



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

3. oktober 2012*

»EF-varemærker — indsigelsessag — ansøgning om EF-figurmærket TEQUILA MATADOR HECHO EN MEXICO — de ældre nationale og internationale ordmærker MATADOR — relativ registreringshindring — ingen risiko for forveksling — ingen lighed mellem varerne — artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning (EF) nr. 207/2009«

I sag T-584/10,

Mustafa Yilmaz, Stuttgart (Tyskland), først ved advokat F. Kuschmirek, derefter ved advokat F. Stangl,
sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

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

Tequila Cuervo, SA de CV, Tlaquepaque, Jalisco (Mexico), ved advokat S. Salvetti,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 13. oktober 2010 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 1162/2009-2) vedrørende en indsigelsessag mellem Mustafa Yilmaz og Tequila Cuervo, SA de CV,

har

RETTEN (Anden Afdeling)

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

justitssekretær: E. Coulon,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 27. december 2010,

under henvisning til svarskriftet fra Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design), der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 5. april 2011,

* Processprog: engelsk.

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 18. april 2011,

under henvisning til sagsøgerens replik, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 30. september 2011,

under henvisning til intervenientens replik, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 4. oktober 2011,

under henvisning til afgørelsen af 12. november 2011 om ikke at give tilladelse til indlevering af duplikker,

under henvisning til afgørelsen af 25. november 2011 om sammensætning af Rettens afdelinger,

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

under henvisning til skrivelsen fra Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) af 14. februar 2012, hvorved dette har underrettet Retten om en begrænsning af fortegnelsen over de omhandlede varer og anmodet Retten om at fastslå, at det delvist er ufornuddent at træffe afgørelse i sagen,

og under henvisning til intervenientens bemærkninger til denne skrivelse, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 22. marts 2012,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

- 1 Den 5. marts 2004 indgav intervenienten, Tequila Cuervo, SA de CV, en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), med senere ændringer (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)).

- 2 Det varemærke, der blev ansøgt registreret, var følgende figurtegn:



- 3 De varer, som registreringsansøgningen vedrørte, henhører efter den første begrænsning, der blev anmodet om den 24. april 2008, under klasse 33 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse: »Alkoholholdige drikke, forblandede alkoholholdige cocktails, tequila, der stammer fra Mexico, og tequilalikører, der stammer fra Mexico«.
- 4 EF-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 32/2005 af 8. august 2005.
- 5 Den 8. november 2005 rejste intervenienten Mustafa Yilmaz 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.
- 6 Indsigelsen var støttet på dels det ældre internationale ordmærke MATADOR med retsvirkning i Benelux-landene, Den Tjekkiske Republik, Danmark, Estland, Grækenland, Spanien, Frankrig, Italien, Letland, Litauen, Ungarn, Østrig, Polen, Portugal, Slovenien, Slovakiet, Finland, Sverige og Det Forenede Kongerige, der blev registreret den 31. oktober 2002 under nr. 792051, dels det ældre tyske ordmærke MATADOR, der blev registreret den 21. august 2002 under nr. 302050531, idet de to varemærker omfatter varer i klasse 32, som svarer til følgende beskrivelse: »Øl; mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke«.
- 7 Den registreringshindring, der blev påberåbt til støtte for indsigelsen, var den, der er nævnt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009].

- 8 Ved afgørelse af 3. september 2009 tog indsigelsesafdelingen indsigelsen til følge, idet den – af procesøkonomiske årsager – alene støttede sig på det ældre tyske varemærke. Den fastslog dels, at de varer, der var omfattet af de omtvistede tegn, var konkurrerende og derfor havde lighed, dels at de pågældende tegn som helhed havde lighed.
- 9 Den 1. oktober 2009 indgav intervenienten en klage over indsigelsesafdelingens afgørelse til Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009.
- 10 Det fremgår af Harmoniseringskontorets skrivelse til Retten af 14. februar 2012, at intervenienten inden for rammerne af en indsigelsessag, der er parallel med den sag, der er genstand for dette søgsmål, ved begæring af 2. december 2009 indgivet til Harmoniseringskontoret har fremlagt en supplerende begrænsning af den fortegnelse over varer, som der i det foreliggende tilfælde er ansøgt om registrering af, således at de svarer til følgende beskrivelse: »Tequila, der stammer fra Mexico, alkoholholdige cocktails med tequila, der stammer fra Mexico, og tequilalikører, der stammer fra Mexico«, som henhører under klasse 33.
- 11 Ved afgørelse af 13. oktober 2010 (herefter »den anfægtede afgørelse«) tog Andet Appellkammer ved Harmoniseringskontoret klagen til følge, idet det ophævede indsigelsesafdelingens afgørelse, forkastede indsigelsen og godkendte registreringen af det ansøgte varemærke »for alle de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af ansøgningen«. Ved at træffe afgørelse på denne måde undlod appellkammeret imidlertid ved en fejl, som Harmoniseringskontoret medgiver kan tilskrives dette, at tage hensyn til begrænsningen af den fortegnelse over de omhandlede varer, som intervenienten havde indgivet begæring om den 2. december 2009. Appellkammeret begrundede i det væsentlige sin afgørelse som følger:
- Af procesøkonomiske årsager skal der ved efterprøvelsen af risikoen for forveksling først foretages en sammenligning mellem det ansøgte varemærke og det ældre tyske varemærke (punkt 17).
 - Den relevante kundekreds er sammensat af gennemsnitsforbrugere i Tyskland (punkt 18).
 - I henhold til Rettens praksis (dom af 18.6.2008, sag T-175/06, Coca-Cola mod KHIM - San Polo (MEZZOPANE), Sml. II, s. 1055, og af 29.4.2009, sag T-430/07, Bodegas Montebello mod KHIM – Montebello (MONTEBELLO RHUM AGRICOLE), ikke trykt i Samling af Afgørelser) er de alkoholholdige drikke, som er omfattet af det ansøgte varemærke, forskellige fra såvel varerne »øl« (punkt 21-30) som fra varerne »mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke« (punkt 32-40), der er omfattet af det ældre tyske varemærke, som følge af deres art, deres oprindelse, deres ingredienser, deres fremstillingsmetode, deres anvendelsesformål, deres brug, deres manglende substituerbarhed og deres manglende komplementaritet, selv om visse af disse varer i en vis grad står i et konkurrenceforhold til hinanden.
 - Konklusionen vedrørende den manglende lighed mellem de omhandlede varer gælder også for alle de andre medlemsstater end Tyskland, hvor det ældre internationale varemærke er beskyttet (punkt 41).
 - En af de kumulative betingelser for anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, nemlig betingelsen om, at de varer, der er omfattet af de omtvistede tegn, er af samme eller lignende art, er således ikke opfyldt i det foreliggende tilfælde, således at der ikke foreligger risiko for forveksling, selv ikke i tilfælde af, at de omhandlede tegn er identiske (punkt 42-44).

Parternes påstande

- 12 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
- Den anfægtede afgørelse annulleres.
 - Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.
- 13 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.
- 14 I skrivelsen af 14. februar 2012 har Harmoniseringskontoret anmodet Retten om at fastslå, at sagen er blevet uden genstand for så vidt angår varerne »alkoholholdige drikke«.
- 15 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:
- Den anfægtede afgørelse stadfæstes.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

Anmodningen om, at Retten fastslår, at det delvist er uforholdt at træffe afgørelse i sagen

- 16 I skrivelsen af 14. februar 2012 har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at den foreliggende sag er blevet uden genstand for så vidt angår »alkoholholdige drikke«, idet intervenienten har taget sin registreringsansøgning tilbage for så vidt angår disse varer.
- 17 Intervenienten har bekræftet denne tilbagetagning i sine skriftlige bemærkninger til denne skrivelse, men har ikke taget stilling til dens processuelle konsekvenser.
- 18 Sagsøgeren har ikke efterkommet Rettens opfordring til at indgive sine bemærkninger til denne skrivelse.
- 19 Retten skal i denne forbindelse bemærke, at ansøgeren i henhold til artikel 43, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 til enhver tid kan tilbagetage sin ansøgning om registrering af EF-varemærket eller begrænse den deri angivne fortegnelse over varer eller tjenesteydelser. En begrænsning af den fortegnelse over varer eller tjenesteydelser, der er angivet i en ansøgning om registrering af et EF-varemærke, kan kun komme i betragtning, hvis begrænsningen gennemføres efter visse nærmere bestemte regler, nemlig gennem en begæring om ændring af ansøgningen i henhold til artikel 43 i forordning nr. 207/2009 og regel 13 i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1) (jf. Rettens dom af 17.6.2009, sag T-464/07, Korsch mod KHIM (PharmaResearch), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 10 og den deri nævnte retspraksis).
- 20 I det foreliggende tilfælde bekræftede Harmoniseringskontoret ved sin skrivelse af 14. februar 2012, at begrænsningen af fortegnelsen over de varer, der var omfattet af varemærkeansøgningen, var lovlig og virksom, og sagsøgeren gjorde ingen indvendinger i den henseende. Begrænsningen bekræftes i øvrigt af Harmoniseringskontorets online database.

- 21 Denne begrænsning må derfor anses for godtgjort, og det må følgelig fastslås, at appelkammeret begik en fejl ved at godkende EF-varemærkeansøgningen »for alle de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af ansøgningen«, idet den inkluderede varerne »alkoholholdige drikke«, der var genstanden for den pågældende begrænsning.
- 22 Det skal imidlertid ligeledes fastslås, at denne fejl ikke har nogen skadelig følge for sagsøgeren, idet det ansøgte varemærke uanset udfaldet af denne sag ikke vil kunne registreres som EF-varemærke for varerne »alkoholholdige drikke« som følge af begrænsningen af fortegnelsen over varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen.
- 23 På denne baggrund kan den foreliggende sag rent faktisk anses for at være uden genstand, i det omfang den tilsigter en annullation af den anfægtede afgørelse, for så vidt som registreringen af det ansøgte varemærke for varerne »alkoholholdige drikke« blev godkendt deri. Det er derfor uforholdsmæssigt at træffe afgørelse i sagen om dette punkt.

Realiteten

- 24 Sagsøgeren har til støtte for søgsmålet fremført et enkelt anbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009.
- 25 Sagsøgeren har gjort gældende, at der foreligger en risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker som følge af dels den stærke lighed eller endog identitet mellem tegnene, dels ligheden mellem de omhandlede varer, som appelkammeret bedømte fejlagtigt. Sagsøgeren har nærmere bestemt i denne forbindelse under henvisning til bestemte nye beviser, som var vedlagt stævningen, gjort følgende gældende:
- Den relevante kundekreds er sammensat af gennemsnitsforbrugere i Europa og ikke kun i Tyskland.
 - De alkoholholdige drikke, der er omfattet af det ansøgte varemærke, og varerne »øl«, der er omfattet af de ældre varemærker, har en gennemsnitlig grad af lighed; disse varer tilhører samme kategori af alkoholholdige drikke, de er rettet mod den samme kundekreds, de forbruges under sammenlignelige forhold, i givet fald sammen eller blandet i cocktails, navnlig i restauranter og barer, de kan tilfredsstille det samme behov om at slukke tørsten, de sælges på det samme sted i supermarkeder, og de kan stamme fra de samme virksomheder.
 - De alkoholholdige drikke, der er omfattet af det ansøgte varemærke, og varerne »mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke«, der er omfattet af de ældre varemærker, har i det mindste en gennemsnitlig grad af lighed; disse varer tilhører den samme generelle kategori af drikke, de kan konsumeres for at slukke tørsten, som aperitif eller til et måltid, de er kompletterende som følge af, at de ofte konsumeres samtidig eller blandet, navnlig i cocktails, i givet fald i energidrikke som de »forblandede«, og de fremstilles og distribueres af de samme virksomheder; de omhandlede varer vil derfor utvivlsomt dele samme marked.
- 26 Harmoniseringskontoret har indledningsvis gjort gældende, at fremlæggelsen som beviser i bilag A1-A9 til stævningen af et bestemt antal dokumenter er i strid med artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement, idet fremlæggelsen er sket for første gang for Retten. Disse bilag til stævningen må følgelig afvises fra realitetsbehandlingen.

- 27 Vedrørende realiteten har Harmoniseringskontoret og intervenienten anfægtet sagsøgerens argumentation og er i det væsentlige af den opfattelse, at appelkammeret foretog en korrekt bedømmelse af risikoen for forveksling mellem de omhandlede varer, idet de nærmere bestemt har gjort følgende gældende:
- Det er uden betydning, om den relevante kundekreds fastlægges med henvisning til den tyske eller den europæiske gennemsnitsforbruger.
 - Hvad angår sammenligningen mellem de alkoholholdige drikke, der er omfattet af det ansøgte varemærke, og varerne »øl«, der er omfattet af de ældre varemærker, kan den konklusion, som Retten nåede frem til i MEZZOPANE-dommen, overføres på det foreliggende sagsforhold.
 - Hvad angår sammenligningen mellem de alkoholholdige drikke, der er omfattet af det ansøgte varemærke, og varerne »mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke, frugtdrikke og frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke«, der er omfattet af de ældre varemærker, er det karakterforskellen med hensyn til, om de indeholder alkohol eller ikke, der er afgørende; disse varer er hverken konkurrerende, substituerbare eller kompletterende; den omstændighed, at de kan blandes, ændrer ikke denne bedømmelse.
 - Hvad angår sammenligningen af de omtvistede tegn, må deres lighed samlet set ifølge intervenienten kvalificeres som ret svag.
 - Ifølge intervenienten umuliggør den manglende lighed mellem de omhandlede varer og den ret svage grad af lighed mellem de omtvistede tegn en risiko for forveksling.
 - Ifølge intervenienten er den anfægtede afgørelse ligeledes i overensstemmelse med indsigelsesafdelingens afgørelse af 16. januar 2008 i sag B 767741.
- 28 Hvad angår konsekvenserne af ændringen af beskrivelsen af de varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen, har Harmoniseringskontoret i sin skrivelse af 14. februar 2012 gjort gældende, at appelkammerets undladelse af at tage hensyn til denne ændring ikke har nogen betydning for den foreliggende sag, eftersom den ikke rejser tvivl om de grunde, som Harmoniseringskontoret støttede sig på i den anfægtede afgørelses punkt 21-31. Ifølge Harmoniseringskontoret kunne denne ændring nemlig ikke påvirke den undersøgelse af varerne, som appelkammeret foretog, og den ændrede på ingen måde sagens faktiske omstændigheder, som disse var blevet fremlagt for appelkammeret. Den pågældende ændring har følgelig hverken nogen indvirkning på lovligheden af den anfægtede afgørelse eller på omfanget af den legalitetsprøvelse, som det påhviler Retten at foretage.
- 29 I sine bemærkninger til den pågældende skrivelse tilslutter intervenienten sig i det væsentlige Harmoniseringskontorets synspunkt og gør gældende, at ændringen af beskrivelsen af de varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen, blot bekræfter rigtigheden af den anfægtede afgørelse.
- 30 Sagsøgeren har i sin replik for det tilfælde, at Harmoniseringskontoret gives medhold i den i præmis 26 ovenfor omhandlede påstand, anmodet om, at visse nye beviser, som intervenienten har vedlagt i bilag 4-16 til svarskriftet til støtte for sin argumentation, ligeledes afvises fra realitetsbehandling.
- 31 I samme processkrift har sagsøgeren påberåbt sig dels indsigelsesafdelingens afgørelse af 26. juli 2011 i sag B 1752545 – »Don Angel«, hvori det blev fastslået, at øl i klasse 32 og alkoholholdige drikke (bortset fra øl) i klasse 33 havde lighed, navnlig som følge af, at disse varer kan blandes og konsumeres sammen, eksempelvis i cocktails, dels afgørelsen, der blev truffet den 4. maj 2011 af Første Appellkammer ved Harmoniseringskontoret (sag R 1632/2010-1), hvori det blev fastslået, at alkoholholdige drikke (bortset fra øl) og øl normalt kan købes overalt, at de kan anses for at

komplettere hinanden som følge af, at de lejlighedsvis kan blandes, og at det ikke kan udelukkes, at øl og visse alkoholholdige drikke navnlig på visser stadier af et markedsføringsforløb kan stamme fra de samme virksomheder.

- 32 Hvad angår konsekvenserne af ændringen af beskrivelsen af de varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen, har sagsøgeren ikke fremsat nogen bemærkninger hertil.
- 33 Det bemærkes indledningsvis, at det fremgår af fast retspraksis, at kendsgerninger, som ikke blev påberåbt af parterne ved Harmoniseringskontorets instanser, heller ikke kan påberåbes i forbindelse med et søgsmål. Retten skal nemlig vurdere lovligheden af appelkammerets afgørelse ved at efterprøve anvendelsen af fællesskabsretten, der er foretaget af appelkammeret, bl.a. henset til de faktiske omstændigheder, som forelå for det nævnte appelkammer (jf. i denne retning Domstolens dom af 18.7.2006, sag C-214/05 P, Rossi mod KHIM, Sml. I, s. 7057, præmis 50), men Retten kan derimod ikke foretage en sådan efterprøvelse ved at tage hensyn til nye faktiske omstændigheder, der fremlægges for den (jf. Domstolens dom af 13.3.2007, sag C-29/05 P, KHIM mod Kaul, Sml. I, s. 2213, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).
- 34 Harmoniseringskontorets og sagsøgerens påstande om, at Retten ikke skal tage hensyn til de nye beviser, der er vedlagt som bilag til stævningen og til intervenientens svarskrift, skal derfor tages til følge.
- 35 Hvad angår konsekvenserne af ændringen af fortegnelsen over de varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen, skal det fastslås, at Harmoniseringskontorets aktuelle holdning i det væsentlige svarer til, at Retten anmodes om at foretage en legalitetsprøvelse, hvis omfang er mere begrænset end omfanget af den prøvelse, der anmodes om i stævningen.
- 36 Retten er imidlertid af den opfattelse, at Harmoniseringskontorets anmodning er begrundet med, at sagen er delvis uden genstand, idet denne i realiteten alene vedrører varerne »tequila, der stammer fra Mexico, alkoholholdige cocktails med tequila, der stammer fra Mexico, og tequilalikører, der stammer fra Mexico«, som efter begrænsningen er omfattet af varemærkeansøgningen. Der påføres ikke sagsøgeren nogen skade som følge heraf, eftersom fortegnelsen over disse varer er mere indskrænket end fortegnelsen over de oprindeligt omfattede varer, således som de blev behandlet af appelkammeret i den anfægtede afgørelse. Sagsøgeren har endvidere ikke gjort nogen indvendinger imod Harmoniseringskontorets anmodning, selv om han af Retten var blevet opfordret til at indgive sine bemærkninger til Harmoniseringskontorets skrivelse af 14. februar 2012.
- 37 I denne dom vil ordene »alkoholholdige drikke, der er omfattet af det ansøgte varemærke« således herefter alene skulle forstås som en betegnelse for varerne »tequila, der stammer fra Mexico, alkoholholdige cocktails med tequila, der stammer fra Mexico, og tequilalikører, der stammer fra Mexico«.
- 38 Herudover skal det bemærkes, at i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 er det varemærke, der søges registreret, hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, 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 varemærke 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.
- 39 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).

- 40 Ved anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 kræves, for at der kan foreligge en risiko for forveksling, både, at de omtvistede varemærker er identiske eller ligner hinanden, og at de varer eller tjenesteydelser, som varemærkerne betegner, er af samme eller lignende art. Der er i den henseende tale om kumulative betingelser (jf. Rettens dom af 22.1.2009, sag T-316/07, Commercy mod KHIM - easyGroup IP Licensing (easyHotel), Sml. II, s. 43, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis). Selv i tilfælde, hvor der er lighed med et varemærke med en særlig stærk adskillelsesevne, er det således nødvendigt at føre bevis for ligheden mellem de pågældende varer eller tjenesteydelser (jf. MEZZOPANE-dommen, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis).
- 41 Det er på baggrund af disse principper, at der i det foreliggende tilfælde skal foretages en undersøgelse af det eneste annullationsanbringende.
- 42 Hvad for det første angår fastlæggelsen af den relevante kundekreds er der ikke anledning til at stille spørgsmålstejn ved appelkammerets bedømmelse, der fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 18-41 (jf. ovenfor, præmis 11). Som Harmoniseringskontoret og intervenienten med rette har anført, er det nemlig uden betydning, om den relevante kundekreds fastlægges med henvisning til den tyske eller den europæiske gennemsnitsforbruger. Eftersom sagsøgeren ikke har påberåbt sig, at der foreligger omstændigheder, såsom særlige forbrugsvaner i visse andre medlemsstater end Tyskland, der ville kunne have en betydning for opfattelsen af varernes lighed, synes det klagepunkt, som sagsøgeren har gjort gældende over for appelkammeret om en fejlagtig bedømmelse af den relevante kundekreds, i øvrigt at være uvirksomt.
- 43 Hvad for det andet angår bedømmelsen af ligheden mellem de omhandlede varer bemærkes først, at det følger af fast retspraksis, at der skal tages hensyn til alle de relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem dem. Disse faktorer omfatter navnlig deres art, deres anvendelsesformål og benyttelsen af dem, samt om de er i et konkurrenceforhold eller kompletterer hinanden (jf. analogt Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 23). Der kan endvidere tages hensyn til andre faktorer, som f.eks. de berørte varers distributionskanaler (jf. Rettens dom af 11.7.2007, sag T-443/05, El Cortes Inglés mod KHIM - Bolaños Sabri (PiraÑAM diseño original Juan Bolaños), Sml. II, s. 2579, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).
- 44 Hvad for det første angår det klagepunkt, som sagsøgeren har rettet mod appelkammeret, hvorefter dette i den anfægtede afgørelses punkt 21-30 foretog en fejlagtig bedømmelse af ligheden mellem de alkoholholdige drikke, som er omfattet af det ansøgte varemærke, og varerne »øl«, der er omfattet af de ældre varemærker, skal det indledningsvis fastslås, at den pågældende bedømmelse med de fornødne ændringer skal anses for at være i fuld overensstemmelse med den bedømmelse af ligheden mellem vin og øl, som Retten foretog i MEZZOPANE-dommens præmis 63-68.
- 45 Hvad nærmere bestemt angår vin og øls konkurrenceforhold fastslog Retten i MEZZOPANE-dommens præmis 68 under henvisning til Domstolens praksis, at visse typer af vin og øl »delvist substituerer hinanden«, således at det må anerkendes, at disse varer i et vist omfang er konkurrerende.
- 46 Ved udtrykkeligt at henvise til den pågældende præmis 68 i MEZZOPANE-dommen og til den praksis fra Domstolen, der er nævnt deri, anerkendte appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 28 endda, at vin og øl »i et vist omfang er konkurrerende varer« og tilføjede, at »det samme må siges om visse andre »alkoholholdige drikke« og »forblandede alkoholholdige cocktails«.
- 47 I øvrigt identificerede appelkammeret ingen relevant faktor, der kunne tale for, at det med hensyn til sammenligningen af de i det foreliggende tilfælde omhandlede varer forholder sig anderledes end ved den sammenligning, som Retten foretog for så vidt angår øl og vin i MEZZOPANE-dommen.

- 48 Appellkammeret fastslog derfor i den anfægtede afgørelses punkt 30, at de i det foreliggende tilfælde sammenlignede varer »ikke er konkurrerende og hverken kan erstatte hinanden, er substituerbare eller kompletterende«, og appellkammeret konkluderede i samme punkt, at disse varer »ikke har lighed«.
- 49 I den forbindelse skal det præciseres, at selv om Retten i MEZZOPANE-dommens præmis 70 ganske vist synes at have lagt til grund, at der er en »svag grad af lighed« mellem vin og øl, anførte Retten dog udtrykkeligt i den helhedsvurdering af risikoen for forveksling, som den foretog i den pågældende doms præmis 102-109, hvorved appellkammerets bedømmelse blev tiltrådt, at samtlige omhandlede varer var karakteriseret ved deres »manglende lighed«. Under alle omstændigheder bekræfter Retten med nærværende dom, at øl og vin – henset til alle de relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem disse varer, således som de blev efterprøvet i MEZZOPANE-dommens præmis 63-69 – skal anses for ikke at være af lignende art i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009.
- 50 Efter denne afklaring synes den omstændighed, at den gennemsnitsforbruger, som den sag, der gav anledning til MEZZOPANE-dommen, omhandlede, var en østrigsk gennemsnitsforbruger, mens den gennemsnitsforbruger, der er omhandlet i den foreliggende sag, er gennemsnitsforbrugeren i alle de lande, hvor de ældre varemærker er beskyttet, ikke relevant i det foreliggende tilfælde af de grunde, der allerede er anført i præmis 42 ovenfor.
- 51 Det forholder sig på samme måde med hensyn til den omstændighed, at de varer, der skulle sammenlignes i den sag, som gav anledning til MEZZOPANE-dommen, var øl og vin, mens de varer, der skal sammenlignes i den foreliggende sag er på den ene side øl og på den anden side »tequila, der stammer fra Mexico, alkoholholdige cocktails med tequila, der stammer fra Mexico, og tequilalikører, der stammer fra Mexico«. Tværtimod er forskellene mellem disse varer, med hensyn til alle de relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem dem, mere tydelige og væsentlige end de forskelle mellem øl og vin, som Retten fremhævede i den pågældende sag, således at disse forskelle gør det endnu mindre sandsynligt, at den relevante kundekreds kunne tro, at en og samme virksomhed fremstiller og markedsfører disse to typer af drikke.
- 52 Ingen af de betragtninger, som sagsøgeren har fremført, kan drage tvivl om rigtigheden af denne bedømmelse.
- 53 For så vidt som disse betragtninger er støttet på de nye beviser, der er fremlagt som bilag til stævningen, skal det bemærkes, at Retten ikke kan tage hensyn til dem, eftersom de ikke blev fremlagt for appellkammeret, og ikke udgør et velkendt forhold, som dette ex officio skulle have taget hensyn til (jf. præmis 33 ovenfor).
- 54 Ud over en række ikke nærmere underbyggede påstande har sagsøgeren i øvrigt ikke fremført noget argument for Retten, der kan godtgøre, at appellkammerets bedømmelse er behæftet med en fejl. I denne forbindelse bemærkes navnlig, at selv om de varer, der skal sammenlignes i det foreliggende tilfælde, tilhører samme generelle kategori for drikke og nærmere bestemt kategorien for alkoholholdige drikke, er de forskellige navnlig for så vidt angår deres grundlæggende ingredienser, deres fremstillingsmetode, deres farve, deres duft og deres smag, således at de af den relevante forbruger opfattes som værende af forskellig art. Disse varer udstilles normalt ikke i de samme reoler i supermarketers og andre salgssteders afdelinger for drikkevarer. Hvad angår brugen af dem er en afgørende forskel, at øl slukker tørsten, hvilket normalt ikke er tilfældet for de alkoholholdige drikke, der er omfattet af det ansøgte varemærke. Selv om disse varer ganske vist kan konsumeres på de samme steder og under de samme omstændigheder og kan tilfredsstille det samme behov, f.eks. at nyde en drik i forbindelse med et måltid eller som aperitif, forholder det sig ikke desto mindre således, at de ikke tilhører den samme gruppe af alkoholholdige drikke, og at forbrugeren opfatter dem som forskellige varer, således som Retten for så vidt angår øl og vin fastslog i MEZZOPANE-dommens præmis 66.

- 55 Det forhold, at der findes alkoholholdige cocktails, hvor øl blandes med andre typer alkohol, bl.a. tequila, fjerner ikke de forskelle mellem disse ovenfor nævnte varer, eftersom dette gælder for mange drikke, der heller ikke ligner hinanden (jf. i denne retning for så vidt angår rom og cola Rettens dom af 15.2.2005, sag T-296/02, Lidl Stiftung mod KHIM - REWE-Zentral (LINDENHOF), Sml. II, s. 563, præmis 57).
- 56 Af de grunde, der er anført MEZZOPANE-dommens præmis 67, og som er gengivet i den anfægtede afgørelses punkt 27, fører dette forhold heller ikke til, at de omhandlede varer er kompletterende. Kompletterende varer er nemlig dem, hvorimellem der er en tæt forbindelse i den forstand, at den ene er uundværlig eller vigtig for brugen af den anden (Rettens dom af 1.3.2005, sag T-169/03, Sergio Rossi mod KHIM - Sissi Rossi (SISSI ROSSI), Sml. II, s. 685, præmis 60). I det foreliggende tilfælde er de alkoholholdige drikke, der er omfattet af det ansøgte varemærke, hverken uundværlige eller vigtige for brugen af øl eller omvendt. Der foreligger i øvrigt ingen oplysninger i sagen, der gør det muligt at konkludere, at køberen af en af disse varer bliver særligt foranlediget til at købe den anden vare.
- 57 Hvad angår konkurrenceforholdet mellem de varer, der er omhandlet i det foreliggende tilfælde, er Retten af den opfattelse, at det er klart svagere end det konkurrenceforhold, der blev konstateret vedrørende øl og vin i præmis 68 i MEZZOPANE-dommen, og at der følgelig blev taget tilstrækkeligt hensyn til dette af appelkammeret i den anfægtede afgørelses præmis 28. Rettens konstatering i MEZZOPANE-dommens præmis 68, hvorefter der består et vist konkurrenceforhold mellem vin og øl, var støttet på den omstændighed, at vin og øl ifølge Domstolens praksis vedrørende andre områder end EF-varemærkeretten i et vist omfang tilfredsstiller samme behov, således at de delvist substituerer hinanden. Domstolen har dog præciseret, ligesom Retten ligeledes har understreget, at det afgørende konkurrenceforhold mellem øl, som er en populær og almindeligt indtaget drikkevare, og vin, på baggrund af de store kvalitets- og dermed prisforskelle på vine, skulle fastslås på grundlag af de vine, der er mest tilgængelige for det store publikum, det vil i almindelighed sige de letteste og billigste vine (Domstolens dom af 9.7.1987, sag 356/85, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 3299, præmis 10; jf. ligeledes Domstolens dom af 12.7.1983, sag 170/78, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. s. 2265, præmis 8, og af 17.6.1999, sag C-166/98, Socridis, Sml. I, s. 3791, præmis 18). De alkoholholdige drikke, der er omfattet af det ansøgte varemærke, er imidlertid generelt klart mindre lette og betydeligt dyrere end »vine, der er mest tilgængelige for det store publikum«, således at Domstolens bedømmelse ikke kan overføres på den foreliggende sag.
- 58 Hvad angår den afgørelse, der blev truffet af Harmoniseringskontorets indsigelsesafdeling den 26. juli 2011 i sag B 1752545 – »Don Angel« og den afgørelse, der blev truffet af Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret den 4. maj 2011 i sag R 1632/2010-1, som sagsøgeren har påberåbt sig, skal det indledningsvis fastslås, at de alene viser, at der inden for Harmoniseringskontoret foreligger en afgørelsespraksis, som ikke er fuldstændig konsekvent. Som intervenienten har anført, modsiges disse afgørelser nemlig af indsigelsesafdelingens afgørelse af 16. januar 2008 i sag B 767 741 om en indsigelsessag mellem de samme parter vedrørende en ansøgning om registrering af ordmærket MATADOR, der omfattede de samme varer, og som sagsøgeren ikke påklagede.
- 59 Uafhængigt deraf skal det imidlertid bemærkes, at Harmoniseringskontoret har en pligt til at udøve sine beføjelser i overensstemmelse med EU-rettens generelle principper, såsom ligebehandlingsprincippet og princippet om god forvaltningsskik.
- 60 Med hensyn til disse to principper skal Harmoniseringskontoret i forbindelse med behandlingen af en EF-varemærkeansøgning tage hensyn til allerede truffne afgørelser vedrørende lignende ansøgninger og særligt overveje, hvorvidt der i den foreliggende situation skal træffes samme afgørelse (jf. Domstolens dom af 10.3.2011, sag C-51/10 P, Agencja Wydawnicza Technopol mod KHIM, Sml. I, s. 1541, præmis 74 og den deri nævnte retspraksis).
- 61 Ligebehandlingsprincippet og princippet om god forvaltningsskik skal imidlertid forliges med legalitetsprincippet.

- 62 Følgelig kan ingen part i en sag for Harmoniseringskontoret til egen fordel påberåbe sig en ulovlighed, der eventuelt er begået til fordel for andre, med henblik på at opnå identisk afgørelse (jf. i denne retning dommen i sagen *Agencja Wydawnicza Technopol mod KHIM*, præmis 76 og den deri nævnte retspraksis).
- 63 I modsætning til hvad indsigelsesafdelingen og appelkammeret ved Harmoniseringskontoret fastslog i de afgørelser, som sagsøgeren har påberåbt sig (for så vidt angår øl og visse andre alkoholholdige drikke), men i lighed med, hvad der blev fastslået i *MEZZOPANE*-dommen (for så vidt angår vin og øl), er Retten under alle omstændigheder kommet til den konklusion, at de i det foreliggende tilfælde omhandlede varer ikke er kompletterende i henhold til retspraksis (jf. præmis 56 ovenfor). Som det blev fastslået ved denne lejlighed, kan der ikke drages tvivl om denne konklusion ved den omstændighed, at disse varer lejlighedsvis kan være blandede og konsumeret sammen, som var den begrundelse, som indsigelsesafdelingen og appelkammeret fejlagtigt støttede sig på, da de fastslog, at der forelå et komplementærforhold, i de afgørelser, som sagsøgeren har påberåbt sig.
- 64 Hvad for det andet angår det klagepunkt, som sagsøgeren har rettet mod appelkammeret, om, at dette i den anfægtede afgørelses punkt 32-40 foretog en fejlagtig bedømmelse af ligheden mellem de alkoholholdige drikke, der er omfattet af det ansøgte varemærke, og varerne »mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke«, der er omfattet af de ældre varemærker, skal det ligeledes indledningsvis fastslås, at den pågældende bedømmelse med de fornødne ændringer er fuldstændig overensstemmende med den bedømmelse af ligheden mellem vin på den ene side og mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke, saft og andre præparater til fremstilling af drikke og blandede drikke på grundlag af limonade på den anden side, som Retten foretog i *MEZZOPANE*-dommens præmis 79-91, således at den konklusion vedrørende sammenligningen af disse varer, som Retten nåede frem til i denne dom, kan overføres på omstændighederne i det foreliggende tilfælde.
- 65 Den omstændighed, at den gennemsnitsforbruger, der var omhandlet i den sag, der gav anledning til *MEZZOPANE*-dommen, var den tyske gennemsnitsforbruger, mens den gennemsnitsforbruger, der er omhandlet i den foreliggende sag, er gennemsnitsforbrugeren i alle de lande, hvor de ældre varemærker er beskyttet, synes ikke at være relevant i det foreliggende tilfælde, idet de betragtninger, der er fremført i *MEZZOPANE*-dommens præmis 80 og 81, ligeledes er relevante for gennemsnitsforbrugerne i alle de øvrige omhandlede lande.
- 66 Det forholder sig på samme måde med hensyn til den af sagsøgeren fremhævede omstændighed, at de alkoholholdige drikke, der er omhandlet i det foreliggende tilfælde, ikke indeholder vin, som i den sag, der gav anledning til *MEZZOPANE*-dommen, men drikke på grundlag af tequila. Denne omstændighed medfører på ingen måde, at *MEZZOPANE*-dommen er irrelevant i det foreliggende tilfælde, men styrker tværtimod dommens relevans. Som det allerede er anført for så vidt angår øl og vin i præmis 51 ovenfor, er forskellene mellem de i det foreliggende tilfælde omhandlede varer for alle de relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem dem, nemlig klart større end forskellene mellem den vin og de ikke-alkoholholdige drikke, som Retten påpegede i den pågældende sag, således at disse forskelle gør det endnu mere usandsynligt, at den relevante kundekreds kunne tro, at en og samme virksomhed samtidig fremstiller og markedsfører de to typer af drikke.
- 67 Ingen af de betragtninger, som sagsøgeren har fremført, kan drage tvivl om rigtigheden af denne bedømmelse.
- 68 For så vidt som disse betragtninger er støttet på de nye beviser, der er fremlagt som bilag til stævningen, skal det bemærkes, at Retten ikke kan tage hensyn til dem, eftersom de ikke blev fremlagt for appelkammeret og ikke udgør et velkendt forhold, som dette ex officio skulle have taget hensyn til (jf. præmis 33 ovenfor).

- 69 Ud over en række ikke nærmere underbyggede påstande har sagsøgeren i øvrigt ikke fremført noget argument for Retten, der kan godtgøre, at appelkammerets bedømmelse er behæftet med en fejl, navnlig for så vidt angår den karakterforskel mellem disse varer, med hensyn til, om de indeholder alkohol eller ikke, der er afgørende, og deres konkurrence- eller komplementærforhold.
- 70 Det forhold, at der findes alkoholholdige cocktails og »forblandede« drinks, der blander alkoholholdige drikke med en ikke-alkoholholdig ingrediens, fjerner ikke de betydelige forskelle mellem disse varer af de grunde, der allerede er angivet i præmis 55 ovenfor. Intervenienten har i øvrigt med rette anført, at de virksomheder, der udbyder deres alkoholholdige drikke med en ikke-alkoholholdig ingrediens for at sælge dem som »forblandede« drinks, ikke sælger denne ingrediens separat og under det samme varemærke som den pågældende alkoholholdige drik eller under et lignende varemærke.
- 71 På baggrund af de ovenstående betragtninger må det konkluderes, at de omhandlede varer er mere forskellige, end de er ens, og at den bedømmelse, som appelkammeret foretog i den anfægtede afgørelses punkt 29, 30, 39 og 40, derfor må bekræftes.
- 72 Med henblik på anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 må det ligeledes konkluderes, at de anførte forskelle mellem de omhandlede varer udgør sådanne forskelle, at de i sig selv udelukker muligheden for en risiko for forveksling, og at bedømmelsen, der blev foretaget af appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 42-44, følgelig må bekræftes.
- 73 Idet det er blevet fastslået, at der ikke er lighed mellem de i det foreliggende tilfælde omhandlede varer, må anbringendet om en tilsidesættelse af den pågældende artikel forkastes som ugrundet, og Harmoniseringskontoret må frifindes i det hele, uden at det er nødvendigt at tage stilling til identiteten eller ligheden mellem de omtvistede tegn.

Sagens omkostninger

- 74 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 6, er Retten frit stillet i sin afgørelse om sagens omkostninger, hvis det er ufornuddent at træffe afgørelse om sagens genstand.
- 75 Da sagsøgeren har tabt sagen, bør det pålægges ham at bære sine egne omkostninger og at betale Harmoniseringskontorets og intervenientens omkostninger i overensstemmelse med disse parter påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Anden Afdeling):

- 1) **Det er ufornuddent at træffe afgørelse i sagen, i det omfang den vedrører annullationen af den afgørelse, der blev truffet af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) den 13. oktober 2010 (sag R 1162/2009-2), for så vidt som denne afgørelse godkendte registreringen af det ansøgte varemærke for varerne »alkoholholdige drikke«.**
- 2) **I øvrigt frifindes Harmoniseringskontoret.**
- 3) **Mustafa Yilmaz bærer sine egne omkostninger og betaler de omkostninger, der er blevet afholdt af Harmoniseringskontoret og af Tequila Cuervo, SA de CV.**

Forwood

Dehousse

Szwarcz

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 3. oktober 2012.

Underskrifter