



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

15. januar 2013*

»EF-varemærker — indsigelsessag — ansøgning om EF-ordmærket BELLRAM — de ældre nationale ord- og figurmærker RAM og Ram — relativ registreringshindring — risiko for forveksling — artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning (EF) nr. 207/2009 — ret til at blive hørt — artikel 63, stk. 2, artikel 75 og 76 i forordning nr. 207/2009 — indsigelsessagens frister«

I sag T-237/11,

Lidl Stiftung & Co. KG, Neckarsulm (Tyskland), ved advokat T. Träger,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved K. Klüpfel og D. Walicka, 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:

Lactimilk, SA, Madrid (Spanien), ved advokat P. Casamitjana Lleonart,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 1. marts 2011 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 1154/2009-4) vedrørende en indsigelsessag mellem Lactimilk, SA og Lidl Stiftung & Co. KG,

har

RETTEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, I. Pelikánová, og dommerne K. Jürimäe (refererende dommer) og M. van der Woude,

justitssekretær: fuldmægtig S. Spyropoulos,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 4. maj 2011,

under henvisning til svarskriftet fra Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design), der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 7. oktober 2011,

* Processprog: engelsk.

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 22. september 2011,

under henvisning til replikken, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 3. januar 2012,

under henvisning til duplikken fra Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design), der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 7. marts 2012,

efter retsmødet den 10. juli 2012,

afsagt følgende

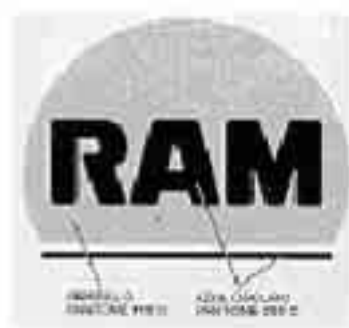
Dom

Sagens baggrund

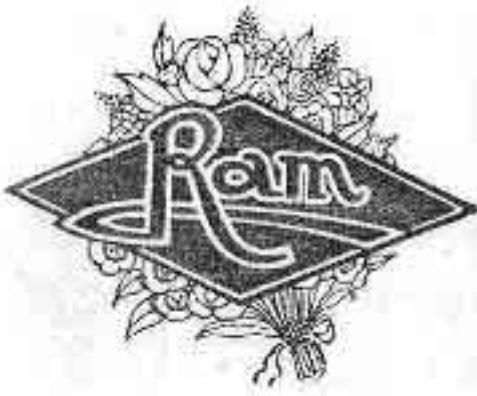
- 1 Den 15. maj 2006 indgav Lidl Stiftung & Co. KG i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), med senere ændringer (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)), en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«).
- 2 Det varemærke, der er ansøgt registreret, er ordmærket BELLRAM.
- 3 De varer, som varemærkesøgningen vedrører, henhører under klasse 29 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 varerne »oste«.
- 4 EF-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-varemærketidende* nr. 42/2006 af 16. oktober 2006.
- 5 Den 9. januar 2007 rejste intervenienten, Lactimilk, SA, 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 i klasse 29.

6 Indsigelsen var støttet på følgende ældre spanske varemærker:

- Figurmærket, gult og blå, registrering nr. 2414439 (herefter »det første ældre figurmærke«), der er gengivet nedenfor:



- Figurmærket, registrering nr. 98550 (herefter »det andet ældre figurmærke«), der er gengivet nedenfor:



- Ordmærket RAM, registrering nr. 151890 (herefter »det ældre ordmærke«).

- 7 Det første ældre figurmærke blev registreret for varer i klasse 29 i Nicearrangementet, som svarer til følgende beskrivelse: »kød, fisk, fjerkræ og vildt; kødekstrakter; konserverede, tørrede og kogte frugter, grønsager, kød og fisk; gele, frugtsauce; æg; spiselige olier og spisefedt; færdigretter med kød, fisk, grønsager og navnlig mælk og mejeriprodukter, yoghurt, ost, smør, margarine og creme fraîche (mejeriprodukter)«.
- 8 Det andet ældre varemærke blev registreret for varer henhørende under klasse 29 i Nicearrangementet, som svarer til følgende beskrivelse: »alle former for smør, frisk mælk, kondenseret mælk og tømælk, ost, smør, yoghurt, kefir og andre produkter, der er afledt af mælk«.
- 9 Det ældre ordmærke blev oprindeligt registreret for varer i klasse 29 i Nicearrangementet, som svarer til følgende beskrivelse: »frisk mælk, kondenseret mælk og tømælk, ost, smør, yoghurt, kefir og andre produkter, der er afledt af mælk«. Denne liste over varer blev efterfølgende suppleret af en liste over varer, der svarer til følgende beskrivelse: »animalske fødevarer, spiselige olier og spisefedt; tørrede grønsager og andre grønsager til forbrug eller konserveret; gele og marmelade; kød, fjerkræ og vildt; æg; salatdressinger; mælkedrikke, hvori mælk er hovedingrediensen; med udtrykkelig undtagelse af fisk og konserverede produkter fra havet«.
- 10 Indsigelsen var støttet på alle de varer, der er omfattet af de tre ældre varemærker.

- 11 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].
- 12 Den 31. august 2009 tog indsigelsesafdelingen intervenientens indsigelse til følge ved udelukkende at foretage en sammenligning mellem det ansøgte varemærke og det første ældre figurmærke. Hvad for det første angår sammenligningen af de varer, der er omfattet af de pågældende varemærker, fastslog den, at disse var af samme art. Hvad dernæst angår sammenligningen af tegnene fastslog den for det første, at der forelå en gennemsnitlig grad af visuel og fonetisk lighed mellem disse. Endvidere fastslog den, at ingen af de to tegn havde nogen særlig begrebsmæssig betydning på spansk. Endelig fastslog den, idet den tog hensyn til det første ældre figurmærkes gennemsnitlige særpræg, at der forelå risiko for forveksling. Endvidere fastslog den, at det, henset til risikoen for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det første ældre figurmærke, ikke var nødvendigt for den at foretage en sammenligning mellem på den ene side det ansøgte varemærke og på den anden side det andet ældre figurmærke og det ældre ordmærke.
- 13 Den 1. oktober 2009 indbragte sagsøgeren en klage for Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009 til prøvelse af indsigelsesafdelingens afgørelse.
- 14 Ved afgørelse af 1. marts 2011 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Fjerde Appellkammer ved Harmoniseringskontoret klagen over indsigelsesafdelingens afgørelse. Særligt fastslog det for det første, at idet der alene var ført bevis for registrering af det ældre ordmærke af intervenienten, kunne undersøgelsen af risikoen for forveksling kun foretages i forhold til det pågældende varemærke, idet de to ældre figurmærker måtte udelukkes (jf. den anfægtede afgørelses punkt 13-20). For det andet fastslog appellkammeret i forbindelse med undersøgelsen af risikoen for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det ældre ordmærke først, at der kun var ført bevis for reel brug af det ældre varemærke for »mælk, fløde og mælkedrikke, hvori mælk er hovedingrediensen«, således at dette varemærke kun kunne betragtes som registreret for disse varer (jf. den anfægtede afgørelses punkt 23-29). Dernæst fastslog appellkammeret, at der forelå lighed mellem »mælk, fløde og mælkedrikke, hvori mælk er hovedingrediensen«, der er omfattet af det ældre ordmærke, og varerne »oste«, der er omfattet af det ansøgte varemærke (den pågældende afgørelses punkt 30). Endvidere fastslog det, at de omhandlede tegn ligner hinanden (jf. den pågældende afgørelses punkt 31-35), og at det var blevet godtgjort, at det ældre ordmærke havde opnået en høj grad af særpræg som følge af dets intensive brug (den pågældende afgørelses præmis 37-39). På baggrund af ovennævnte konstateringer fastslog appellkammeret, at der forelå risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det ældre ordmærke, og dette selv om det antages, at dette sidstnævnte kun har et gennemsnitligt særpræg (den pågældende afgørelses punkt 36-40).

Parternes påstande

- 15 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
- Den anfægtede afgørelse annulleres.
 - Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.
- 16 Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

- 17 Sagsøgeren har påberåbt sig fem anbringender vedrørende for det første tilsidesættelse af sagsøgerens ret til at blive hørt og af appelkammerets skønsbeføjelse, for det andet en af appelkammeret begået fejl vedrørende de varer, der er omfattet af det ældre ordmærke, som der skal tages hensyn til ved undersøgelsen af risiko for forveksling, for det tredje fejl vedrørende bevis for reel brug af det ældre ordmærke, for det fjerde et urigtigt skøn vedrørende det ældre ordmærkes særpræg og for det femte en fejlagtig vurdering af risikoen for forveksling mellem de omhandlede tegn.
- 18 Harmoniseringskontoret og intervenienten har anfægtet samtlige disse anbringender.

Det første anbringende om tilsidesættelse af sagsøgerens ret til at blive hørt og af appelkammerets skønsbeføjelse

- 19 Sagsøgeren har i det væsentlige påberåbt sig to hovedklagepunkter inden for rammerne af det første anbringende. For det første tilsidesatte appelkammeret sagsøgerens ret til at blive hørt, således som den følger af artikel 63, stk. 2, og af artikel 75 og 76 i forordning nr. 207/2009. For det andet tilsidesatte appelkammeret sin egen skønsbeføjelse, således som den fremgår af artikel 4, stk. 2, og artikel 10 i Kommissionens forordning (EF) nr. 216/96 af 5. februar 1996 om fastsættelse af forretningsordenen for appelkamrene ved Harmoniseringskontoret (EFT L 28, s. 11), som ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 2082/2004 af 6. december 2004 (EUT L 360, s. 8), sammenholdt med artikel 63, stk. 2, og artikel 75 og 76 i forordning nr. 207/2009, der fastsætter en ret til at blive hørt. Ifølge sagsøgeren skulle appelkammeret nemlig have opfordret selskabet til at fremsætte sine bemærkninger til det ældre ordmærke i forbindelse med sagen for appelkammeret, eftersom indsigelsesafdelingen kun havde foretaget en sammenligning af det ansøgte varemærke med det første ældre figurmærke.
- 20 Harmoniseringskontoret og intervenienten har anfægtet sagsøgerens argumentation.
- 21 Hvad for det første angår sagsøgerens klagepunkt om, at appelkammeret tilsidesatte sagsøgerens ret til at blive hørt, bemærkes først, at artikel 63, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 bestemmer, at »[u]nder behandlingen af klagen opfordrer appelkammeret om fornødent parterne til inden for en af kammeret fastsat frist at fremkomme med deres bemærkninger til dets meddelelser eller til indlæg fra de øvrige parter«.
- 22 Endvidere bestemmer artikel 75 i forordning nr. 207/2009 følgende:
- »Harmoniseringskontorets afgørelser skal begrundes. De må kun støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om.«
- 23 Ifølge fast retspraksis fastslår artikel 75 i forordning nr. 207/2009 det generelle princip om beskyttelse af retten til forsvar inden for EF-varemærkeretten (jf. analogt Rettens dom af 25.3.2009, sag T-191/07, Anheuser-Busch mod KHIM - Budějovický Budvar (BUDWEISER), Sml. II, s. 691, præmis 33 og 34 og den deri nævnte retspraksis). For så vidt som artikel 63, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 og samme forordnings artikel 76 foreskriver en ret for parterne til at blive hørt i relation til de bemærkninger, faktiske omstændigheder og beviser, som forelægges appelkammeret, fastslår disse to artikler ligeledes det generelle princip om beskyttelse af retten til forsvar inden for EF-varemærkeretten.
- 24 I henhold til dette almindelige EU-retlige princip, der endvidere er fastslået i artikel 41, stk. 2, litra a), i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (EUT 2010 C 83, s. 389), skal adressaterne for offentlige myndigheders afgørelser, der føleligt berører disse adressaters interesser, i rette tid have lejlighed til at fremføre deres synspunkter (jf. BUDWEISER-dommen, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).

- 25 Endvidere følger det i henhold til fast retspraksis af artikel 64, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, at appelkammeret efter at have realitetsbehandlet sagen træffer afgørelse om klagen, og at det herefter bl.a. kan »omgøre den af afdelingen truffede afgørelse«, dvs. i den foreliggende sag selv træffe afgørelse om indsigelsen ved at afvise den eller kende den berettiget for derved at stadfæste eller underkende den afgørelse, der blev truffet fra den afdeling ved Harmoniseringskontoret, som traf afgørelse i første instans. Det følger således af bestemmelsen, at appelkammeret som følge af den klage, som er forelagt det, skal foretage en ny og fuldstændig prøvelse af indsigelsens realitet, såvel retligt som faktisk (jf. BUDWEISER-dommen, præmis 23 ovenfor, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).
- 26 Endvidere bestemmer artikel 76 i forordning nr. 207/2009 følgende:
- »1. Under sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret prøver dette ex officio de faktiske omstændigheder; i sager vedrørende relative registreringshindringer begrænser Harmoniseringskontoret sig imidlertid til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger.
2. Harmoniseringskontoret kan se bort fra kendsgerninger og beviser, som ikke er påberåbt eller fremført rettidigt af de pågældende parter.«
- 27 I det foreliggende tilfælde skal det for det første fastslås, at det hverken fremgår af de bestemmelser, som sagsøgeren har påberåbt sig, eller af retspraksis, at appelkammeret har pligt til at anmode parterne om at fremsætte bemærkninger til, om der foreligger risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og et af de ældre varemærker, når appelkammeret, som det er tilfældet i det foreliggende tilfælde, støtter sin undersøgelse af risiko for forveksling på et ældre varemærke, som indsigelsesafdelingen ikke har taget hensyn til, men som var blevet påberåbt til støtte for den pågældende indsigelse. Det er i denne forbindelse hverken bestridt, at intervenienten ved indsigelsesskrivelse af 9. januar 2007 bl.a. påberåbte sig det ældre ordmærke til støtte for sin indsigelse, eller at intervenienten i begrundelserne til støtte for den indsigelsesskrivelse, der blev indleveret den 19. juni 2007, udtrykkeligt nævnte risikoen for forveksling mellem det ansøgte varemærke og bl.a. det ældre ordmærke.
- 28 For det andet skal det fastslås, at sagsøgeren såvel for indsigelsesafdelingen som for appelkammeret havde faktisk mulighed for at gøre sine argumenter gældende med hensyn til, at der ikke forelå risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og bl.a. det ældre varemærke, men at sagsøgeren valgte ikke at fremføre argumenter i denne henseende for appelkammeret. Det er nemlig ubestridt, at sagsøgeren ved skrivelse af 22. december 2009 i forbindelse med den klage, sagsøgeren indgav over indsigelsesafdelingens afgørelse, fremførte argumenter, der tilsigtede at anfægte, at der forelå risiko for forveksling udelukkende mellem det ansøgte varemærke og det første ældre figurmærke og ikke mellem det ansøgte varemærke og det ældre ordmærke. For så vidt som indsigelsen var støttet på bl.a. det ældre ordmærke, og appelkammeret i henhold til artikel 64, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 havde beføjelse til at foretage en undersøgelse af risikoen for forveksling mellem alene dette ældre varemærke og det ansøgte varemærke, tilkom det i overensstemmelse med artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 sagsøgeren i forbindelse med klagen for appelkammeret at fremsætte sine bemærkninger til det ældre ordmærke, såfremt selskabet ønskede, at appelkammeret skulle foretage en vurdering af disse i den anfægtede afgørelse. Sagsøgeren kan således ikke med rette gøre gældende, at det ikke kunne forudse, at appelkammeret ville støtte sin undersøgelse af risikoen for forveksling på det ældre ordmærke.
- 29 Det fremgår af betragtningerne i præmis 27 og 28 ovenfor, at appelkammeret ikke tilsidesatte sagsøgerens ret til at blive hørt ved ikke udtrykkeligt at opfordre selskabet til at fremsætte sine bemærkninger til det ældre ordmærke.

30 For så vidt som sagsøgeren ikke fremførte argumenter i forbindelse med sin klage over indsigelsesafdelingens afgørelse med hensyn til, at der forelå risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det ældre ordmærke, kan sagsøgeren ikke med rette kritisere det forhold, at appelkammeret ikke udtrykkeligt tog stilling til disse argumenter i den anfægtede afgørelse. Selv om appelkammeret skal foretage en ny og fuldstændig prøvelse af indsigelsens realitet, fremgår det nemlig derimod af artikel 76 i forordning nr. 207/2009, hvis indhold er anført i præmis 26 ovenfor, at appelkammeret kun har pligt til at prøve de kendsgerninger, beviser og argumenter, der fremføres for appelkammeret. I modsat fald ville appelkammeret skulle udtale sig om kendsgerninger, beviser og argumenter, som sagsøgeren ikke ønsker at påberåbe sig på dette tidspunkt i proceduren.

31 Det følger af ovenstående betragtninger (præmis 27-30 ovenfor), at sagsøgerens første klagepunkt må forkastes som grundløst.

32 Hvad for det andet angår sagsøgerens klagepunkt om, at appelkammeret tilsidesatte sin skønsbeføjelse, for så vidt som det havde pligt til at underrette sagsøgeren om, at det i forbindelse med undersøgelsen af risiko for forveksling havde til hensigt at erstatte det første ældre figurmærke med det ældre ordmærke, skal det for så vidt angår de retsregler, som sagsøgeren påstår tilsidesat, og som er anført i præmis 19 ovenfor, fastslås, at artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 216/96 bestemmer følgende:

»Referenten [i hvert af Harmoniseringskontorets appelkamre] foretager en indledende undersøgelse af klagesagen. Han kan udfærdige meddelelser til sagens parter efter instruks fra formanden for appelkammeret. Referenten underskriver disse meddelelser på appelkammerets vegne.«

33 For det andet bestemmer artikel 10 i forordning nr. 216/96, at »[s]åfremt et appelkammer finder det ønskeligt at meddele sagens parter, hvordan appelkammeret kan tænkes at vurdere visse retlige eller tekniske spørgsmål, skal meddelelsen udformes således, at den ikke indebærer, at den på nogen måde er bindende for appelkammeret«.

34 Det skal således fastslås, at i modsætning til, hvad sagsøgeren har påstået, er der ikke i henhold til de to bestemmelser i forordning nr. 216/96, der er henvist til i præmis 32 og 33 ovenfor, og som sagsøgeren har hævdet skal sammenholdes med artikel 63, stk. 2, og artikel 75 og 76 i forordning nr. 207/2009, der fastsætter en ret til at blive hørt, for appelkammeret pligt til at underrette parterne om, at appelkammeret har til hensigt at tage hensyn til et eller alle de ældre varemærker, der er genstand for indsigelsen i forbindelse med dets undersøgelse af risikoen for forveksling.

35 Følgelig skal sagsøgerens andet klagepunkt og det første anbringende i sin helhed forkastes som grundløst.

Det andet anbringende om en fejl vedrørende de varer, der er omfattet af det ældre ordmærke, som der skal tages hensyn til i forbindelse med undersøgelsen af risikoen for forveksling

36 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at appelkammeret tilsidesatte artikel 41, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, sammenholdt med regel 15, stk. 2, litra f), i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1), som ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1041/2005 af 29. juni 2005 (EUT L 172, s. 4). I denne forbindelse har sagsøgeren i det væsentlige gjort gældende, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 29 kun skulle have taget hensyn til »frisk mælk, kondenseret mælk, tømælk, ost, smør, yoghurt, kefir og andre produkter, der er afledt af mælk«, som er omfattet af det ældre ordmærke, for så vidt som det alene var disse varer, som var blevet identificeret i den indsigelsesskrivelse, der blev indleveret inden for den lovmæssige frist på tre måneder efter offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen.

37 Harmoniseringskontoret og intervenienten har anfægtet sagsøgerens argumentation.

38 Der skal for det første redegøres for de vigtigste regler vedrørende indgivelse af indsigelser, dernæst for det andet skal den nøjagtige rækkevidde af den indsigelse, som intervenienten har rejst, fastlægges med henblik på for det tredje at fastslå, om appelkammeret i det foreliggende tilfælde var berettiget til i forbindelse med undersøgelsen af risikoen for forveksling mellem de omhandlede varemærker, at tage hensyn til alle de varer, der er omfattet af det ældre ordmærke, eller om det kun skulle have taget hensyn til en del af dem.

39 For det første skal det bemærkes, at artikel 41, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 bestemmer, at »[i] indtil tre måneder efter bekendtgørelsen af EF-varemærkeansøgningen kan der, under henvisning til at varemærket bør udelukkes fra registrering i henhold til [samme forordnings] artikel 8, rejses indsigelse mod varemærkets registrering«.

40 Dernæst er artikel 41, stk. 3, i forordning nr. 207/2009 affattet som følger:

»Indsigelsen skal fremsættes skriftligt og skal begrundes. [...] Inden for en frist, der fastsættes af Harmoniseringskontoret, kan indsigeren fremlægge kendsgerninger, beviser og argumenter til støtte for sin indsigelse.«

41 Endvidere bestemmer regel 15, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 følgende:

»Indsigelsesskrivelsen skal indeholde:

[...]

b) en klar identifikation af det ældre varemærke eller den ældre rettighed, som indsigelsen er baseret på, dvs.:

i) hvis indsigelsen er baseret på et ældre varemærke som omhandlet i [...] artikel 8, stk. 2, litra a) eller b), [i forordning nr. 207/2009] [...] en angivelse af det ældre varemærkes journalnummer eller registreringsnummer, en angivelse af, om det ældre varemærke er registreret, eller en anmodning om registrering samt en angivelse af de medlemsstater, herunder eventuelt Benelux-landene, i eller for hvilke det ældre varemærke er beskyttet, eller i så fald en angivelse af, at der er tale om et EF-varemærke

[...]

f) de varer og tjenesteydelser, som indsigelsen er rettet imod

[...]«

42 Endvidere bestemmer regel 17, stk. 4, i forordning nr. 2868/95 følgende:

»Er indsigelsesskrivelsen ikke i overensstemmelse med de øvrige bestemmelser i regel 15 [i forordning nr. 2868/95], meddeler [Harmoniseringskontoret] den indsigende part dette og opfordrer vedkommende til at afhjælpe de konstaterede mangler inden for en frist på to måneder. Afhjælpes manglerne ikke inden for fristen, afviser [Harmoniseringskontoret] indsigelsen.«

43 Endvidere følger det af regel 18, stk. 1, i forordning nr. 2868/95, at »[k]onstateres det, at indsigelsen kan antages, jf. [forordningens] regel 17, sender [Harmoniseringskontoret] parterne en meddelelse, hvori de informeres om, at indsigelsesproceduren anses for at påbegynde to måneder efter, at meddelelsen er modtaget«.

44 Endelig bestemmer regel 19 i forordning nr. 2868/95 vedrørende »Dokumentation for indsigelsen« følgende:

»1. [Harmoniseringskontoret] giver den indsigende part mulighed for – inden for en af [Harmoniserings]kontoret fastsat frist, som skal være på mindst to måneder fra den dato, hvor indsigelsesproceduren anses for påbegyndt, jf. [forordningens] regel 18, stk. 1 – at forelægge oplysninger, beviser og argumenter til støtte for sin indsigelse eller til at supplere de oplysninger, beviser eller argumenter, der allerede er indgivet, jf. regel 15, stk. 3.

2. Den indsigende part skal inden for den i stk. 1 fastsatte frist også indgive dokumentation for sit ældre varemærkes eller sin ældre rettigheds eksistens, gyldighed og beskyttelsesomfang samt beviser for sin ret til at gøre indsigelse. Den indsigende part skal navnlig forelægge følgende beviser:

a) hvis indsigelsen støttes på et varemærke, som ikke er et EF-varemærke, bevis for ansøgning om eller registrering af varemærket ved at indgive:

[...]

ii) hvis varemærket er registreret, en kopi af det pågældende registreringsbevis og i påkommende tilfælde af det seneste fornyelsesbevis, hvoraf det fremgår, at beskyttelsestiden for varemærket rækker ud over den i stk. 1 nævnte frist, med angivelse af eventuelle forlængelser heraf, eller tilsvarende dokumenter fra den administration, ved hvilken varemærket er registreret

[...]«

45 For det andet må rækkevidden af den indsigelse, som intervenienten har rejst i det foreliggende tilfælde, fastlægges.

46 For det første er det ubestridt, at intervenienten ved indsigelsesskrivelse indleveret den 9. januar 2007 anførte, at indsigelsen var støttet på »alle varer og tjenesteydelser, der er omfattet af [det ældre ordmærke]«.

47 For det andet fremlagde intervenienten til støtte for sin indsigelsesskrivelse af 9. januar 2007 et certifikat (herefter »det første certifikat«) fra Oficina Española de Patentes y Marcas (det spanske patent- og varemærkekontor) af 4. juni 2004, hvori var anført, at det ældre ordmærke var blevet indleveret den 30. marts 1944 for varer i klasse 29, der svarede til følgende beskrivelse: »frisk mælk, kondenseret mælk, tømælk, ost, smør, yoghurt, kefir og andre produkter, der er afledt af mælk«.

48 For det tredje fremgår det af skrivelsen af 19. februar 2007, som Harmoniseringskontoret tilstillede intervenienten, at Harmoniseringskontoret opfordrede intervenienten til inden for en frist på fire måneder, indtil den 20. juni 2007, at fremlægge eller supplere alle faktiske omstændigheder, beviser og argumenter til støtte for indsigelsen og godtgøre eksistensen og gyldigheden af de ældre varemærker, som indsigelsen støttedes på.

49 For det fjerde fremlagde intervenienten ved skrivelse af 18. juni 2007, der blev fremsendt til Harmoniseringskontoret som svar på den skrivelse, der er nævnt i præmis 48 ovenfor, en fotokopi af et registreringscertifikat for det ældre ordmærke. Dette certifikat (herefter »det andet certifikat«) fra Oficina Española de Patentes y Marcas af 28. marts 2007 anfører, at dette varemærke, der blev registreret den 30. marts 1944 omfatter varer i klasse 29, som svarer til følgende beskrivelse: »frisk mælk, kondenseret mælk, tømælk, ost, smør, yoghurt, kefir og andre produkter, der er afledt af mælk«. Det præciserer ligeledes, at med virkning fra den 8. september 1995 blev registreringen udvidet til varer, der svarer til følgende beskrivelse: »animalske fødevarer, spiselige olier og spisefedt;

tørrede grønsager og andre grønsager til forbrug eller konserveret; gele og marmelade; kød, fjerkræ og vildt; æg; salatdressinger; mælkedrikke, hvori mælk er hovedingrediensen; med udtrykkelig undtagelse af fisk og konserverede produkter fra havet«.

- 50 Det fremgår således af konstateringerne i præmis 46-49 ovenfor først og fremmest, at intervenienten rejste sin indsigelse inden for fristen på tre måneder efter offentliggørelsen af ansøgningen om registrering af det varemærke, der blev ansøgt om, i *EF-varemærketidende*. Dernæst, mens det i denne indsigelsesskrivelse var anført, at indsigelsen var støttet på »alle de varer, der er omfattet« af det ældre ordmærke opregnede det første certifikat imidlertid kun en del af de varer, der er omfattet af det pågældende varemærke. Endelig fremlagde sagsøgeren inden for den frist, som Harmoniseringskontoret havde opstillet til at supplere sagsøgerens indsigelse, det andet certifikat, som opregnede alle de varer, der var omfattet af varemærket.
- 51 For det tredje bemærkes på baggrund dels af de regler, der er anført i præmis 39-44 ovenfor, dels af de konstateringer, der er foretaget i præmis 50 ovenfor, at appelkammeret ikke begik nogen fejl ved at tage hensyn til samtlige de varer, der er omfattet af det ældre varemærke i forbindelse med undersøgelsen af risikoen for forveksling.
- 52 For det første var det nemlig i overensstemmelse med artikel 41, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, at intervenienten rejste sin indsigelse den 9. januar 2007, dvs. inden for en frist på tre måneder efter offentliggørelsen af det ansøgte varemærke i *EF-varemærketidende* den 16. oktober 2006 (jf. præmis 4 ovenfor), under udtrykkelig påberåbelse af det ældre ordmærke.
- 53 For det andet og på den ene side fremgår det ligeledes af intervenientens indsigelsesskrivelse, at intervenienten i overensstemmelse med regel 15, stk. 2, litra b), nr. i), i forordning nr. 2868/95 klart identificerede det ældre ordmærke som et af de varemærker, som indsigelsen blev støttet på. På den anden side var det i overensstemmelse med regel 15, stk. 2, litra f), i forordning nr. 2868/95, at intervenienten anførte, at der skulle tages hensyn til »alle de varer«, der var omfattet af det ældre ordmærke, i forbindelse med indsigelsen. Selv om det ganske vist er beklageligt, at intervenienten i modsætning til, hvad denne har hævdet, og som Harmoniseringskontorets sagsakter viser, vedlagde det første certifikat, som kun betegnede en del af de varer, der er beskyttet af det ældre ordmærke, forholder det sig ikke desto mindre således, at dette ikke ændrer ved den konstatering, at det udtrykkeligt fremgår af indsigelsesskrivelsen, at intervenienten påberåbte sig samtlige de varer, der er beskyttet af det pågældende varemærke, til støtte for sin indsigelse.
- 54 For det tredje, på baggrund af den modsigelse, der foreligger mellem på den ene side den indsigelsesskrivelse, hvori det anføres, at den pågældende indsigelse er støttet på samtlige de varer, der er omfattet af det ældre ordmærke, og på den anden side det første certifikat, der alene henviser til en del af de pågældende varer, anmodede Harmoniseringskontoret i overensstemmelse med regel 19, stk. 1 og 2, litra a), nr. i), i forordning nr. 2868/95 intervenienten om for Harmoniseringskontoret at fremlægge et andet certifikat, der kunne godtgøre, at det ældre ordmærke eksisterede samt rækkevidden af det pågældende varemærkes beskyttelse, hvilket intervenienten gjorde ved at fremlægge det andet certifikat, som på udtømmende vis opregnede alle de varer og tjenesteydelser, som intervenienten havde anført at ville støtte sin indsigelse på.
- 55 Intervenienten udvidede således ikke i modsætning til, hvad sagsøgeren har hævdet, retsstridigt indsigelsens rækkevidde efter udløbet af fristen på tre måneder, men supplerede sin indsigelse ved at fremlægge det andet certifikat, som indeholdt den præcise liste over samtlige de varer, der er omfattet af det ældre varemærke.
- 56 Under disse omstændigheder må det andet anbringende forkastes som grundløst.

Det tredje anbringende om fejl i forbindelse med bevis for reel brug af det ældre ordmærke

- 57 Sagsøgeren har gjort gældende, at appelkammeret begik nogle fejl vedrørende beviset for reel brug af det ældre ordmærke, og at det af denne grund tilsidesatte artikel 15 og artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009.
- 58 Harmoniseringskontoret og intervenienten har anfægtet sagsøgerens argumentation.
- 59 Det bemærkes først, at beskyttelsen af et ældre varemærke, som det følger af tiende betragtning til forordning nr. 207/2009, kun er berettiget, i det omfang det rent faktisk bruges. I overensstemmelse med denne betragtning bestemmer artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009, at den, der ansøger om et EF-varemærke, kan begære, at det bevises, at der er gjort reel brug af det ældre varemærke på det område, hvor det er beskyttet, inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af den EF-varemærkeansøgning, som der er rejst indsigelse imod.
- 60 I medfør af regel 22, stk. 3, i forordning nr. 2868/95 skal det af beviset for reel brug fremgå, hvor, hvornår samt i hvilket omfang og i hvilken form det ældre varemærke er blevet brugt.
- 61 Endvidere følger det af artikel 15, stk. 1, litra a), sammenholdt med artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009, at beviset for reel brug af et ældre nationalt varemærke eller et ældre EF-varemærke, hvorpå en indsigelse mod en EF-varemærkeansøgning er støttet, også omfatter beviset for brugen af det ældre varemærke i en form, der kun ved enkeltheder, som ikke forandrer dette varemærkes særpræg, afviger fra den form, hvorunder det er registreret (jf. i denne retning Rettens dom af 8.12.2005, Castellblanch mod KHIM - Champagne Roederer (CRISTAL CASTELLBLANCH), Sml. II, s. 5309, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis).
- 62 Retten finder det hensigtsmæssigt at behandle de to klagepunkter, som sagsøgeren har rejst, ved at indlede med det andet klagepunkt.
- 63 For det første har sagsøgeren inden for rammerne af sit andet klagepunkt gjort gældende, at de beviser for reel brug, som intervenienten har fremlagt for Harmoniseringskontoret, vedrørte de ældre figurmærker, der er omhandlet i præmis 6 ovenfor, og navnlig det første ældre figurmærke og ikke det ældre ordmærke. I denne forbindelse har sagsøgeren gjort gældende, at intervenienten i henhold til Domstolens dom af 13. september 2007, Il Ponte Finanziaria mod KHIM (sag C-234/06 P, Sml. I, s. 7333), ikke kunne godtgøre, at der forelå reel brug, ved at støtte sig på dokumenter, der gengiver det første ældre figurmærke.
- 64 I den anfægtede afgørelse bemærkede appelkammeret i det væsentlige for det første i den pågældende afgørelses punkt 26, at intervenienten havde fremlagt fakturaer, som denne havde tilstillet spanske supermarkeder, på et beløb på adskillige tusinde euro for hver enkelt i den relevante periode, som løb fra oktober 2001 til oktober 2006, og at ordbestandsdelen RAM fremgik af disse fakturaer såvel i hovedet som i beskrivelsen af de solgte varer, dvs. mælk, fløde og mælkedrikke, samt disses mængde og pris. For det andet anførte appelkammeret i den pågældende afgørelses punkt 27, at det ældre ordmærke ligeledes fremgik af forskellige dokumenter, som intervenienten havde fremlagt, såsom reklame- og emballagefotos af nogle af de varer, der er omfattet af det pågældende varemærke.
- 65 Endvidere fastslog appelkammeret for så vidt angår de fakturaer, der er nævnt i den foregående præmis, at den omstændighed, at det ældre ordmærke var trykt i blå på en gul halvcirkel i overensstemmelse med artikel 15, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, ikke forandrede dets særpræg, henset til, at der var tale om grundlæggende grafiske elementer, der generelt anvendes i handelen.

- 66 I det foreliggende tilfælde må det, som appelkammeret med rette fastslog i den anfægtede afgørelses punkt 26 og 27, for det første fastslås, at det meget store antal fakturaer, som intervenienten har fremlagt, og hvori de forskellige solgte varer specifikt identificeres af det ældre ordmærke, dækker hele den relevante periode på fem år, der ligger forud for offentliggørelsen af ansøgningen om registrering af det ansøgte varemærke, hvilket sagsøgeren ikke har bestridt. For det andet suppleres disse fakturaer af flere fotografier af reklamer og emballage, hvorpå er anbragt ikke blot det første ældre figurmærke, men også det ældre ordmærke.
- 67 På denne baggrund må det fastslås, at de dokumenter, der er nævnt i præmis 66 ovenfor, gjorde det muligt for appelkammeret med rette at fastslå, at der forelå reel brug af det ældre ordmærke.
- 68 For så vidt som sagsøgeren i det væsentlige har gjort gældende, at appelkammeret i overensstemmelse med fast retspraksis ikke kunne støtte sig på dokumenter, der godtgjorde reel brug af det første ældre figurmærke, med henblik på at godtgøre brug af det ældre ordmærke på grund af manglende betydelige forskelle mellem de to varemærker, må et sådant argument forkastes som irrelevant. Selv om det lægges til grund, at appelkammeret begik en fejl ved at foretage den konklusion, der er anført i præmis 65 ovenfor i forbindelse med undersøgelsen af den reelle brug af det ældre ordmærke, har dette ingen indvirkning på den konklusion, der er foretaget i den foregående præmis, om, at beviserne for brug af det ældre ordmærke var tilstrækkelige til at konkludere, at brugen af det pågældende varemærke havde været reel.
- 69 For det andet har sagsøgeren inden for rammerne af sit første klagepunkt gjort gældende, at der kun blev ført bevis for reel brug af det ældre ordmærke for »uht-behandlet mælk og konserverede mælkedrikke«. Appelkammeret fastslog i den anfægtede afgørelses punkt 29 således med urette, at intervenienten havde ført bevis for reel brug af det ældre ordmærke for »mælk, fløde, mælkedrikke, hvori mælk er hovedingrediensen«, og ikke for de øvrige varer, der er omfattet af det ældre ordmærke.
- 70 I den forbindelse bemærkes, at fakturaerne og de reklame- og emballagefotos, der er beskrevet i præmis 64 ovenfor, specifikt henviser til salg af forskellige typer mælk såsom sødmælk, letmælk og skummetmælk samt fløde og mælkedrikke, såsom chokolademælkedrikke.
- 71 Selv om det, som sagsøgeren i det væsentlige har anført, for det første er korrekt, at ingen af de dokumenter, som intervenienten har fremlagt, godtgør, at det ældre ordmærke er blevet brugt for den kategori af varer, som kan betegnes som »frisk mælk«, forholder det sig, som Harmoniseringskontoret har gjort gældende, ikke desto mindre således, at specifikationen af »frisk mælk« for så vidt angår det ældre ordmærke skal forstås som en henvisning til flydende mælk, eftersom denne form for mælk supplerer listen med andre former for mælk, såsom »kondenseret mælk« og »tørmælk«, der er omfattet af det pågældende varemærke. Dernæst skal det fastslås, at sagsøgeren ikke har ført bevis for, at »frisk mælk« udgør en kategori af mælk, der er af en anden type end sødmælk, letmælk og skummetmælk. Endelig og under alle omstændigheder falder sødmælk, letmælk og skummetmælk, som intervenienten med rette har gjort gældende, ind under kategorien »mælkedrikke, hvori mælk er hovedingrediensen«, der i det væsentlige svarer til »mælk«, som tilsættes andre ingredienser. Sagsøgerens argumenter om, at intervenienten ikke førte bevis for brug af det ældre ordmærke for »mælk« eller »frisk mælk«, må således forkastes som grundløse.
- 72 Hvad for det andet angår sagsøgerens argument om, at intervenienten alene førte begrænset bevis for brug af det ældre ordmærke for »fløde« uden i indsigelsesskrivelsen at nævne, at den pågældende vare svarede til »produkter, der er afledt af mælk«, bemærkes dels, at der i de fakturaer, som intervenienten har fremlagt, og som er nævnt i præmis 64 ovenfor, henvises til adskillige salg af »fløde« i den omhandlede periode. Dels er det ikke bestridt af sagsøgeren, at »fløde« svarer til »produkter, der er afledt af mælk«. På denne baggrund må sagsøgerens argument i denne henseende forkastes som grundløst.

- 73 Hvad for det tredje angår sagsøgerens argument om, at der ikke kunne tages hensyn til »mælkedrikke, hvori mælk er hovedingrediensen«, for så vidt som de ikke var omfattet af indsigelsen, må dette argument forkastes som grundløst. Dels påberåbte intervenienten sig nemlig, som det blev fastslået i præmis 51-55 ovenfor, samtlige de varer, der er beskyttet af det pågældende varemærke til støtte for sin indsigelse, herunder »mælkedrikke, hvori mælk er hovedingrediensen«. Dels bemærkes, at sagsøgeren ikke har bestridt, at intervenienten førte bevis for reel brug af det ældre ordmærke for disse sidstnævnte varer.
- 74 På denne baggrund må sagsøgerens første klagepunkt forkastes som værende grundløst, og det tredje anbringende må forkastes som værende delvist grundløst og delvist irrelevant.

Det fjerde og femte anbringende om henholdsvis en skønsmæssig fejl vedrørende det ældre ordmærkes særpræg og fejl i sammenligningen af de omhandlede tegn

- 75 Sagsøgeren har inden for rammerne af det fjerde anbringende gjort gældende, at appelkammeret tilsidesatte artikel 76 i forordning nr. 207/2009 samt regel 19, stk. 1 og 3, og regel 50, stk. 1, i forordning nr. 2868/95. Sagsøgeren er i det væsentlige af den opfattelse, at appelkammeret med urette tog hensyn til en høj grad af særpræg ved det ældre ordmærke, selv om intervenienten hverken fremførte argumenter eller beviser i denne henseende inden for de fastsatte frister.
- 76 Sagsøgeren har inden for rammerne af det femte anbringende gjort gældende, at appelkammeret tilsidesatte artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009. I denne forbindelse har sagsøgeren anført, at der ikke foreligger risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det ældre ordmærke. Først og fremmest foreligger der kun en meget svag lighed mellem mælk og ost. Endvidere har de omhandlede tegn ikke lighed, navnlig fordi trykket i det ansøgte varemærke ikke ligger på anden stavelse. Dernæst skulle appelkammeret ikke have taget hensyn til en høj grad af særpræg, navnlig som følge af, at appelkammerets undersøgelse var begrænset af indsigelsens rækkevidde, som denne var fastlagt af intervenienten. Endelig foretog appelkammeret en fejlagtig bedømmelse af risikoen for forveksling mellem de omhandlede varemærker, navnlig som følge af, at tegnet BELLRAM kun er sammensat af et enkelt ord, og som følge af nyhedskaracteren af ordet »bellram«.
- 77 Harmoniseringskontoret og intervenienten har anfægtet disse to argumenter.
- 78 Det skal indledningsvis bemærkes, at selv om der skal tages hensyn til det ældre varemærkes særpræg for at bedømme risikoen for forveksling, er det kun et blandt flere momenter, der skal tages i betragtning ved denne bedømmelse (jf. i denne retning Rettens dom af 31.1.2012, sag T-378/09, Spar mod KHIM – Spa Group Europe (SPA GROUP), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis). Der skal derfor foretages en undersøgelse af de argumenter, som sagsøgeren har fremført inden for rammerne af det fjerde anbringende samtidigt med de argumenter, som sagsøgeren har fremført inden for rammerne af det femte anbringende, hvorved sagsøgeren i det væsentlige gør gældende, at der ikke foreligger risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det ældre ordmærke.
- 79 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.
- 80 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).

- 81 Ved anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 kræves det, 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, Commercio mod KHIM - easyGroup IP Licensing (easyHotel), Sml. II, s. 43, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).
- 82 I forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling skal der ifølge fast retspraksis tages hensyn til gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer, som er almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Der må også tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugers opmærksomhedsniveau kan variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om (jf. Rettens dom af 13.2.2007, sag T-256/04, Mundipharma mod KHIM - Altana Pharma (RESPICUR), Sml. II, s. 449, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).
- 83 Hvad endelig angår en hensyntagen til et varemærkes særpræg i forbindelse med en undersøgelse af helhedsvurderingen af risikoen for forveksling bemærkes, at selv når der foreligger et ældre varemærke, der har et svagt særpræg, kan der foreligge risiko for forveksling, navnlig som følge af en lighed mellem tegnene og en lighed mellem de omfattede varer eller tjenesteydelser (jf. i denne retning SPA GROUP-dommen, præmis 78 ovenfor, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis).
- 84 I det foreliggende tilfælde skal det først bemærkes, at risikoen for forveksling mellem de omhandlede varemærker skal bedømmes på grundlag af den spanske gennemsnitsforbruger. Som appelkammeret med rette anførte i den anfægtede afgørelses punkt 22, uden at sagsøgeren har bestridt dette, henvender de omhandlede varer sig nemlig for det første til endelige forbrugere i den brede offentlighed, og for det andet er det ældre ordmærke blevet registreret i Spanien.

Sammenligningen af de varer, der er omfattet af de omhandlede varemærker

- 85 Sagsøgeren har anfægtet appelkammerets bedømmelse, der er anført i den anfægtede afgørelses punkt 30, hvorefter »mælk, fløde og mælkedrikke, hvori mælk er hovedingrediensen«, der er omfattet af det ældre ordmærke, har stærk lighed med »oste«, som er omfattet af det ansøgte varemærke. Ifølge sagsøgeren foreligger der ikke lighed mellem de varer, der er omfattet af de omhandlede varemærker, eller også er ligheden svag.
- 86 Det følger af fast retspraksis, at der ved vurderingen af ligheden mellem varer eller tjenesteydelser skal tages hensyn til alle 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 supplerer hinanden. 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 Corte Inglés mod KHIM - Bolaños Sabri (PiraÑAM diseño original Juan Bolaños), Sml. II, s. 2579, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).
- 87 I det foreliggende tilfælde skal det, som appelkammeret med rette anførte i den anfægtede afgørelses præmis 30, for det første fastslås, at »oste«, der er omfattet af det ansøgte varemærke, er levnedsmidler, der fremstilles udelukkende eller næsten udelukkende på grundlag af »mælk«, hvilken vare er en del af de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke. I modsætning til, hvad

sagsøgeren har hævdet, er de varer, der er omfattet af de pågældende tegn, derfor ikke meget forskellige som følge af deres karakter, men har tværtimod en vis lighed. Denne lighed bekræftes, som Harmoniseringskontoret med rette har gjort gældende, af den omstændighed, at »mælk« og »oste« kan opfattes som konkurrerende eller substituerbare af en forbruger, der ønsker en calciumrig diæt. Sagsøgerens argumenter om, at de omhandlede varer har et forskellig ernæringsmæssigt formål og forskellig smag, afkræfter ikke denne konstatering.

- 88 For det andet, selv om det, som sagsøgeren har hævdet, var utvivlsomt, at betydende spanske osteproducenter ikke fremstiller mælk, kan dette, som Harmoniseringskontoret med rette har anført, imidlertid ikke udelukke, at dette forhold kan være ukendt for den spanske gennemsnitsforbruger. Denne sidstnævnte kan nemlig tænkes at tro, at ostene og mælken stammer fra de samme virksomheder, henset til den omstændighed, at oste udelukkende eller næsten udelukkende fremstilles på grundlag af mælk.
- 89 For det tredje er det ikke bestridt af sagsøgeren, at de omhandlede varer, som Harmoniseringskontoret har anført, har samme distributionsnet, dvs. navnlig supermarkeder, og at de, som appelkammeret anførte i den anfægtede afgørelses punkt 30, sælges i samme afdeling for mejeriprodukter i de pågældende supermarkeder.
- 90 På baggrund af betragtningerne i præmis 87-89 ovenfor, må det fastslås, at appelkammeret ikke udøvede et urigtigt skøn ved at fastslå, at de omhandlede varer havde stor lighed. Sagsøgerens argumentation i denne henseende skal således forkastes som grundløst.

Sammenligningen af de omhandlede tegn

- 91 Sagsøgeren har gjort gældende, at der enten ikke foreligger lighed mellem de omhandlede tegn, eller at der foreligger en svag lighed mellem dem.
- 92 Ifølge fast retspraksis 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. Domstolens dom af 12.6.2007, sag C-334/05, KHIM mod Shaker, Sml. I, s. 4529, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).
- 93 For det første fastslog appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 33, at de omhandlede tegn bedømt i deres helhed på det visuelle plan havde lighed. I denne forbindelse fastslog appelkammeret i det væsentlige, at selv om de to omtvistede varemærker har forskellige længder som følge af det ansøgte varemærkes første fire bogstaver »b« »e«, »l« og »l«, forholder det sig ikke desto mindre således, at selv om dette sidstnævnte opfattes som en helhed, er det lidet sandsynligt, at forbrugerne negligerer den omstændighed, at de to varemærker har de tre bogstaver »r«, »a« og »m«, som repræsenterer tæt ved halvdelen af det tegn, der er ansøgt registreret, til fælles.
- 94 Sagsøgeren har anfægtet denne bedømmelse ved at gøre gældende, at det er meget lidt sandsynligt, at forbrugerne bemærker et sammenfald mellem de tre sidste bogstaver »r«, »a« og »m« i det ansøgte varemærke og i det ældre ordmærke, eftersom det følger af fast retspraksis, at varemærker, der består af et enkelt ord, opfattes som en helhed og ikke som bestående af forskellige bestanddele.
- 95 I det foreliggende tilfælde skal det fastslås, at der foreligger visuelle forskelle mellem det ansøgte varemærke og det ældre ordmærke som følge af, at det ansøgte varemærke indeholder syv bogstaver, mens det ældre ordmærke kun består af tre bogstaver, og at det ansøgte varemærkes første fire

bogstaver er andre bogstaver end de bogstaver, som det ældre ordmærke består af. Disse forskelle er imidlertid ikke tilstrækkelige til at fjerne det indtryk hos den relevante forbruger, at disse varemærker bedømt i deres helhed har lighed på det visuelle plan, henset til deres ligheder. For det første, og som appelkammeret anførte, skaber den omstændighed, at en af de to stavelser, som det ansøgte varemærke består af, er identisk med den eneste stavelse, som det første ældre ordmærke består af, et indtryk af lighed mellem de pågældende varemærker. For det andet og i modsætning til, hvad sagsøgeren har hævdet, rejser den omstændighed, at det ansøgte varemærke opfattes som en helhed, ikke tvivl om den lighed, der består mellem de omhandlede varemærker som følge af, at det ældre ordmærke er fuldt ud indeholdt i det ansøgte varemærke. For det tredje mindskes denne lighed ikke, i modsætning til, hvad sagsøgeren har hævdet, af den omstændighed, at den stavelse, der er fælles for disse to varemærker, nemlig »ram«, kun udgør den anden stavelse i det ansøgte varemærke, selv om det fremgår af fast retspraksis, at forbrugerne normalt tillægger den første del af tegn størst betydning. Det ord, som det ældre ordmærke består af, »ram«, og det ord, som det ansøgte varemærke består af, »bellram«, som har en længde på henholdsvis tre og syv bogstaver, er i disse to tilfælde korte tegn. På denne baggrund kan identiteten i de to omhandlede varemærker af stavelsen »ram« vække og fastholde navnlig opmærksomheden hos den relevante forbruger.

- 96 Følgelig må sagsøgerens argumenter i denne henseende for det første forkastes som grundløse, og for det andet må det i lighed med, hvad appelkammeret konkluderede, fastslås, at det ansøgte varemærke og det ældre ordmærke bedømt som helhed på det visuelle plan har lighed.
- 97 For det andet og på det fonetiske plan fastslog appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 34, at de omhandlede varemærker bedømt som helhed havde lighed. For det første udtales det ansøgte varemærke i to stavelser. For det andet ligger trykket i henhold til de spanske udtaleregler på anden stavelse, som er identisk med den eneste stavelse, som det ældre ordmærke består af. Endvidere starter denne anden stavelse med bogstavet »r«, som på spansk er en meget stærk og distinkt lyd.
- 98 Sagsøgeren har anfægtet appelkammerets bedømmelse. Det er på baggrund af de spanske udtaleregler fejlagtigt at lægge til grund, at trykket på et ord nødvendigvis ligger på den sidste stavelse. I denne forbindelse afhænger trykket i udtalen af betoningen, og visse ord med adskillige stavelser har ingen betoning. Dernæst er der ikke noget tryk på bogstavet »r«.
- 99 Det bemærkes, i lighed med, hvad appelkammeret har gjort gældende, først og fremmest, at det ansøgte varemærke omfatter en stavelse mere end det ældre ordmærke, og at den første af de to stavelser, som det ansøgte varemærke består af, er en anden end den, som det ældre ordmærke består af. Disse forskelle er imidlertid ikke tilstrækkelige til hos den relevante forbruger at fjerne det indtryk, at disse varemærker bedømt i deres helhed har lighed på det fonetiske plan, henset til deres ligheder. For det første består de pågældende varemærker nemlig af en identisk stavelse, som dels udgør den eneste ordbestanddel, som det ældre ordmærke består af, dels er en af de to stavelser, som det ansøgte varemærke består af. Selv om det for det andet antages, at appelkammeret begik en fejl ved at fastslå, at trykket på spansk principielt ligger på den anden stavelse, må det fastslås, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at trykket i det foreliggende tilfælde ligger på den første stavelse og ikke på den anden stavelse, således at udtalelsen af den første stavelse mindsker betydningen af den anden stavelse. På denne baggrund må det lægges til grund, at den relevante forbruger er i stand til klart at opfatte den fonetiske lighed mellem de to omtvistede varemærker, henset til identiteten af stavelsen »ram« i de omtvistede varemærker. Selv om det for det tredje principielt kan lægges til grund, at forbrugerne normalt tillægger den første del af et ord størst betydning, er dette ikke tilfældet i den foreliggende sag. For det første, og som det blev fastslået i præmis 95 ovenfor, kan identiteten af stavelsen »ram« i de omhandlede varemærker, henset til den omstændighed, at de omhandlede varemærker er to korte tegn, vække og fastholde navnlig opmærksomheden hos den relevante forbruger, når den udtales. For det andet og under alle omstændigheder forholder det sig således, at konsonanten »r«, selv om der, som hævdet af sagsøgeren, principielt ikke ligger et tryk på denne på spansk, er en stærk og distinkt konsonant, der understreger den fonetiske betydning af det ansøgte varemærkes anden stavelse.

- 100 På denne baggrund må sagsøgerens argumenter i denne henseende forkastes som grundløse, og det må endvidere fastslås, at der foreligger en fonetisk lighed mellem det ansøgte varemærke og det ældre ordmærke, bedømt i deres helhed.
- 101 For det tredje og på det begrebsmæssige plan fastslog appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 35, at den begrebsmæssige sammenligning af de omhandlede tegn ikke havde indvirkning på bedømmelsen af deres lighed. Denne konstatering, som sagsøgeren ikke har anfægtet, må tiltrædes, eftersom ingen af de to omhandlede tegn bedømt i deres helhed har nogen betydning, som appelkammeret med rette anførte.
- 102 På baggrund af de konklusioner, der er foretaget i præmis 96, 100 og 101 ovenfor, må det fastslås, at de omhandlede tegn bedømt i deres helhed, har lighed, henset til deres visuelle og fonetiske lighed og endvidere til den omstændighed, at deres manglende betydning ikke kan indvirke på bedømmelsen af deres lighed, således som appelkammeret anførte i den anfægtede afgørelses punkt 40. Sagsøgerens argumenter i denne henseende skal derfor forkastes som grundløse.

Risikoen for forveksling

- 103 Appelkammeret fastslog først i den anfægtede afgørelses punkt 37-39, at det ældre ordmærke havde en høj grad af særpræg, henset til de beviser for en intensiv brug, som intervenienten fremførte. Dernæst fastslog det i den anfægtede afgørelses præmis 40, at der, henset til det ældre ordmærkes høje grad af særpræg, den visuelle og fonetiske lighed mellem tegnene og til den store lighed mellem varerne, forelå en risiko for forveksling. Endelig præciserede det i den anfægtede afgørelses punkt 40, at der forelå en risiko for forveksling mellem de omhandlede tegn, selv om det ældre ordmærke kun havde et gennemsnitligt særpræg.
- 104 Sagsøgeren har anfægtet denne bedømmelse ved inden for rammerne af det fjerde og femte anbringende for det første at gøre gældende, at appelkammeret ikke kunne tage hensyn til det ældre ordmærkes høje grad af særpræg, for så vidt som intervenienten ikke fremførte argumenter i denne henseende inden for den fastsatte frist. For det andet foretog appelkammeret en fejlagtig bedømmelse af risikoen for forveksling mellem de omhandlede varemærker, navnlig som følge af, at tegnet BELLRAM kun består af et enkelt ord, og som følge af enheds- og nyhedskarakteren af ordet »bellram«.
- 105 I det foreliggende tilfælde må det, for så vidt som den relevante kundekreds udgøres af endelige gennemsnitsforbrugere (jf. præmis 84 ovenfor), de omhandlede varer har stor lighed (jf. præmis 90 ovenfor), og de omhandlede tegn har lighed (jf. præmis 102 ovenfor), som appelkammeret anførte i den anfægtede afgørelses punkt 40, fastslås, at der foreligger en risiko for forveksling mellem de omhandlede varemærker, hvad enten det ældre ordmærke har en høj eller lav grad af særpræg.
- 106 På denne baggrund ændrer det, selv om det antages, at appelkammeret begik en fejl ved bedømmelsen af det ældre ordmærkes særpræg, ikke ved den konstatering, det med rette foretog, at der forelå risiko for forveksling mellem de omhandlede varemærker.
- 107 De øvrige argumenter, som sagsøgeren har fremført, kan ikke afkræfte den konklusion, der blev foretaget i præmis 106 ovenfor.
- 108 For det første, og for så vidt som sagsøgeren har gjort gældende, at bestanddelen »ram« bevarer sin selvstændige særprægede karakter i det ansøgte varemærke, må det fastslås, at dette argument, som sagsøgeren ligeledes har fremført inden for rammerne af sammenligningen af de omhandlede tegn, må forkastes af de grunde, der er anført i præmis 95 og 99 ovenfor.

- 109 Hvad for det andet angår sagsøgerens argument om, at det fremgår af Rettens praksis, at denne sidstnævnte i sager vedrørende andre varemærker end de i den foreliggende sag omhandlede har fastslået, at det forhold, at der kun foreligger én fælles stavelse, ikke er tilstrækkeligt til at skabe risiko for forveksling, skal dette forkastes som grundløst. En konstatering i en given sag af, at det forhold, at to omtvistede varemærker kun har en enkelt fælles stavelse, ikke er tilstrækkeligt til at skabe risiko for forveksling, er knyttet til den enkelte sags faktiske omstændigheder og kan ikke afkræfte vurderingen af, at appelkammeret i det foreliggende tilfælde ikke i den anfægtede afgørelse begik en fejl med hensyn til de konklusioner, der er gengivet i præmis 102 ovenfor.
- 110 Det fjerde anbringende må følgelig forkastes som irrelevant, og det femte anbringende må forkastes, da det dels er irrelevant, dels er grundløst.
- 111 Da alle de af sagsøgerens fremsatte anbringender er blevet forkastet, bør Harmoniseringskontoret frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

- 112 Ifølge Rettens procesreglements artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets og intervenientens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Afdeling):

- 1) **Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) frifindes.**
- 2) **Lidl Stiftung & Co. KG betaler sagens omkostninger.**

Pelikánová

Jürimäe

Van der Woude

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 15. januar 2013.

Underskrifter

Indhold

Sagens baggrund	2
Parternes påstande	4
Retlige bemærkninger	5
Det første anbringende om tilsidesættelse af sagsøgerens ret til at blive hørt og af appelkammerets skønsbeføjelse	5
Det andet anbringende om en fejl vedrørende de varer, der er omfattet af det ældre ordmærke, som der skal tages hensyn til i forbindelse med undersøgelsen af risikoen for forveksling	7

Det tredje anbringende om fejl i forbindelse med bevis for reel brug af det ældre ordmærke	11
Det fjerde og femte anbringende om henholdsvis en skønsmæssig fejl vedrørende det ældre ordmærkes særpræg og fejl i sammenligningen af de omhandlede tegn	13
Sammenligningen af de varer, der er omfattet af de omhandlede varemærker	14
Sammenligningen af de omhandlede tegn	15
Risikoen for forveksling	17
Sagens omkostninger	18