



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Første Afdeling)

14. maj 2013*

»EF-varemærker — indsigelsessag — ansøgning om EF-figurmærke, der gengiver en kylling — ældre nationalt figurmærke, der gengiver en kylling — relativ registreringshindring — varer og tjenesteydelser af lignende art — artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning (EF) nr. 207/2009«

I sag T-249/11,

Sanco, SA, Barcelona (Spanien), ved advokat A. Segura Roda,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved J. Crespo Carrillo, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

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

Marsalman, SL, Barcelona,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 17. februar 2011 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 1073/2010-2) vedrørende en indsigelsessag mellem Sanco, SA, og Marsalman, SL,

har

RETTEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Azizi (refererende dommer), og dommerne S. Frimodt Nielsen og E. Buttigieg,

justitssekretær: E. Coulon

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 10. maj 2011,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 14. september 2011,

* Processprog: spansk.

og under henvisning til, at ingen af parterne har fremsat nogen 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 Rettens procesreglements artikel 135a har besluttet at træffe afgørelse, uden at retsforhandlingerne omfatter et mundtligt stadium,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

- 1 Den 18. februar 2008 indgav Marsalman, SL, en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (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 søgt registreret, er følgende figurtegn:



- 3 De varer og tjenesteydelser, som varemærkeansøgningen vedrørte, henhører under klasse 29, 35 og 39 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 i hver enkelt af disse klasser til følgende beskrivelse:
 - klasse 29: »kyllinger«
 - klasse 35: »annonce- og reklamevirksomhed, handelsrepræsentation, franchisevirksomhed, eksport og import; engros- og detailhandel med næringsmidler af enhver art og handel via globale computernetværk med næringsmidler af enhver art«
 - klasse 39: »transport, opbevaring og distribution af kyllinger«.
- 4 EF-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-varemærketidende* nr. 28/2008 af 14. juli 2008.

- 5 Den 14. oktober 2008 rejste sagsøgeren, Sanco, 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 og tjenesteydelser.
- 6 Indsigelsen var støttet på det ældre spanske figurmærke, som er gengivet nedenfor:



- 7 Dette varemærke betegnede varer i klasse 29 og 31, som for hver klasse svarer til følgende beskrivelse:
 - klasse 29: »kød, fjerkræ og vildt; kødekstrakter«
 - klasse 31: »levende dyr«.
- 8 Den registreringshindring, der blev påberåbt til støtte for indsigelsen, var den, der er nævnt i artikel 8, stk. 1, litra a) og b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 8, stk. 1, litra a) og b), i forordning nr. 207/2009].
- 9 Den 13. april 2010 tog indsigelsesafdelingen delvist indsigelsen til følge, idet den afslog at registrere det ansøgte varemærke for »kyllinger« i klasse 29 og for »engros- og detailhandel med næringsmidler af enhver art og handel via globale computernetværk med næringsmidler af enhver art« i klasse 35. Derimod forkastede den den indsigelse, der var blevet rejst mod »annonce- og reklamevirksomhed, handelsrepræsentation, franchisevirksomhed, eksport og import« i klasse 35 og »transport, opbevaring og distribution af kyllinger« i klasse 39.
- 10 Den 14. juni 2010 indgav sagsøgeren i henhold til artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009 en klage til Harmoniseringskontoret over indsigelsesafdelingens afgørelse, i det omfang den delvist forkastede sagsøgerens indsigelse.
- 11 Ved afgørelse af 17. februar 2011 (herefter »den anfægtede afgørelse«) meddelte Andet Appellkammer ved Harmoniseringskontoret afslag på klagen og stadfæstede indsigelsesafdelingens afgørelse, for så vidt som den delvist meddelte afslag på indsigelsen. Appellkammeret antog, at den relevante kundekreds både bestod af gennemsnitsforbrugeren, som tilhører den almindelige kundekreds, og af

personer, der tilhører en specialiseret kundekreds. Desuden fandt appelkammeret, at de tjenesteydelser, der er omfattet af det ansøgte varemærke, dvs. »annonce- og reklamevirksomhed, handelsrepræsentation, franchisevirksomhed, eksport og import« og »transport, opbevaring og distribution af kyllinger«, ikke lignede de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, dvs. »kød, fjerkræ og vildt; kødekstrakter« og »levende dyr«. Eftersom de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af de omtvistede tegn, ikke er af lignende art, konkluderede appelkammeret, at der ikke var nogen risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det ældre nationale varemærke, uden at det var nødvendigt at foretage en sammenligning af de omtvistede tegn.

Parternes påstande

12 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

- Den anfægtede afgørelse annulleres, og der meddeles afslag på registreringen af det ansøgte varemærke for samtlige ansøgte varer og tjenesteydelser.
- Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

13 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

1. *Vedrørende påstanden om annullation af den anfægtede afgørelse*

Indledende bemærkninger

- 14 Appellkammeret har i den anfægtede afgørelse i det væsentlige fastslået, at idet de varer, der er beskyttet af det ældre varemærke, og »annonce- og reklamevirksomhed, handelsrepræsentation, franchisevirksomhed, eksport og import« samt »transport, opbevaring og distribution af kyllinger«, der er omfattet af det ansøgte varemærke, ikke er af lignende art, var der ikke risiko for forveksling som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 mellem de omhandlede varemærker, hvorfor det ikke var nødvendigt at foretage en sammenligning af de pågældende tegn (punkt 22 og 25 i den anfægtede afgørelse). Sagsøgeren har anført, at den anfægtede afgørelse har tilsidesat artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, idet de varer, der er betegnet af det ældre varemærke, og de nævnte tjenesteydelser, som er omfattet af det ansøgte varemærke, var af lignende art.
- 15 I denne forbindelse 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.
- 16 Det følger heraf, at når de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af de omhandlede tegn, ikke er af samme eller lignende art, er der ikke en risiko for forveksling som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 (jf. i denne retning og analogt Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 22).

- 17 Det bemærkes endvidere, at risikoen for forveksling er risikoen for, at det i kundekredsen kan antages, at de omhandlede varer eller tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller fra økonomisk forbundne virksomheder. Som det er blevet fastslået, 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).
- 18 Heraf følger, at en svag grad af lighed mellem de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af de omhandlede tegn, kan opvejes af en høj grad af lighed mellem tegnene og omvendt (jf. i denne retning og analogt Domstolens dom af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 19).
- 19 På baggrund af det ovenstående skal det bemærkes, at det kun for så vidt som det kan fastslås, at varerne og tjenesteydelserne ikke er af lignende art, kan konkluderes, at der ikke er nogen risiko for forveksling mellem disse varemærker, uden at det er nødvendigt at foretage en helhedsvurdering, hvorved der skal tages hensyn til alle relevante faktorer for den relevante kundekreds' opfattelse af de pågældende tegn og de omhandlede varer eller tjenesteydelser.
- 20 I den foreliggende sag bør det derfor undersøges, om appelkammeret uden at begå fejl og uden at foretage en helhedsvurdering af risikoen for forveksling har kunnet fastslå, at de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af det omhandlede varemærke, ikke på nogen måde var af lignende art, således at enhver risiko for forveksling mellem de omhandlede varemærker var udelukket.

Om sammenligning af de omhandlede varer og tjenesteydelser

Principielle overvejelser

- 21 For at vurdere, om de omhandlede varer eller tjenesteydelser er af lignende art, er det i Domstolens faste retspraksis fastslået, at der skal tages hensyn til alle relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem disse. Disse faktorer omfatter navnlig deres art, anvendelsesformål og benyttelse, samt om de konkurrerer med eller supplerer hinanden. Der kan endvidere tages hensyn til andre faktorer, såsom 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).
- 22 Hvad nærmere angår spørgsmålet, om varer og tjenesteydelser supplerer hinanden, skal det bemærkes, at de varer og tjenesteydelser, der supplerer hinanden, er dem, hvorimellem der er en tæt forbindelse i den forstand, at den ene er uundværlig eller vigtig for brugen af den anden, således at forbrugerne kan antage, at ansvaret for fremstillingen af disse varer eller for leveringen af disse tjenesteydelser påhviler den samme virksomhed (Rettens dom i sagen El Corte Inglés mod KHIM – Bolaños Sabri (PiraÑAM diseño original Juan Bolaños), nævnt i præmis 21 ovenfor, præmis 48, og dom af 22.1.2009, sag T-316/07, Commercy mod KHIM - easyGroup IP Licensing (easyHotel), Sml. II, s. 43, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis). Med henblik på vurderingen af varerne og tjenesteydelsernes indbyrdes supplerende karakter bør der således slutteligt tages hensyn til den nævnte kundekreds' opfattelse af betydningen af en vare eller en tjenesteydelse for brugen af en anden vare eller tjenesteydelse.
- 23 Vurderingen af, om varerne og tjenesteydelserne er af lignende art, med hensyn til, om de konkurrerer med eller supplerer hinanden, forudsætter således, at forbrugeren af disse varer og tjenesteydelser først defineres.

– Om den relevante kundekreds

- 24 I forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling skal der tages hensyn til gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer eller tjenesteydelser, som er almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet (jf. i denne retning 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).
- 25 Den relevante kundekreds består, i forhold til vurderingen af risikoen for forveksling, af brugere, der både er tilbøjelige til at bruge de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af det ældre varemærke, og dem, der er omfattet af det ansøgte varemærke (jf. Rettens dom af 24.5.2011, sag T-408/09, ancotel mod KHIM – Acotel (ancotel), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).
- 26 I den foreliggende sag antog appelkammeret, at annonce- og reklamevirksomhed, handelsrepræsentation, franchisevirksomhed, eksport og import samt transport, opbevaring og distribution af kyllinger betegner tjenesteydelser, som dels er bestemt for en almindelig kundekreds, dels en specialiseret kundekreds. Appelkammeret understregede dernæst, at visse af disse tjenesteydelser generelt henvendte sig til erhvervsvirksomheder. Kammeret konkluderede således, at den relevante kundekreds i forhold til vurderingen af risikoen for forveksling både bestod af gennemsnitsforbrugeren, som tilhører den almindelige kundekreds, og af personer, der tilhører en mere specialiseret kundekreds (jf. punkt 19 i den anfægtede afgørelse).
- 27 Retten finder, at appelkammeret med rette har fastslået, at de ovennævnte tjenesteydelser henvender sig til fagfolk. Sidstnævnte er nemlig tilbøjelige til at efterspørge sådanne tjenesteydelser. Endvidere kan det ikke udelukkes, at visse af disse tjenesteydelser er bestemt for den brede offentlighed. Hvad i øvrigt angår »kød, fjerkræ og vildt, kødekstrakter« og »levende dyr« skal det bemærkes, at selv om disse varer er produceret af fagfolk, og selv om opdræt af levende dyr hovedsageligt er foretaget af fagfolk, bliver disse varer købt af både private og fagfolk.
- 28 Det følger heraf, at appelkammeret i den foreliggende sag med rette har fastslået, at den relevante kundekreds for de omhandlede varer og tjenesteydelser omfatter såvel fagfolk som private.
- Om de omhandlede varer og tjenesteydelserne annonce- og reklamevirksomhed, handelsrepræsentation, franchisevirksomhed samt eksport og import er af lignende art
- 29 Appelkammeret vurderede i den anfægtede afgørelse, at der ikke var lighed mellem »kød, fjerkræ og vildt, kødekstrakter« samt »levende dyr«, der er omfattet af det ældre varemærke, på den ene side og »annonce- og reklamevirksomhed, handelsrepræsentation, franchisevirksomhed, eksport og import«, der er omfattet af det ansøgte varemærke, på den anden side.
- 30 Sagsøgeren har anfægtet denne vurdering med den begrundelse, at de pågældende tjenesteydelser og varer er forbundne, og at den relevante kundekreds vil kunne tro, at de omhandlede varer og tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller fra økonomisk forbundne virksomheder. Harmoniseringskontoret har bestridt denne vurdering og i det væsentlige henvist til ræsonnementet i den anfægtede afgørelse.
- 31 I denne henseende bemærker Retten, at appelkammeret med rette fastslog, at kød, fjerkræ, vildt, kødekstrakter og levende dyr adskiller sig fra tjenesteydelserne annonce- og reklamevirksomhed, handelsrepræsentation, franchisevirksomhed samt eksport og import ved deres art, anvendelsesformål og benyttelse. De ovennævnte varer og tjenesteydelser kan hverken erstatte hinanden eller er konkurrerende, hvilket sagsøgeren desuden ikke har anfægtet.

- 32 Hvad angår markedsføringskanalerne anførte appelkammeret, uden at dette er blevet anfægtet af sagsøgeren, at disse var forskellige, idet det var lidet sandsynligt, eller endog umuligt, at en gård eller et fjerkræbrug skulle anvendes med henblik på at tilbyde virksomheder annonce- og reklamevirksomhed, handelsrepræsentation, franchisevirksomhed eller eksport og import. Under henvisning til de nævnte varer og tjenesteydelser kunne appelkammeret uden at begå nogen fejl antage, at markedsføringskanalerne for disse varer og tjenesteydelser var forskellige.
- 33 Imidlertid skal der, som anført ovenfor i præmis 21 ved vurderingen af om varer og tjenesteydelser er af lignende art, ligeledes tages hensyn til, om de nævnte varer og tjenesteydelser supplerer hinanden.
- 34 Appelkammeret fastslog i denne henseende, at det ældre varemærkes varer og tjenesteydelserne annonce- og reklamevirksomhed, handelsrepræsentation, franchisevirksomhed samt eksport og import end ikke supplerede hinanden, fordi arten og brugen af samt distributionskanalerne for varer, såsom kyllinger og levende dyr, ikke havde nogen form for sammenhæng med disse tjenesteydelser, hvilket forbrugeren nemt ville opfatte (jf. punkt 23 i den anfægtede afgørelse).
- 35 Appelkammeret fandt således, at de pågældende varer og tjenesteydelser ud fra den relevante kundekreds' opfattelse ikke supplerede hinanden, med den begrundelse, at der ikke var nogen form for sammenhæng mellem deres art, brug og distributionskanaler.
- 36 Som anført ovenfor i præmis 22, skal varerne og tjenesteydernes indbyrdes supplerende karakter i forbindelse med spørgsmålet om en risiko for forveksling imidlertid ikke vurderes på grundlag af, om der for den relevante kundekreds er en sammenhæng mellem de omhandlede varer og tjenesteydelser for så vidt angår deres art, brug og distributionskanaler, men på grundlag af, om der er en tæt forbindelse mellem disse varer og tjenesteydelser, dvs. om den ene er uundværlig eller vigtig for brugen af den anden, således at kundekredsen kunne antage, at ansvaret for fremstillingen af disse varer eller for leveringen af disse tjenesteydelser påhviler den samme virksomhed.
- 37 Det følger heraf, at appelkammeret ikke kunne afvise, at de omhandlede varer og tjenesteydelser supplerede hinanden alene med den begrundelse, at der ikke var nogen form for sammenhæng mellem deres art, brug og distributionskanaler. På den baggrund tog appelkammeret nemlig på ny hensyn til de omhandlede varer og tjenesteydelsers art, brug og distributionskanaler uden at tage stilling til betydningen af den ene for brugen af den anden ud fra den relevante kundekreds synsvinkel.
- 38 Hvad særligt angår forholdet mellem brugen af varerne og brugen af tjenesteydelserne, som appelkammeret har henvist til, skal det bemærkes, at dette kriterium ikke giver mulighed for fuldt ud at vurdere, om disse varer og tjenesteydelser er uundværlige eller vigtige for hinanden, hvilket undersøgelsen af, hvorvidt disse varer og tjenesteydelser supplerer hinanden, kræver. Den omstændighed, at brugen af en vare eller tjenesteydelse ikke har sammenhæng med brugen af en anden vare eller tjenesteydelse, indebærer nemlig ikke i alle tilfælde, at brugen af den ene ikke er vigtig eller uundværlig for brugen af den anden.
- 39 Det bemærkes således, at appelkammeret ikke har foretaget en fyldestgørende behandling af bl.a. spørgsmålet, om tjenesteydelserne annonce- og reklamevirksomhed, handelsrepræsentation, franchisevirksomhed eller import og eksport ud fra en erhvervsdrivende køber af kyllinger og køds synspunkt var vigtige ved købet af dennes kyllinger eller kød i en sådan grad, at den erhvervsdrivende kunne antage, at ansvaret for fremstillingen af disse varer eller for leveringen af disse tjenesteydelser påhviler den samme virksomhed.
- 40 Denne fejl, som gør sig gældende for appelkammerets behandling, er fremhævet ved Harmoniseringskontorets påstand for Retten, hvorefter en kødproducent kunne udbyde import og eksport af sine egne varer til sine kunder. Hvis dette er tilfældet, kan det nemlig ikke udelukkes, at den relevante kundekreds for disse varer er af den opfattelse, at import og eksport er vigtig for køb af

disse varer, således at de ville antage, at disse varer og denne tjenesteydelse hidrører fra den samme virksomhed. Den omstændighed, som Harmoniseringskontoret har fremført, hvorefter denne import- og eksporttjeneste ikke ville blive leveret mod vederlag og ikke ville blive tilbudt til tredjemænd, påvirker ikke denne bedømmelse. Dels er det nemlig ikke godtgjort i den situation, som Harmoniseringskontoret har påberåbt sig, at denne tjenesteydelse ville blive udbudt gratis, eller at den ikke snarere ville udgøre en integrerende del af det påtænkte salg. Dels er det under alle omstændigheder vigtigt at vurdere den relevante kundekreds' opfattelse af, om der foreligger en tilstrækkelig tæt forbindelse mellem disse varer og tjenesteydelser. I dette tilfælde har appelkammeret dog undladt at vurdere disse parametre.

41 Det må derfor konstateres, at appelkammeret ved ikke at tage hensyn til disse parametre har begået en fejl i vurderingen af den indbyrdes supplerende karakter af de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, og tjenesteydelserne annonce- og reklamevirksomhed, handelsrepræsentation, franchisevirksomhed samt eksport og import, som er omfattet af det ansøgte varemærke.

42 Denne fejl har til følge, at appelkammeret ikke har taget alle relevante faktorer i betragtning ved vurderingen af, om de pågældende varer og tjenesteydelser er af lignende art. I mangel af en undersøgelse, der tager hensyn til alle relevante faktorer ved vurderingen af, om de omhandlede varer og tjenesteydelser er af lignende art, skal den anfægtede afgørelse annulleres på dette punkt.

– Om de omhandlede varer og tjenesteydelserne transport, opbevaring og distribution af kyllinger er af lignende art

43 Appelkammeret fandt i den anfægtede afgørelse, at »transport, opbevaring og distribution af kyllinger«, der er omfattet af det ansøgte varemærke, og »kød, fjerkræ og vildt, kødekstrakter« og »levende dyr«, som er omfattet af det ældre varemærke, ikke var af lignende art.

44 Sagsøgeren har anfægtet denne vurdering, idet selskabet er af den opfattelse, at det i betragtning af sammenhængen mellem de respektive markeder for de omhandlede varer og tjenesteydelser er meget lidt tænkeligt, at et varemærke vil kunne betegne en af disse tjenesteydelser uafhængigt af varen.

45 I denne forbindelse bemærker Retten for det første, at sagsøgeren ikke har anfægtet appelkammerets vurdering, hvorefter de varer og tjenesteydelser, der er anført i præmis 43, adskiller sig fra hinanden ved deres art, formål og bestemmelse. Appelkammerets vurdering på dette punkt skal bekræftes. Tjenesteydelserne transport, opbevaring og distribution af kyllinger er nemlig ikke af samme art eller har samme formål eller samme anvendelse som kød, fjerkræ, vildt, kødekstrakter og levende dyr. Desuden er de omhandlede varer og tjenesteydelser ikke konkurrerende og kan ikke erstatte hinanden. De nævnte tjenesteydelser kan således ikke erstatte kød eller levende dyr.

46 Appelkammeret har ud fra forskellen mellem de nævnte varer og tjenesteydelser på grund af deres art, formål og bestemmelse udledt, at de virksomheder, der er specialiseret inden for transport, og dem, som er specialiseret inden for fremstilling af varer, der er omfattet af det ældre varemærke, ligeledes var forskellige (jf. punkt 24 i den anfægtede afgørelse).

47 Retten bemærker imidlertid, at den omstændighed, at produktionen af kød, fjerkræ, vildt, kødekstrakter samt opdræt af levende dyr og levering af transport, opbevaring og distribution af kyllinger forudsætter en specialisering, ikke nødvendigvis indebærer, at de virksomheder, som udbyder disse tjenesteydelser, er forskellige fra dem, som har ansvaret for produktionen af de nævnte varer. Som appelkammeret har anført i den anfægtede afgørelse, er det nemlig muligt, at de virksomheder, der producerer kyllinger og levende dyr, transporterer, opbevarer og distribuerer deres varer for egen regning (jf. punkt 24 i den anfægtede afgørelse).

- 48 Endvidere, med henblik på at vurdere, om de nævnte varer og tjenesteydelser supplerer hinanden, skal ikke blot virksomhedernes specialisering undersøges, men ligeledes, om forbrugerne af varerne og tjenesteydelserne kan antage, at ansvaret for fremstillingen af disse varer eller for leveringen af disse tjenesteydelser påhviler den samme virksomhed på grund af en forbindelse mellem nævnte varer og tjenesteydelser. Følgelig er eksistensen af virksomheder, der er specialiseret inden for produktion af det tidligere varemærkes varer og inden for levering af transport, opbevaring og distribution af kyllinger, ikke tilstrækkelig til at godtgøre, at disse varer og tjenesteydelser ikke supplerer hinanden.
- 49 Appellammeret fandt ligeledes, at den relevante kundekreds for de nævnte varer og tjenesteydelser var forskellig på grund af de pågældende virksomheders specialisering, således at der ikke ville være nogen industriel eller kommerciel forbindelse mellem virksomhederne. Mere præcist vurderede appellammeret under hensyn til deres særlige karakter, at tjenesteydelserne transport, opbevaring og distribution af kyllinger almindeligvis henvendte sig til virksomheder og fagfolk i en meget bestemt sektor. Appellammeret udledte heraf, at denne kundekreds var forskellig fra den, til hvem det ældre varemærkes varer blev udbudt, hvilket med det samme ville udelukke antagelsen om en industriel eller kommerciel forbindelse mellem disse virksomheder (jf. punkt 24 i den anfægtede afgørelse). Harmoniseringskontoret har gjort denne tilgang gældende i sit svarskrift.
- 50 Retten bemærker i denne forbindelse, at tjenesteydelserne transport, opbevaring og distribution af kyllinger, der er omfattet af det ansøgte varemærke, er tjenesteydelser, som er henvendt til fagfolk. Derimod er de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, både rettet mod den brede offentlighed og mod fagfolk. Selv om kød, fjerkræ, vildt og kødekstrakter er produceret til den brede offentlig, kan de nemlig også henvende sig til erhvervsdrivende købere. De levende dyr, herunder kyllinger, henvender sig hovedsagligt til fagfolk.
- 51 I det omfang disse varer henvender sig til fagfolk, har appellammeret med urette fundet, at denne kundekreds var anderledes end kundekredsen i forhold til tjenesteydelserne transport, opbevaring og distribution af kyllinger. Fagfolk kan nemlig forventes både at købe de omhandlede varer og de fornævnte tjenesteydelser.
- 52 Hvad angår eksistensen af en tæt forbindelse mellem de nævnte varer og tjenesteydelser bemærkes det desuden, at for at anvende en tjenesteydelse som transport, opbevaring og distribution af kyllinger, er det vigtigt at have kyllinger, der skal transporteres, opbevares og distribueres. Kyllinger er således uundværlige for at benytte en tjenesteydelse som transport, opbevaring og distribution af kyllinger. Omvendt kan det være vigtigt for en kyllingeproducent at råde over en tjenesteydelse som transport, opbevaring og distribution til sine kyllinger. Ud fra denne synsvinkel er der en tæt forbindelse mellem tjenesteydelserne transport, opbevaring og distribution af kyllinger for det ansøgte varemærke og det ældre varemærkes kyllinger. Eftersom betegnelsen »kylling« ligeledes betegner kød fra dyr, gælder denne forbindelse ikke udelukkende for levende dyr, men ligeledes for kød og fjerkræ, der er omfattet af det ældre varemærke.
- 53 Endvidere kan den professionelle forbruger af disse varer og tjenesteydelser, dvs. en virksomhed, der køber kyllinger engros, og som ligeledes har behov for transport, opbevaring og distribution af kyllinger, antage, at ansvaret for fremstillingen af de nævnte varer og leveringen af de nævnte tjenesteydelser påhviler den samme virksomhed. Idet visse producenter ligeledes udbyder transport, kan køberen af kyllinger således antage, at ansvaret for fremstillingen af disse varer og leveringen af disse tjenesteydelser påhviler den samme virksomhed.
- 54 Harmoniseringskontoret har bestridt, at de omhandlede varer og tjenesteydelser er af lignende art, af grunde, der ligner dem, som er nævnt ovenfor i præmis 40. Harmoniseringskontoret er nemlig af den opfattelse, at når en kyllingeproducent transporterer, opbevarer og distribuerer sine egne kyllinger, udgør transport, opbevaring og distribution ikke tjenesteydelser leveret til tredjemænd mod betaling, men at der kun er tale om »interne« eller accessoriske tjenesteydelser i forhold til produktionen af kyllinger, således at den pågældende producent ikke opererer på markedet for transport, opbevaring

og distribution af kyllinger. Til støtte for dette argument har Harmoniseringskontoret påberåbt sig dels en analogi til nødvendigheden af at bevise offentlig brug af et varemærke med henblik på at godtgøre dets faktiske brug, dels Rettens bedømmelse i dom af 7. februar 2006, Alecansan mod KHIM – CompUSA (COMP USA) (sag T-202/03, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 47).

- 55 Retten bemærker i denne forbindelse indledningsvis, analogt med det ovenfor i præmis 40 anførte, at appelkammeret på ingen måde har understøttet sin udtalelse, hvorefter det ikke handler om en tjenesteydelse, leveret til tredjemænd mod betaling, når producenterne transporterer, opbevarer eller distribuerer deres egne kyllinger. Der kan imidlertid ikke af den omstændighed, at en virksomhed, der opdrætter kyllinger og samtidig udbyder transport af kyllinger, udledes, at denne tjenesteydelse ikke leveres mod betaling. Derudover kan det ikke ud af et sådant samlet udbud udledes, at den virksomhed, som udbyder disse supplerende tjenesteydelser, ikke opererer på markedet for transport af kyllinger. Den omstændighed, at en kyllingeproducent udbyder transport af sine kyllinger, indebærer nemlig, at denne konkurrerer med de virksomheder, som udbyder transport af kyllinger. Derfor opererer disse producenter på det nævnte marked.
- 56 Dernæst og mere grundlæggende skal det bemærkes, at spørgsmålet, om varerne og tjenesteydelserne supplerer hinanden, med henblik på vurderingen af, om disse varer og tjenesteydelser er af lignende art, ikke skal bedømmes ud fra, om varerne og tjenesteydelserne har en »intern« karakter eller ej som omhandlet i Harmoniseringskontorets argumentation (jf. præmis 54 ovenfor), men rettere ud fra den relevante kundekreds' opfattelse af, at ansvaret for produktionen af disse varer og leveringen af disse tjenesteydelser påhviler den samme virksomhed eller forskellige virksomheder (jf. præmis 22 ovenfor). Den tilgang, som appelkammeret har fulgt, og som Harmoniseringskontoret har gjort gældende med henblik på at fremkomme med bemærkninger om, hvorvidt de omhandlede varer og tjenesteydelser supplerer hinanden, er følgelig urigtig.
- 57 Alene for at illustrere fejlen i den tilgang, der er foreslået af Harmoniseringskontoret, skal det bemærkes, at det i denne sag ville medføre, at når en virksomhed, som både ønsker at købe og transportere kyllinger, handler dels med en kyllingeproducent, der opererer på markedet under et bestemt varemærke, dels med en leverandør af transport af kyllinger, som opererer på dette marked med et varemærke, der er identisk med den ovennævnte producents varemærke, er der ikke risiko for, at denne virksomhed antager, at disse varer og tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed, for når en kyllingeproducent udbyder en transport, udgør denne tjenesteydelse kun en accessorisk eller »intern« tjenesteydelse i forhold til produktionen af kyllinger, og producenten er følgelig ikke på markedet for transport af kyllinger. I henhold til den tilgang, som Harmoniseringskontoret har forsvaret, ville der nemlig ikke være nogen form for lighed mellem produktionen af kyllinger og transport, opbevaring, og distribution af kyllinger således, at identiske varemærker for disse varer og tjenesteydelser kunne bruges side om side uden risiko for forveksling hos forbrugerne af disse varer og tjenesteydelser.
- 58 Af de grunde, der er anført ovenfor i præmis 53, kan en engros-køber af kyllinger, som i øvrigt har behov for transport af kyllinger, imidlertid antage, at der er en vigtig forbindelse mellem produktionen af kyllinger og transport, opbevaring og transport af kyllinger, således at forbrugeren af disse varer og tjenesteydelser vil antage, at de hidrører fra den samme virksomhed.
- 59 Da tilstedeværelsen på markedet, således som defineret af Harmoniseringskontoret i denne sag (jf. præmis 54 ovenfor), ikke kan tages i betragtning, skal analogien til reglerne om faktisk brug af et ældre varemærke i forbindelse med en indsigelse forkastes.
- 60 Idet Harmoniseringskontoret har gjort den sag, der gav anledning til COMP USA-dommen, gældende, skal det endvidere fastslås, at den pågældende sag adskiller sig fra den foreliggende, idet den handlede om varer og it-tjenester ved fjernsalg. Til forskel fra den pågældende sag, hvor det blev fastslået, at fysisk forsendelse af software og computere, som er købt eller lejet af en virksomhed, der udbyder dets varer på internettet, kun udgjorde opfyldelse af en kontrakt om fjernsalg eller om tjenesteydelse,

som ikke var forbundet med transporttjenester (COMP USA-dommen, præmis 47), kan det desuden ikke antages, som følge af Harmoniseringskontorets manglende godtgørelse heraf, at transport, opbevaring og distribution af kyllinger kun udgør opfyldelse af salg af kyllinger eller af en kontrakt om tjenesteydelse, som ikke er forbundet med tjenesteydelserne transport, opbevaring og distribution af kyllinger.

- 61 Appellkammeret kunne derfor ikke med det samme udelukke, at det ældre varemærkes varer og tjenesteydelserne transport, opbevaring og distribution af kyllinger supplerer hinanden. En sådan supplerende karakter skulle i hvert fald have været konstateret for kyllinger og tjenesteydelserne transport, opbevaring og distribution af kyllinger.
- 62 For at vurdere, om de omhandlede varer eller tjenesteydelser er af lignende art, skulle appellkammeret have taget hensyn til alle relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem de omhandlede varer og tjenesteydelser. Uanset forskellen mellem, på den ene side kyllingekød og levende kyllinger, og på den anden side transport, opbevaring og distribution af kyllinger hvad angår deres art, anvendelsesformål, benyttelse og om de konkurrerer med hinanden, burde appellkammeret således have anerkendt, at de havde en vis indbyrdes supplerende karakter. Det følger af en hensyntagen til samtlige de relevante faktorer ved vurderingen af, om disse varer og tjenesteydelser er af lignende art, at appellkammeret fejlagtigt antog, at de nævnte varer og tjenesteydelser ikke var af lignende art.
- 63 Den anfægtede afgørelse skal således ligeledes annulleres, for så vidt som den antager, at det ældre varemærkes varer og tjenesteydelserne transport opbevaring og distribution af kyllinger for det ansøgte varemærke ikke er af lignende art.

2. Vedrørende påstanden om afslag på registrering af det ansøgte EF-varemærke

- 64 Sagsøgeren har nedlagt påstand om, at Retten afsiger en dom, hvorved der gives afslag på registrering af det ansøgte EF-varemærke for samtlige ansøgte varer og tjenesteydelser.
- 65 I denne forbindelse bemærkes det, at Rettens judicielle kontrol er en legalitetskontrol. I tilfælde af fejl kan Retten annullere appellkammerets afgørelse og, hvis der er nedlagt påstand herom, omgøre den. Det tilkommer ikke Retten at registrere eller ikke at registre et varemærke. Det tilkommer nemlig Harmoniseringskontoret i medfør af artikel 226 TEUF og artikel 65, stk. 6, i forordning nr. 207/2009 at træffe de foranstaltninger, der er nødvendige til opfyldelse af en eventuel dom om annulation, afsagt af Unionens retsinstanser. Det tilkommer ikke Retten at give Harmoniseringskontoret pålæg, men det påhviler sidstnævnte at drage konsekvenserne af Rettens doms konklusion og præmisser (jf. Rettens dom af 21.6.2012, sag T-276/09, Kavaklidere-Europe mod KHIM – Yakult Honsha (Yakut), EU:T:2012:313, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis).
- 66 I det omfang sagsøgerens påstand skal fortolkes som en begæring om, at Retten pålægger Harmoniseringskontoret ikke at registrere det ansøgte varemærke for alle de varer og tjenesteydelser, der er omfattet heraf, skal dette punkt i påstanden afvises.
- 67 I det omfang den nævnte påstand skal fortolkes som en anmodning til Retten om at omgøre den anfægtede afgørelse på en sådan måde, at Retten erstatter den anfægtede afgørelse med en afgørelse, hvori den fastslår, at det ansøgte varemærke ikke kunne registreres for tjenesteydelser, for hvilke der i indsigelsesafdelingens afgørelse endnu ikke var blevet meddelt afslag på registrering, bemærkes, at den beføjelse til at omgøre en afgørelse, som er tillagt Retten, ikke bevirker, at denne tillægges en beføjelse til at sætte sin egen bedømmelse i stedet for appellkammerets og så meget desto mindre at foretage bedømmelse af et forhold, som det pågældende kammer endnu ikke har taget stilling til (Domstolens dom af 5.7.2011, sag C-263/09 P, Edwin mod KHIM, Sml. I, s. 5853, præmis 72).

- 68 Udøvelsen af beføjelsen til at omgøre en afgørelse bør således principielt begrænses til tilfælde, hvor Retten efter at have prøvet appelkammerets vurdering er i stand til på baggrund af de fastslåede faktiske og retlige omstændigheder at fastlægge den afgørelse, som appelkammeret var forpligtet til at træffe (dommen i sagen Edwin mod KHIM, nævnt i præmis 67 ovenfor, præmis 72).
- 69 Det er imidlertid ikke tilfældet i den foreliggende sag. Den fejlagtige fremgangsmåde, der, således som det er anført i præmis 29 ff., er anvendt ved vurderingen af, om varerne og tjenesteydelserne er af lignende art, som følge af manglende behørig hensyntagen til om de supplerer hinanden, medfører nemlig, at Retten skal foretage en bedømmelse af et forhold, som appelkammeret ikke har taget stilling til. Som det fremgår af præmis 43 ff., skal en lighed, om end svag, desuden anerkendes mellem visse af de omhandlede varer og tjenesteydelser, hvilket indebærer, at appelkammeret skulle have foretaget en undersøgelse af ligheden mellem de omhandlede varemærker og en samlet undersøgelse af risikoen for forveksling, hvilket den har undladt.
- 70 Følgelig skal sagsøgerens påstand, hvorved Retten anmodes om at meddele afslag på registrering af EF-varemærket, selv hvis denne påstand skulle have været fortolket som en påstand om omgørelse af afgørelsen, afvises.

Sagens omkostninger

- 71 Henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.
- 72 Da Harmoniseringskontoret i det væsentlige har tabt sagen, pålægges det i overensstemmelse med sagsøgerens påstand herom at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer

RET TEN (Første Afdeling):

- 1) **Afgørelsen truffet den 17. februar 2011 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre marked (Varemærker og Design) (sag R 1073/2010-2) annulleres.**
- 2) **I øvrigt frifindes Harmoniseringskontoret.**
- 3) **Harmoniseringskontoret betaler sagens omkostninger.**

Azizi

Frimodt Nielsen

Buttigieg

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 14. maj 2013.

Underskrifter