerede fastslået, at Harmoniseringskontoret ikke var bundet af den pågældende afgørelse, hvorved den henviste til dommen i sagen Norma Lebensmittelfilialbetrieb mod KHIM. Henset hertil, kan appelkammeret ikke bebrejdes, at det ikke udtrykkeligt har nævnt den pågældende afgørelse i den anfægtede afgørelse.

55 På baggrund af disse elementer må sagsøgerens andet argument forkastes, og dermed frifindes Harmoniseringskontoret.

Sagens omkostninger

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

57 Sagsøgeren har tabt sagen og pålægges derfor at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets og intervenientens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling):

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

2) Pico Food GmbH betaler sagens omkostninger.

Forwood Dehousse Schwarcz

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 9. april 2014.

Underskrifter