



Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (andra avdelningen)

9 april 2014*

”Gemenskapsvarumärke — Invändningsförfarande — Ansökan om registrering av MILANÓWEK CREAM FUDGE som gemenskapsvarumärke — De äldre nationella figurmärkena Original Sahne Muh-Muhs HANDGESCHNITTEN HANDGEWICKELT och SAHNE TOFFEE LUXURY CREAM FUDGE, vilka återger en ko — Relativt registreringshinder — Risk för förväxling föreligger inte — Artiklarna 8.1 b och 76.1 i förordning (EG) nr 207/2009”

I mål T-623/11,

Pico Food GmbH, Tamm (Tyskland), företrädd av advokaten M. Douglas,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån), företrädd av M. Vuijst och P. Geroulakos, båda i egenskap av ombud,

svarande,

varvid motparten i förfarandet vid harmoniseringsbyråns överklagandenämnd, som intervenerat vid tribunalen, var

Bogumił Sobieraj, Milanówek (Polen), företrädd av advokaten O. Bischof,

angående en talan mot det beslut som meddelades av harmoniseringsbyråns första överklagandenämnd den 8 september 2011 (ärende R 553/2010-1) om ett invändningsförfarande mellan Pico Food GmbH och Bogumił Sobieraj,

meddelar

TRIBUNALEN (andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden N. J. Forwood samt domarna F. Dehousse (referent) och J. Schwarcz,

justitiesekreterare: handläggaren J. Weychert,

med beaktande av ansökan som inkom till tribunalens kansli den 30 november 2011,

med beaktande av harmoniseringsbyråns svarsinlägga som inkom till tribunalens kansli den 3 april 2012,

med beaktande av intervenientens svarsinlägga som inkom till tribunalens kansli den 30 mars 2012,

* Rättegångsspråk: engelska.

med beaktande av repliken som inkom till tribunalens kansli den 21 augusti 2012,
efter förhandlingen den 15 oktober 2013,
följande

Dom

Bakgrund till tvisten

- 1 Intervenienten Bogumił Sobieraj, som driver verksamhet under namnet Zakład Przemysłu Cukierniczego Milanówek, ingav den 31 oktober 2007 en ansökan om registrering av gemenskapsvarumärke till harmoniseringsbyrån i enlighet med rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3), i dess ändrade lydelse (ersatt av rådets förordning (EG) nr 207/2009 av den 26 februari 2009 om gemenskapsvarumärken (EUT L 78, s.1)).
- 2 Det sökta varumärket utgörs av nedanstående figurkännetecken:



- 3 De varor som registreringsansökan avsåg omfattas av klass 30 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar följande beskrivning: "Frukt i chokladöverdrag och glasyr, russin i chokladöverdrag, hasselnötter i chokladöverdrag och glasyr, jordnötter i chokladöverdrag och glasyr, fruktgeléer, sötsaker, konditorivaror och konfekt, särskilt sötsaker, kola, praliner, choklad, chokladprodukter, chokladglaserad konfekt, chokladbitar, rån, konditorivaror, chokladglaserade konditorivaror".
- 4 Ansökan om gemenskapsvarumärke offentliggjordes i *Bulletinen för gemenskapsvarumärken* nr 22/2008 av den 2 juni 2008.
- 5 Sökanden i förevarande mål, Pico Food GmbH (nedan kallat sökandebolaget eller Pico Food), framställde den 2 september 2008 – med stöd av artikel 42 i förordning nr 40/94 (nu artikel 41 i förordning nr 207/2009) – en invändning mot registrering av det sökta varumärket för de varor som avses i punkt 3 ovan.

6 Invändningen grundade sig bland annat på följande tyska figurmärken (nedan gemensamt kallade de äldre varumärkena):

- Det nedan återgivna figurmärket, för vilket registreringsansökan ingavs den 14 april 2005 och vilket registrerades den 30 maj 2005 under nummer 30522224 (nedan kallat det första av de äldre varumärkena):



- Det nedan återgivna figurmärket, för vilket registreringsansökan ingavs den 20 april 2005 och vilket registrerades den 8 juni 2005 under nummer 30523439 (nedan kallat det andra av de äldre varumärkena):



- Det nedan återgivna figurmärket, för vilket registreringsansökan ingavs den 10 januari 2007 och vilket registrerades den 5 februari 2007 under nummer 30700574 (nedan kallat det tredje av de äldre varumärkena):



7 De äldre varumärkena är bland annat registrerade för varor i klass 30 vilka motsvarar följande beskrivning: "Chokladbitar, chokladprodukter; konfekt, sötsaker, kola, särskilt sådana som är framställda av mjölk, grädde och/eller smör". Pico Food begränsade sin invändning till att endast gälla dessa varor.

- 8 Invändningen grundade sig även på andra äldre varumärken som är registrerade i Tyskland och som liknar det andra av de äldre varumärkena, men som innehåller andra motiv eller ytterligare ordelement.
- 9 Till stöd för invändningen åberopades det registreringshinder som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 (nu artikel 8.1 b i förordning nr 207/2009).
- 10 Invändningsenheten avslag Pico Foods invändning genom beslut av den 12 februari 2010.
- 11 Pico Food överklagade invändningsenhetens beslut till harmoniseringsbyrån den 9 april 2001 i enlighet med artiklarna 58–64 i förordning nr 207/2009.
- 12 Genom beslut av den 8 september 2011 (nedan kallat det angripna beslutet) avslag andra överklagandenämnden vid harmoniseringsbyrån överklagandet och anförde följande. Skillnaderna mellan de motstående kännetecknen är tillräckligt stora för att det inte ska anses finnas någon risk för förväxling i detta fall, trots att de aktuella varorna är identiska och att det första och det andra av de äldre varumärkena eventuellt kan anses kända. Denna slutsats gäller i än högre grad för de andra varumärken som åberopats till stöd för invändningen, vilka skiljer sig ännu mer från det sökta varumärket.

Parternas yrkanden

- 13 Sökandebolaget har yrkat att tribunalen ska
 - ogiltigförklara det angripna beslutet, och
 - förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.
- 14 Harmoniseringsbyrån och intervenienten har yrkat att tribunalen ska
 - ogilla talan, och
 - förplikta sökandebolaget att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

- 15 Sökandebolaget har till stöd för sin talan anført två grunder. Som första grund har bolaget gjort gällande att artikel 76.1 i förordning nr 207/2009 har åsidosatts. Som andra grund har bolaget gjort gällande att artikel 8.1 b i förordning nr 207/2009 har åsidosatts.

Den första grunden: Åsidosättande av artikel 76.1 i förordning nr 207/2009

- 16 Sökandebolaget har i denna del anført följande. Bolaget bestrider överklagandenämndens påstående i punkt 27 i det angripna beslutet att konsumenter i Europeiska unionen, ”inbegripet Tyskland”, är vana vid att stöta på flera varumärken ”innehållande en ko” och därför fäster mindre vikt vid denna beståndsdel. För att komma till denna slutsats hänvisade överklagandenämnden till ett trettiotal av intervenienten åberopade gemenskapsvarumärken innehållande återgivningar av en ko, vilka registrerats för varor i klass 30. Den bevisning som intervenienten åberopat under förfarandet styrker inte att de varumärken som anges i det angripna beslutet används för de aktuella varorna i det relevanta området, det vill säga Tyskland. Överklagandenämndens antagande är således felaktigt. Sökandebolaget har i repliken tillagt att överklagandenämndens argument att de aktuella varorna huvudsakligen framställs av mjölk är felaktigt och inte stöds av någon bevisning.

- 17 Harmoniseringsbyrån och intervenienten har bestritt sökandebolagets argument.
- 18 Enligt artikel 76.1 i förordning nr 207/2009 ska harmoniseringsbyråns prövning i ärenden om relativa registreringshinder, såsom det här aktuella ärendet, vara begränsad till vad parterna har åberopat och yrkat.
- 19 Således kan överklagandenämnden, när den prövar ett överklagande av ett beslut som avslutar ett invändningsförfarande, enbart grunda sitt beslut på de relativa registreringshinder som den berörda parten har åberopat och på de sakförhållanden och bevis som parterna har åberopat och som avser nämnda registreringshinder (tribunalens dom av den 22 juni 2004 i mål T-185/02, Ruiz-Picasso m.fl. mot harmoniseringsbyrån - DaimlerChrysler (PICARO), REG 2004, s. II-1739, punkt 28 och där angiven rättspraxis). Detta utesluter dock inte att nämnden, utöver de sakförhållanden som parterna i invändningsförfarandet uttryckligen har åberopat, också kan beakta notoriska fakta, och inte heller att nämnden prövar en rättsfråga trots att den inte har aktualiserats av parterna, om en lösning på denna fråga är nödvändig för att säkerställa en korrekt tillämpning av de aktuella bestämmelserna (se, för ett liknande resonemang, tribunalens dom av den 1 februari 2005 i mål T-57/03, SPAG mot harmoniseringsbyrån - Dann och Backer (HOOLIGAN), REG 2005, s. II-287, punkterna 21, 32 och 33).
- 20 I förevarande fall har intervenienten, såsom framgår av handlingarna, vid harmoniseringsbyrån åberopat handlingar avseende mer än ett trettiotal varumärken som är införda i registret över gemenskapsvarumärken för varor i klass 30 och som innehåller en återgivning av en ko. Sökandebolaget har självt, i sina yttranden till harmoniseringsbyrån, angett att intervenienten härvid argumenterade för att en återgivning av en ko har låg särskiljningsförmåga. I förevarande fall kan det således inte anses att överklagandenämnden vid sin prövning i detta avseende har gått utöver de grunder som parterna åberopat och de yrkanden som de framställt.
- 21 Den omständigheten att sökandebolaget inte delar de slutsatser som överklagandenämnden drog utifrån prövningen av de av intervenienten åberopade sakförhållanden är en materiell fråga som inte kan åberopas vid prövningen av en grund avseende åsidosättande av artikel 76 i förordning nr 207/2009 (se, för ett liknande resonemang, tribunalens dom av den 30 maj 2013 i mål T-218/10, DHL International mot harmoniseringsbyrån – Service Point Solutions (SERVICEPOINT), punkt 66).
- 22 Tribunalen noterar även att överklagandenämndens hänvisning till de varumärken som nämnts i punkt 20 ovan gjordes i anknytning till argumentet i punkt 26 i det överklagade beslutet att en återgivning av en ko anspelar på de aktuella varorna. Detta argument kan inte vederläggas genom sökandebolagets första grund.
- 23 Överklagandenämndens konstaterande att de aktuella varorna kan framställas av mjölk eller mjölkprodukter grundar sig endast på en undersökning av själva varorna. Dessa varor omfattas av parternas yrkanden och de uppgifter om sakförhållandena som överklagandenämnden förfogar över. Konstaterandet innebär således inte att artikel 76.1 i förordning nr 207/2009 har åsidosatts. Det saknas härvid anledning att ta ställning till frågan huruvida sökandebolagets argument i denna del har framställts för sent. Såsom angetts ovan är den omständigheten att sökandebolaget inte delar de slutsatser som överklagandenämnden drog utifrån prövningen av sakförhållandena i det aktuella ärendet en materiell fråga som inte kan åberopas inom ramen för en grund avseende åsidosättande av artikel 76.1 i förordning nr 207/2009.
- 24 Mot bakgrund härav kan talan inte vinna bifall såvitt avser sökandebolagets första grund.

Den andra grunden: Åsidosättande av artikel 8.1 b i förordning nr 207/2009

- 25 Sökandebolaget har anfört följande. För det första gjorde överklagandenämnden fel när den fann att de lodräta ränderna i de äldre varumärkena är grå. Tribunalen har slagit fast att när ett varumärke registreras i svart-vitt täcker det alla färgkombinationer som omfattas av den grafiska återgivningen. De motstående kännetecknen har således i detta fall samma färger. Den visuella likheten mellan kännetecknen är följaktligen större än vad överklagandenämnden slog fast. Dessutom är figurelementen i de motstående kännetecknen, vilka återger en ko, mycket lika. Överklagandenämnden har lagt för stor vikt vid ordelementen i kännetecknen. För det andra har den visuella likheten en särskilt stor betydelse i detta fall med beaktande av det sätt på vilket de aktuella varorna saluförs. Dessutom ligger graden av uppmärksamhet hos omsättningskretsen under genomsnittet. För det tredje beaktade överklagandenämnden inte den bevisning som sökandebolaget åberopat till styrkande av att de äldre varumärkena har förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning. För det fjärde underlät överklagandenämnden att beakta ett avgörande från en tysk domstol avseende samma kännetecken som dem som är aktuella i detta mål. Sökandebolaget har i repliken angett att sökandebolaget, för det femte, bestrider överklagandenämndens slutsats att återgivningen av en ko är beskrivande för de varor som omfattas av de äldre varumärkena och särskilt för varorna ”konfekt, sötsaker, kola”.
- 26 Harmoniseringsbyrån och intervenienten har bestritt sökandebolagets argument.
- 27 Om innehavaren av ett äldre varumärke framställer en invändning ska, enligt artikel 8.1 b i förordning nr 207/2009 det varumärke som ansökan gäller inte registreras om det – på grund av att det är identiskt med eller liknar ett äldre varumärke och de varor eller tjänster som omfattas av varumärkena är identiska eller är av liknande slag – föreligger en risk att allmänheten förväxlar dem inom det område där det äldre varumärket är skyddat. Denna risk inbegriper risken för att varumärket associeras med det äldre varumärket. I artikel 8.2 a ii i förordning nr 207/2009 föreskrivs det vidare att äldre varumärken är varumärken som har registrerats i en medlemsstat och för vilka ansökan om registrering gjorts tidigare än ansökan om registrering av gemenskapsvarumärket.
- 28 Enligt fast rättspraxis föreligger risk för förväxling om det finns risk för att allmänheten kan tro att varorna eller tjänsterna i fråga kommer från samma företag eller i förekommande fall från företag med ekonomiska band. Vid prövningen av huruvida det föreligger risk för förväxling ska det, enligt denna rättspraxis, göras en helhetsbedömning utifrån hur omsättningskretsen uppfattar kännetecknen och varorna eller tjänsterna mot bakgrund av samtliga relevanta faktorer i det enskilda fallet, däribland samspelet mellan känneteckenslikheten och varu- eller tjänsteslagslikheten (se förstainstansrättens dom av den 9 juli 2003 i mål T-162/01, Laboratorios RTB mot harmoniseringsbyrån - Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), REG 2003, s. II-2821, punkterna 30–33 och där angiven rättspraxis). Låg varu- eller tjänsteslagslikhet kan således kompenseras av hög varumärkeslikhet och omvänt (domstolens dom av den 13 september 2007 i mål C-234/06 P, Il Ponte Finanziaria mot harmoniseringsbyrån, REG 2007, s. I-7333, punkt 48, och förstainstansrättens dom av den 23 oktober 2002 i mål T-6/01, Matratzen Concord mot harmoniseringsbyrån - Hukla Germany (MATRATZEN), REG 2002, s. II-4335, punkt 25).
- 29 Vidare ska helhetsbedömningen av risken för förväxling, vad gäller varumärkenas visuella, fonetiska eller begreppsmässiga likhet, grunda sig på det helhetsintryck som varumärkena åstadkommer med hänsyn särskilt till deras särskiljande och dominerande beståndsdelar. Den uppfattning som genomsnittskonsumenten av de ifrågavarande varorna och tjänsterna har av varumärkena är av avgörande betydelse vid helhetsbedömningen av nämnda risk. Genomsnittskonsumenten uppfattar vanligtvis ett varumärke som en helhet och ägnar sig inte åt att undersöka varumärkets olika detaljer (se tribunalens dom av den 8 december 2011 i mål T-586/10, Aktieselskabet af 21. november 2001 mot harmoniseringsbyrån – Parfums Givenchy (only givenchy), ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 20 och där angiven rättspraxis).

- 30 I samband med helhetsbedömningen av risken för förväxling förväntas genomsnittskonsumenten av de aktuella varorna vara normalt informerad samt skäligen uppmärksam och medveten. Vidare ska hänsyn tas till att genomsnittskonsumenten sällan har möjlighet att göra en direkt jämförelse mellan de olika varumärkena, utan måste förlita sig på en oklar minnesbild av varumärkena. Det ska även beaktas att genomsnittskonsumentens uppmärksamhet kan variera beroende på vilket varu- eller tjänsteslag det är fråga om (förstainstansrättens dom av den 23 oktober 2002 i mål T-104/01, Oberhauser mot harmoniseringsbyrån - Petit Liberto (Fifties), REG 2002, s. II-4359, punkt 28, och av den 30 juni 2004 i mål T-186/02, BMI Bertollo mot harmoniseringsbyrån - Diesel (DIESELIT), REG 2004, s. II-1887, punkt 38).
- 31 Ju högre särskiljningsförmåga det äldre varumärket har, desto större är risken för förväxling. Varumärken som antingen i sig eller på grund av att de är kända på marknaden har hög särskiljningsförmåga åtnjuter därför ett mer omfattande skydd än varumärken med lägre särskiljningsförmåga. Vid bedömningen av huruvida det finns en risk för förväxling ska det äldre varumärkets särskiljningsförmåga, och särskilt den omständigheten att varumärket är känt, således beaktas (se domstolens dom av den 17 april 2008 i mål C-108/07 P, Ferrero Deutschland mot harmoniseringsbyrån, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkterna 32 och 33 och där angiven rättspraxis, och tribunalens dom av den 28 oktober 2010 i mål T-131/09, Farmeco mot harmoniseringsbyrån – Allergan (BOTUMAX), ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 67).
- 32 Det är mot bakgrund av ovannämnda överväganden som tribunalen ska pröva överklagandenämndens bedömning av risken för förväxling mellan de motstående kännetecknen.
- 33 I detta fall är de äldre varumärkena tyska varumärken. Såsom överklagandenämnden har konstaterat i punkt 14 i det angripna beslutet är det relevanta området således Tyskland, vilket sökandebolaget inte har bestritt.
- 34 De aktuella varorna är, såsom överklagandenämnden angett i punkt 15 i det angripna beslutet, gängse konsumentvaror. Följaktligen utgörs omsättningskretsen av en normalt informerad och skäligen uppmärksam och medveten genomsnittskonsument. I detta avseende underkänner tribunalen sökandebolagets argument att graden av uppmärksamhet hos omsättningskretsen ligger långt under genomsnittet. Sökandebolaget har anfört att de äldre varumärkena används för sötsaker och att konsumenten i detta sammanhang gör impulsköp. De motstående kännetecknen avser emellertid även andra varor än sötsaker. Sökandebolagets anmärkning avser således inte alla varor som omfattas av de motstående kännetecknen. Även om det antas att konsumenten gör impulsköp av sötsaker i vissa situationer, finns det inte heller något som tyder på att detta sker systematiskt. Slutligen innebär den omständigheten att omsättningskretsen gör impulsköp inte i sig att graden av uppmärksamhet hos omsättningskretsen är mindre än graden av uppmärksamhet hos en genomsnittskonsument.
- 35 När det gäller varuslagslikheten delar tribunalen överklagandenämndens bedömning i punkt 17 i det angripna beslutet, vilken parterna inte bestritt, att de varor i klass 30 som omfattas av registreringsansökan är identiska med de varor som omfattas av de äldre varumärkena.
- 36 När det gäller känneteckenslikheten erinrar tribunalen om att bedömningen av likheten mellan två varumärken inte endast kan avse en beståndsdel i ett sammansatt varumärke och bestå i att denna jämförs med ett annat varumärke. Jämförelsen ska tvärtom göras genom att de aktuella varumärkena, betraktade vart och ett för sig, undersöks i sin helhet. Detta utesluter emellertid inte att omsättningskretsens minnesbild av det helhetsintryck som ett sammansatt varumärke ger under vissa förhållanden kan domineras av en eller flera av varumärkets beståndsdelar (se domstolens dom av den 12 juni 2007 i mål C-334/05 P, harmoniseringsbyrån mot Shaker, REG 2007, s. I-4529, punkt 41 och där angiven rättspraxis). Det är endast när alla andra beståndsdelar i varumärket är försumbara som bedömningen av likheten kan grunda sig enbart på den dominerande beståndsdel (domstolens dom i det ovannämnda målet harmoniseringsbyrån mot Shaker, punkt 42, och av den 20 september 2007 i mål C-193/06 P, Nestlé mot harmoniseringsbyrån, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 42). Detta

kan vara fallet bland annat när denna beståndsdel i sig kan dominera omsättningskretsens minnesbild av varumärket på ett sådant sätt att övriga beståndsdelar är försumbara för helhetsintrycket (domen i det ovannämnda målet Nestlé mot harmoniseringsbyrån, punkt 43).

- 37 Vad först beträffar de visuella aspekterna, finner tribunalen att det saknas fog för sökandebolagets argument att en registrering av ett varumärke ”i svart-vitt” täcker ”alla färgkombinationer som omfattas av den grafiska återgivningen” och att ”[sökandebolaget] därmed kan göra anspråk på skydd för alla kombinationer av vertikala ränder bestående av vita och färgade ränder, oavsett om de är svarta, orange eller gula”. Sökandebolaget har härav dragit slutsatsen att ”de [aktuella] varumärkena ska anses täcka samma färger”.
- 38 Det har nämligen inte getts in någon bevisning som styrker att registreringen av de äldre varumärkena avser en viss färg, vilket sökandebolaget bekräftade vid förhandlingen. Den omständigheten att ett varumärke är registrerat i en färg eller att det tvärtom inte har registrerats i någon bestämd färg kan i detta avseende inte anses helt försumbar ur konsumenternas synvinkel (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 18 juli 2013 i mål C-252/12, Specsavers International Healthcare m.fl., punkt 37; se även, för ett liknande resonemang, tribunalens dom av den 17 januari 2012 i mål T-522/10, Hell Energy Magyarországi mot harmoniseringsbyrån – Hansa Mineralbrunnen (HELL), punkterna 49 och 50, och av den 24 januari 2012 i mål T-593/10, El Corte Inglés mot harmoniseringsbyrån – Ruan (B), punkt 29). Tribunalen erinrar även om att jämförelsen ska göras mellan kännetecknen såsom de har registrerats eller såsom de har angetts i registreringsansökan (förstainstansrättens dom av den 8 december 2005 i mål T-29/04, Castellblanch mot harmoniseringsbyrån - Champagne Roederer (CRISTAL CASTELLBLANCH), REG 2005, s. II-5309, punkt 57).
- 39 När det gäller förstainstansrättens dom av den 18 juni 2009 i mål T-418/07, LIBRO mot harmoniseringsbyrån – Causley (LiBRO) (ej publicerad i rättsfallssamlingen), vilken sökandebolaget nämnt i repliken och i vilken det anges att ett ”äldre varumärke som inte avser någon särskild färg även omfattar färgkombinationer” (punkt 65), kan denna dom tolkas så, att när ett varumärke inte är registrerat i någon viss färg kan varumärkesinnehavaren använda det i en färg eller i en sammansättning av färger och i förekommande fall uppnå skydd för varumärket enligt de relevanta bestämmelser som är tillämpliga. Detta gäller särskilt om en väsentlig del av omsättningskretsen har kommit att associera denna färg eller sammansättning med det äldre varumärket till följd av det sätt på vilket varumärkesinnehavaren har använt varumärket (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet Specsavers International Healthcare m.fl., punkt 41). Detta betyder emellertid, i motsats till vad sökandebolaget har hävdad i sina inlagor, inte att en registrering av ett varumärke som inte avser någon viss färg täcker ”alla färgkombinationer som omfattas av den grafiska återgivningen”.
- 40 Överklagandenämnden gjorde således en riktig bedömning när den fann att en av skillnaderna mellan det sökta varumärket och det första och det andra av de äldre varumärkena består i att en del av det sökta varumärket utgörs av en gul bakgrund med vertikala vita ränder. Vidare utgörs det första och det andra av de äldre varumärkena inte bara av vertikala ränder, utan de innehåller även – såsom överklagandenämnden angett – en horisontell rand. Även det tredje av de äldre varumärkena uppvisar i detta avseende betydande skillnader i förhållande till det sökta varumärket, eftersom det endast innehåller fyra vertikala ränder, varav två är placerade på den ena sidan av figurelementet i kännetecknet och två är placerade på den andra sidan av detta figurelement.
- 41 De motstående kännetecknen skiljer sig även åt i visuellt hänseende på så sätt att det sökta varumärket har två ramar, en som innehåller den figurativa återgivningen av en ko och en annan som innehåller ordelementen ”zpc ® milanówek”. Ramen med återgivningen av en ko skiljer sig till sin form från de ramar som används i de äldre varumärkena. Såsom överklagandenämnden angett återges intill denna

ram även fyra ornament. Ramen med ordelementen "zpc ° milanówek" är placerad över ramen med återgivningen av en ko. Därför ger ramen med ordelementen "zpc ° milanówek" ett starkare visuellt intryck.

- 42 Vidare skiljer sig de motstående kännetecknen åt på så sätt att det sökta varumärket innehåller ordelementen "milanówek", "zpc ° milanówek" och "cream fudge", vilka – med undantag av uttrycket "cream fudge", som finns i det tredje av de äldre varumärkena – inte ingår i de äldre varumärkena. När varumärket består av både ordelement och figurelement ska ordelementen i princip anses vara mera särskiljande än figurelementen, eftersom genomsnittskonsumenten lättare refererar till den aktuella varan genom att ange namnet än genom att beskriva varumärkets figurelement (se tribunalens dom av den 2 februari 2011 i mål T-437/09, Oyster Cosmetics mot harmoniseringsbyrå – Kadabell (Oyster cosmetics), ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 36 och där angiven rättspraxis). Uttrycket "cream fudge" ingår visserligen även i det tredje av de äldre varumärkena. Tribunalen finner emellertid att detta varumärke i övrigt, såsom har angetts i punkt 40 ovan, uppvisar stora skillnader i visuellt hänseende i förhållande till det sökta varumärket. Det innehåller dessutom andra ordelement som inte ingår i det sökta varumärket, nämligen uttrycket "sahne toffee" och ordet "luxury".
- 43 Slutligen är det riktigt att de motstående kännetecknen uppvisar vissa visuella likheter på grund av att de båda innehåller ett figurelement som återger en ko. I detta hänseende finner tribunalen, i likhet med överklagandenämnden, att återgivningen av en ko i de motstående kännetecknen visserligen uppvisar smärre skillnader, men att dessa skillnader mellan figurelementen, såsom sökandebolaget har framhållit i sina inlagor, inte påverkar det faktum att konsumenten kommer att ha en minnesbild av en ko (se, för ett liknande resonemang, tribunalens dom av den 18 maj 2011 i mål T-376/09, Glenton España mot harmoniseringsbyrå – Polo/Lauren (POLO SANTA MARIA), ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 33]. Det saknas härvid skäl att ta ställning till frågan huruvida de sakförhållanden som sökandebolaget åberopat i denna del kan tas upp till sakprövning.
- 44 Såsom överklagandenämnden angett i punkt 26 i det angripna beslutet anspelar återgivningen av en ko emellertid i detta fall på de aktuella varorna. Denna beståndsdel har således i detta fall en låg särskiljningsförmåga. Sökandebolaget har, i sin replik, bestritt överklagandenämndens slutsats i denna del, särskilt vad gäller varorna "konfekt, sötsaker, kola", vilka omfattas av de äldre varumärkena. Tribunalen kan inte godta sökandebolagets argument och det saknas således skäl att pröva frågan huruvida det har åberopats för sent. När det gäller de varor som omfattas av registreringsansökan har sökandebolaget inte lagt fram något särskilt argument som skulle kunna föranleda en annan bedömning än den som överklagandenämnden gjort. När det gäller de varor som omfattas av de äldre varumärkena, vilka är de varor som mer specifikt avses med sökandebolagets argumentation, ska det – förutom den omständigheten att chokladbitar och chokladprodukter kan vara framställda av mjölk eller mjölkprodukter – noteras att beskrivningen av de varor som omfattas av varumärkena, just när det gäller varorna konfekt, sötsaker och karamell som bolaget hänvisat till i sina inlagor, innehåller följande precisering: "särskilt sådana som är framställda av mjölk, grädde och/eller smör". I motsats till vad sökandebolaget hävdar i sina inlagor kan varorna konfekt, sötsaker och kola, vilka omfattas av de äldre varumärkena, således vara framställda av mjölk eller mjölkprodukter. Denna bedömning stöds dessutom av en försäkran under ed som bifogats ansökan. I denna försäkran anges att den kola som sökandebolaget tillverkar innehåller grädde, smör och mjölk. Överklagandenämnden gjorde således inte någon felaktig bedömning i denna del. Med hänsyn härtill saknas skäl att ta ställning till huruvida överklagandenämnden gjorde en felaktig bedömning när den, på grundval av den bevisning som intervenienten åberopat vid harmoniseringsbyrå, fann att konsumenterna i Europeiska unionen, inbegripet Tyskland, är vana vid att stöta på varumärken som innehåller en återgivning av en ko för varor i klass 30. Även om det antas att överklagandenämnden gjorde en felaktig bedömning i denna del, påverkar detta nämligen inte slutsatsen att en återgivning av en ko i detta fall anspelar på de aktuella varorna.

- 45 Det faktum att sökandebolaget åberopat ett beslut från harmoniseringsbyråns invändningsenhet avseende ett annat kännetecken som innehåller en återgivning av en ko påverkar inte överklagandenämndens slutsats i denna del. Tribunalen finner inte anledning att uttala sig om vad harmoniseringsbyrån anfört till stöd för att sökandebolagets argument inte kan prövas, utan erinrar om att de beslut som överklagandenämnderna ska fatta enligt förordning nr 207/2009 beträffande registrering av ett kännetecken som gemenskapsvarumärke fattas inom ramen för en normbunden behörighet. Överklagandenämnderna har således inte någon befogenhet att företa skönsrättsliga bedömningar. Frågan huruvida överklagandenämndernas beslut är lagenliga ska därför enbart bedömas på grundval av denna förordning, såsom den tolkas av unionsdomstolarna, och inte mot bakgrund av överklagandenämndernas tidigare beslutspraxis (domstolens dom av den 26 april 2007 i mål C-412/05 P, Alcon mot harmoniseringsbyrån, REG 2007, s. I-3569, punkt 65, och tribunalens dom av den 2 maj 2012 i mål T-435/11, Universal Display mot harmoniseringsbyrån (UniversalPHOLED), punkt 37). För det fall sökandebolaget genom sina argument ska anses ha gjort gällande att principen om likabehandling eller principen om god förvaltning åsidosatts, erinrar tribunalen dessutom om att dessa principer ska tillämpas mot bakgrund av legalitetsprincipen (domstolens dom av den 10 mars 2011 i mål C-51/10 P, Agencja Wydawnicza Technopol mot harmoniseringsbyrån, REU 2011, s. I-1541, punkt 75). Dessutom ska, med hänsyn till kraven på rättssäkerhet och god förvaltning, bedömningen av en registreringsansökan vara stringent och fullständig samt göras i varje enskilt fall (domen i det ovan nämnda målet Agencja Wydawnicza Technopol mot harmoniseringsbyrån, punkt 77). Tribunalen noterar i denna del att den grafiska återgivningen av kon i det tidigare ärende som sökandebolaget åberopat klart skiljer sig från den återgivning som är aktuell i detta fall. Dessutom innebar särdragen i den grafiska återgivning som var aktuell i nämnda ärende att invändningsenheten kunde slå fast att figurelementet i det fallet obestriddligen hade särskiljningsförmåga. I det nu aktuella fallet räcker det att konstatera att de figurelement som använts för att återge kon inte är så säregna att de kan anses ha en obestriddlig särskiljningsförmåga eller att de kan uppväga det faktum att dessa beståndsdelar anspelar på de aktuella varorna.
- 46 Mot bakgrund av ovanstående finner tribunalen att överklagandenämnden inte gjorde någon felaktig bedömning när den fann att de motstående kännetecknen visserligen liknar varandra i viss mån, särskilt med hänsyn till det gemensamma figurelementet som återger en ko, men att de i visuellt hänseende uppvisar betydande skillnader.
- 47 Tribunalen övergår därefter till att pröva de fonetiska aspekterna. Överklagandenämnden gjorde därvid en riktig bedömning när den slog fast att det sökta varumärket inte har något ordelement gemensamt med det första och det andra av de äldre varumärkena. När det gäller det tredje av de äldre varumärkena gjorde överklagandenämnden det korrekta iakttagandet att detta varumärke endast har uttrycket "cream fudge" gemensamt med det sökta varumärket och att varumärkena skiljer sig från varandra genom att det äldre varumärket innehåller andra ordelement som inte ingår i det sökta varumärket, nämligen uttrycket "sahne toffee" och ordet "luxury". Det sökta varumärket innehåller även ordelement som inte ingår i det tredje av de äldre varumärkena, nämligen "milanówek" och "zpc[®] milanówek". Sökandebolaget har inte bestritt överklagandenämndens slutsatser i denna del. Bolaget har emellertid gjort gällande att det inte är möjligt att göra någon jämförelse i fonetiskt hänseende, eftersom det första av de äldre varumärkena inte innehåller något ordelement. Det räcker emellertid att konstatera att det finns fonetiska skillnader, om inte annat i det att det sökta varumärket kan uttryckas muntligt genom att dess ordelement uttalas. Även om det inte skulle vara möjligt att göra någon jämförelse i fonetiskt hänseende, leder detta inte till att de båda aktuella varumärkena ska anses likna varandra fonetiskt.
- 48 När det vidare gäller de begreppsmässiga aspekterna, gjorde överklagandenämnden en riktig bedömning när den angav att de motstående kännetecknen båda innehåller ett figurelement som återger en ko, men att det sökta varumärket dessutom innehåller ordelementet "milanówek". Detta ordelement anges på två olika ställen och på ett av ställena är det fullt synligt. Såsom överklagandenämnden har angett är "milanówek" namnet på en stad i Polen. Därför förhåller det sig

så, att omsättningskretsen antingen känner till namnet på denna stad eller tror att det rör sig om ett påhittat ord. Det saknas mot denna bakgrund stöd för påståendet att överklagandenämnden gjorde en felaktig bedömning när den fann att likheterna mellan de motstående kännetecknen inte var tillräckligt stora för att det skulle anses föreligga en begreppsmässig likhet. Sökandebolaget har inte bestritt överklagandenämndens slutsats i denna del. Sökandebolaget har emellertid i sin replik gjort gällande att det inte är möjligt att göra någon jämförelse i begreppsmässigt hänseende, eftersom det första av de äldre varumärkena inte innehåller något ordelement. Tribunalen underkänner bolagets argument i denna del såsom uppenbart ogrundat, eftersom ett figurmärke kan ha en begreppsmässig innebörd för omsättningskretsen, även om det inte innehåller något ordelement. Det saknas således skäl att pröva frågan huruvida sökandebolagets argument har åberopats för sent.

- 49 När det gäller risken för förväxling finner tribunalen inledningsvis, i motsats till vad harmoniseringsbyrån hävdade i sina inlagor, inte att överklagandenämnden slog fast att de motstående kännetecknen ur ett helhetsperspektiv är olika. Nämnden gjorde nämligen en bedömning av risken för förväxling i punkterna 35–37 i det angripna beslutet.
- 50 Tribunalen erinrar vidare om att de motstående kännetecknen, såsom framgår ovan, uppvisar betydande skillnader. Även om det antas att den visuella likheten, såsom sökandebolaget har hävdade, har en särskilt stor betydelse i detta fall med hänsyn till det sätt på vilket de aktuella varorna saluförs, påverkar detta inte det faktum att de motstående kännetecknen, som tidigare nämnts, uppvisar betydande skillnader i visuellt hänseende.
- 51 Även om det antas att de äldre varumärkena, såsom sökandebolaget har hävdade, har förhöjd särskiljningsförmåga till följd av användning inom det relevanta området, gjorde överklagandenämnden inte någon felaktig bedömning när den fann att det i detta fall inte finns någon risk för förväxling hos omsättningskretsen, trots att de aktuella varorna är identiska. I motsats till vad sökandebolaget har hävdade i sina inlagor har överklagandenämnden beaktat att de äldre varumärkena eventuellt hade förvärvat en särskilt hög särskiljningsförmåga till följd av användning inom det relevanta området. Överklagandenämnden fann emellertid att denna eventualitet inte kunde läggas till grund för att det finns en risk för förväxling i detta fall. Överklagandenämnden gjorde härvid, såsom redan slagits fast, en riktig bedömning. I motsats till vad sökandebolaget förefaller antyda i sina inlagor är det skillnad mellan den omständigheten att en av beståndsdelarna i ett sammansatt varumärke vid jämförelsen av kännetecknen tillmätts låg särskiljningsförmåga och den omständigheten att ett äldre varumärke vid helhetsbedömningen av risken för förväxling anses, eller inte anses, ha en särskilt hög särskiljningsförmåga till följd av användning.
- 52 Slutligen gjorde överklagandenämnden inte någon felaktig bedömning när den fann att risken för förväxling inte är större när det gäller de andra äldre nationella varumärkena, vilka åberopats till stöd för invändningen, eftersom dessa varumärken skiljer sig i ännu högre grad från det sökta varumärket.
- 53 De övriga argument som sökandebolaget har anfört föranleder inte någon annan slutsats.
- 54 När det gäller den omständigheten att en regional tysk domstol har meddelat ett avgörande om samma motstående kännetecken, vilket överklagandenämnden inte beaktade, räcker det att erinra om att gemenskapsordningen för varumärken är ett självständigt system och att harmoniseringsbyrån därför inte är bunden av nationella registreringar (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 30 juni 2004 i mål T-281/02, Norma Lebensmittelfilialbetrieb mot harmoniseringsbyrån (Mehr für Ihr Geld), REG 2004, s. II-1915, punkt 35, och av den 12 december 2007 i mål T-117/06, DeTeMedien mot harmoniseringsbyrån (suchen.de), ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 45 och där angiven rättspraxis). Sökandebolaget har även självt, i samband med sin framställning av grunder vid överklagandenämnden, anfört att harmoniseringsbyrån inte var bunden av det tyska avgörandet. Sökandebolaget hävdade endast att detta avgörande är en omständighet som talar för att det finns en risk för förväxling i detta fall. Dessutom framgår det av det angripna beslutet i sin helhet att överklagandenämnden delade invändningsenhetens bedömning. Invändningsenheten hade redan

konstaterat att harmoniseringsbyrån inte var bunden av det aktuella avgörandet, varvid den hänvisade just till domen i det ovannämnda målet Mehr für Ihr Geld. Med beaktande av alla dessa omständigheter kan det inte läggas överklagandenämnden till last att den inte uttryckligen nämnde det tyska avgörandet i det angripna beslutet.

- 55 Mot bakgrund av det ovan anförda kan talan inte vinna bifall såvitt avser sökandebolagets andra grund. Talan ska således ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

- 56 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.
- 57 Eftersom sökandebolaget har tappat målet ska bolaget förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna i enlighet med harmoniseringsbyråns och intervenientens yrkanden.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (andra avdelningen)

följande:

- 1) **Talan ogillas.**
- 2) **Pico Food GmbH ska ersätta rättegångskostnaderna.**

Forwood

Dehousse

Schwarzc

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 9 april 2014.

Underskrifter