



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Ottende Afdeling)

11. december 2014*

»EF-varemærker — indsigelsessag — ansøgning om EF-figurmærket Master — de ældre EF-figurmærker Coca-Cola og det ældre nationale figurmærke C — relativ registreringshindring — artikel 8, stk. 5, i forordning (EF) nr. 207/2009 — lighed mellem tegnene — beviser vedrørende den kommercielle anvendelse af det ansøgte varemærke«

I sag T-480/12,

The Coca-Cola Company, Atlanta, Georgia (De Forenede Stater), ved barrister S. Malynicz, solicitors D. Stone og L. Ritchie og barrister S. Baran,

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) og intervenient ved Retten:

Modern Industrial & Trading Investment Co. Ltd (Mitico), Damaskus (Syrien), ved advokat A.-I. Malami,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 29. august 2012 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 2156/2011-2) vedrørende en indsigelsessag mellem The Coca-Cola Company og Modern Industrial & Trading Investment Co. Ltd (Mitico),

har

RETTEN (Ottende Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, D. Gratsias, og dommerne M. Kancheva (refererende dommer) og C. Wetter,

justitssekretær: fuldmægtig J. Weychert,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 5. november 2012,

* Processprog: engelsk.

under henvisning til svarskriftet fra Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design), der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 22. februar 2013,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 7. marts 2013,

og efter retsmødet den 9. juli 2014,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund





- 1 Den 10. maj 2010 indgav intervenienten, Modern Industrial & Trading Investment Co. Ltd (Mitico), 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. 207/2009 af 26. februar 2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1).
- 2 Varemærket, der blev ansøgt registreret, var følgende figurtegn:



- 3 De varer, som varemærkeansøgningen vedrørte, henhører under klasse 29, 30 og 32 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 efter den i forbindelse med sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret foretagne begrænsning til følgende beskrivelse:
 - klasse 29: »yoghurt. Kød, fisk, fjerkræ og vildt, kødekstrakter. Konserverede, frosne, tørrede og kogte frugter og grøntsager. Geléer, marmelade, frugtkonserves. Æg. Konserves og pickles. Salater i eddike. Kartoffelchips«
 - klasse 30: »kaffe, te, kakao, sukker, ris, tapioka, sago, kaffeerstatning, mel og næringsmidler af kornprodukter, konfekturvarer, slik, iscreme, honning, melassesirup, dej, mel, gær til bageribrug, bagepulver, salt, sennep, eddike, herunder vineddike, peber, saucer (krydrede), krydderier, dog ikke konditorivarer eller bagerprodukter, is, chokolade, tyggegummi, appetitvækkere af enhver art fremstillet af majs og hvede, dog ikke konditorivarer eller bagerprodukter«

— klasse 32: »mineralvand og kildevand, drikke på basis af byg, ikke-alkoholholdige øl, ikke-alkoholholdige kulsyreholdige vande af enhver art og smag, især med smag (af cola, ananas, mango, appelsin, citron, uden smag, æbler, blandede frugter, tropiske frugter, energidrikke, jordbær, frugt, limonade, granatæble) og alle former for ikke-alkoholholdige drikke af naturlig frugtsaft (æbler, citron, appelsin, frugt, blandet frugt, granatæbler, ananas, mango) og ikke-alkoholholdige saftkoncentrater og koncentrater til fremstilling af ikke-alkoholholdig saft af enhver art, pulver og knuste produkter til fremstilling af ikke-alkoholholdig saft«.

- 4 EF-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-varemærketidende* nr. 128/2010 af 14. juli 2010.
- 5 Den 14. oktober 2010 rejste sagsøgeren, The Coca-Cola Company, indsigelse i medfør af artikel 41 i forordning nr. 207/2009 mod registreringen af det ansøgte varemærke for de i præmis 3 ovenfor anførte varer.
- 6 Indsigelsen var for det første støttet på fire ældre EF-figurmærker for Coca-Cola, som er gengivet nedenfor:

			
marque n° 8792475	marque n° 3021086	marque n° 2117828	marque n° 2107118

- 7 Disse fire ældre EF-figurmærker omfatter bl.a. varer og tjenesteydelser, der for så vidt angår det første henhører under klasse 30, 32 og 33, det andet klasse 32, det tredje klasse 32 og 43 og det fjerde klasse 32 og 33 og svarer for hvert af disse varemærker og disse klasser til følgende beskrivelser:

— EF-varemærke nr. 8792475:

- klasse 30: »kaffe, te, kakao, sukker, ris, tapioka, sago, kaffeerstatning; mel og næringsmidler af korn, brød, konditori- og konfekturvarer, spiseis; honning, sirup; gær, bagepulver; salt, sennep; eddike, herunder vineddike, saucer (krydrede); krydderier; råis«
- klasse 32: »øl; mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke«
- klasse 33: »alkoholholdige drikke (dog ikke øl)«

— EF-varemærke nr. 3021086:

— klasse 32: »drikkevarer, nemlig drikkevand, vande med smag, mineralvande og kulsyreholdige vande; andre ikke-alkoholholdige drikke, nemlig ikke-alkoholholdige drikke, energidrikke og sportsdrikke; frugtdrikke og frugtsaft; saft, koncentrat og pulver til fremstilling af drikke, nemlig vand med smagsstoffer, mineralvande og kulsyreholdige vande, læskedrikke, energidrikke, sportsdrikke, frugtdrikke og frugtsafter«

— EF-varemærke nr. 2117828:

— klasse 32: »øl; mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke«

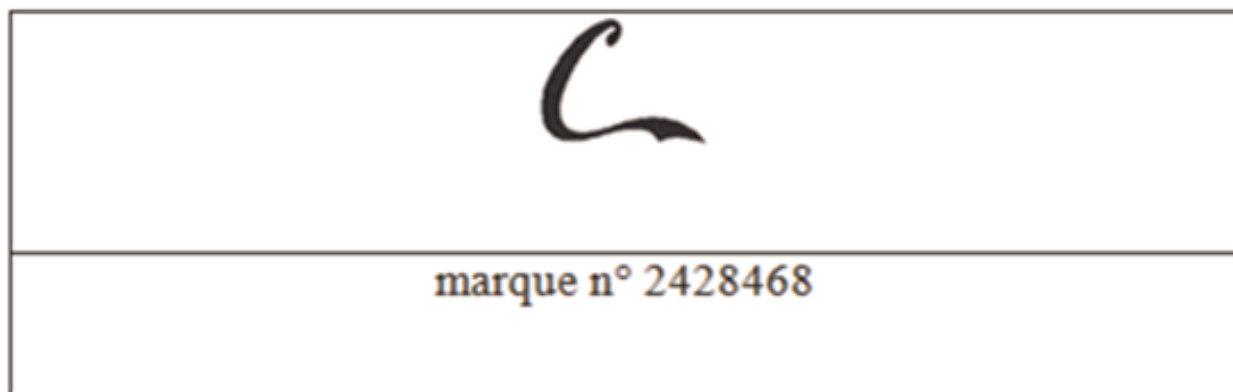
— klasse 43: »restaurationsvirksomhed og udbringning af mad og drikke; værelsesudlejning«

— EF-varemærke nr. 2107118:

— klasse 32: »øl; mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke«

— klasse 33: »alkoholholdige drikke (dog ikke øl)«

8 Indsigelsen var for det andet støttet på det ældre figurmærke C, der er registreret i Det Forenede Kongerige, og som er gengivet nedenfor:



9 Dette ældre figurmærke, der er registreret i Det Forenede Kongerige, omfatter bl.a. varer i klasse 32 og svarer til følgende beskrivelse: »øl; mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke«.

10 Til støtte for indsigelsen blev anført de grunde, der nævnes i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 og i samme forordnings artikel 8, stk. 5.

11 Den 26. september 2011 forkastede indsigelsesafdelingen indsigelsen i sin helhed.

12 Den 17. oktober 2011 indgav sagsøgeren i henhold til artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009 en klage til Harmoniseringskontoret over indsigelsesafdelingens afgørelse.

13 Ved afgørelse af 29. august 2012 (herefter »den anfægtede afgørelse«) gav Andet Appellkammer ved Harmoniseringskontoret afslag på klagen.

- 14 Først definerede appelkammeret indledningsvis for så vidt angår den indsigelsesgrund, der er baseret på artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, den relevante forbruger som et almindeligt medlem af offentligheden i Den Europæiske Union. For det andet bemærkede appelkammeret, at intervenienten anfægtede indsigelsesafdelingens foreløbige konklusion om, at de varer, der var omfattet af de omtvistede varemærker, var af samme art. For det tredje fandt appelkammeret, at det umiddelbart så ud til, at de omtvistede tegn slet ikke lignede hinanden, idet de omtvistede tegns ordbestanddele »coca-cola« og »master«, der var mere kendetegnende end tegnenes figurbestanddele, praktisk talt ikke havde noget til fælles ud over den »hale«, der forlængede bogstavet »c« og bogstavet »m« i de pågældende tegn. Appelkammeret forkastede desuden sagsøgerens argument om, at tegnenes lighed i det foreliggende tilfælde ikke afhang af sammenfald, der kunne opfattes, mellem ordbestanddelene, men af den særlige og kendetegnende måde, hvorpå disse ordbestanddele var gengivet i den samme skrifttype benævnt »spencerskrift«, med den begrundelse, at et sådant særligt særpræg skulle tages i betragtning i forbindelse med vurderingen af risikoen for forveksling og ikke i forbindelse med vurderingen af ligheden mellem de omtvistede tegn.
- 15 For det fjerde fastslog appelkammeret, at der ikke forelå en risiko for forveksling mellem de omtvistede tegn af følgende grunde: Appelkammeret bemærkede indledningsvis, at sagsøgeren, selv om denne var indehaver af en række Coca-Cola-varemærker, der har et højt renommé og er velkendte, og hvis renommé er knyttet til gengivelsen i spencerskrift, dog ikke var indehaver af denne unægteligt elegante skrifttype, som frit kan anvendes af alle. Dernæst anførte appelkammeret, at selv om varerne i det foreliggende tilfælde var af samme art, og de ældre varemærker ubestridt havde et renommé, var det vanskeligt at se, hvorfor en forbruger ville forveksle ordet »master«, sammensat med et arabisk ord, med de ældre varemærker, der indeholder ordene »coca-cola«, når der ikke var noget sammenfald for så vidt angik teksten. Ifølge appelkammeret var der intet håndgribeligt i de ældre tegn, der var gengivet i det ansøgte tegn, ud over tegnets »hale«-bestanddel, der udgik fra den nederste del af henholdsvis bogstavet »c« og bogstavet »m«. Appelkammeret tilføjede imidlertid, at denne bestanddel i sig selv, adskilt fra den principale Coca-Cola-kontekst, ikke var tilstrækkelig til at skabe en grad af lighed mellem tegnene, idet beviserne ikke godtgjorde, at forbrugerne ville koncentrere sig om denne detalje, når den var adskilt fra den nævnte kontekst. Endvidere fandt appelkammeret, at spencerskriften ikke var særligt fantasifuld, uanset dens haler, buer og andre prydelser, og at den ikke havde et sådant særpræg, at det forhold, at den blev anvendt i andre varemærker end sagsøgerens, ville give anledning til en mistanke om, at disse varemærker havde samme handelsmæssige oprindelse. Endelig forkastede appelkammeret sagsøgerens påstand om, at intervenienten i praksis udbød varer med etiketter, der efterlignede dem, der var påsat sagsøgerens varer, henset til, at det i nærværende sag relevante spørgsmål var, om det ansøgte varemærke havde en lighed, der kunne medføre en forveksling med de ældre registrerede varemærker, idet den måde, hvorpå varemærkerne kunne anvendes i praksis, var irrelevant for en sådan vurdering.
- 16 Derefter fandt appelkammeret for det første for så vidt angår den indsigelsesgrund, der er baseret på artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, at den første betingelse for anvendelse af denne grund, nemlig at der er en sammenhæng mellem det ansøgte varemærke og det ældre varemærke, ikke var opfyldt, idet det ikke i forbindelse med analysen af indsigelsesgrunden vedrørende risikoen for forveksling var blevet fastslået, at varemærkerne lignede hinanden (jf. præmis 14 og 15 ovenfor). I denne henseende bemærkede appelkammeret, at uafhængigt af de ældre varemærkers grad af renommé var de krænkelse, der var omfattet af denne indsigelsesgrund, følgen af en vis grad af lighed mellem det ansøgte varemærke og det ældre varemærke, der medførte, at den berørte kundekreds forbandt de to varemærker med hinanden, dvs. skabte en sammenhæng mellem dem. Ifølge appelkammeret gjorde dette sig imidlertid ikke gældende i den foreliggende sag, da der ikke var nogen lighed mellem de omtvistede varemærker.
- 17 For det andet forkastede appelkammeret sagsøgerens anbringende, der var støttet af beviser, hvorefter intervenienten markedsførte ikke-alkoholholdige drikke med varemærket Master sammen med andre bestanddele på en sådan måde, at helhedsindtrykket af den emballerede vare lignede helhedsindtrykket af en typisk Coca-Cola-vare, og bevidst havde anvendt samme præsentation, image, stilisering,

skrifttype og emballage som sagsøgeren. I denne henseende fandt appelkammeret, at hvis sådanne omstændigheder blev godtgjort, kunne sagsøgeren med rette gøre gældende, at intervenienten havde til hensigt utilbørligt at udnytte de ældre varemærkers renommé, men at sagsøgeren imidlertid ikke kunne gøre det i sammenhæng med artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, som alene skulle tage hensyn til det varemærke, som intervenienten søgte registreret.

Parternes påstande

18 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

- Den anfægtede afgørelse annulleres.
- Harmoniseringskontoret og intervenienten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

19 Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt følgende påstande:

- Harmoniseringskontoret frifindes.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

- 20 Sagsøgeren har til støtte for sagen i det væsentlige anført et eneste anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, som er opdelt i to led. Med det første led har sagsøgeren foreholdt Harmoniseringskontoret, at det har sammenblandet vurderingen af de omtvistede varemærkers lighed i henhold til den nævnte forordnings artikel 8, stk. 1, litra b), med vurderingen af, om der foreligger en sammenhæng mellem de nævnte varemærker i henhold til forordningens artikel 8, stk. 5. Med det andet led har sagsøgeren kritiseret Harmoniseringskontoret for at have underkendt beviserne vedrørende den kommercielle anvendelse af det ansøgte varemærke, hvilke er relevante med henblik på at godtgøre intervenientens hensigt om at udnytte de ældre varemærkers renommé.
- 21 Sagsøgeren har imidlertid udtrykkeligt anført, at sagsøgeren ikke anfægter appelkammerets konklusion om, at der ikke er risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009.
- 22 Det skal endvidere bemærkes, at parterne ikke har bestridt appelkammerets vurderinger for så vidt angår den relevante kundekreds og arten af de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker. Det er således ubestridt, at det ansøgte varemærke, ligesom de ældre varemærker, bl.a. omfatter ikke-alkoholholdige drikke i klasse 32, herunder colaer (jf. præmis 3 ovenfor).

Om det første led

- 23 Med det første led i det eneste anbringende har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret med urette har sammenblandet spørgsmålet om lighed mellem de omtvistede varemærker i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 og spørgsmålet om sammenhængen mellem disse varemærker i henhold til samme forordnings artikel 8, stk. 5. Dette led er i det væsentlige opdelt i to klagepunkter, idet det med det første gøres gældende, at hvis der er lighed mellem de omtvistede varemærker, udgør denne omstændighed en faktor i vurderingen af, om der foreligger en sammenhæng mellem disse varemærker som omhandlet i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, og ikke en betingelse for anvendelsen af denne bestemmelse, og med det andet klagepunkt gøres det gældende, at der er en vis grad af lighed mellem disse varemærker.

- 24 Det skal først bemærkes, at det fremgår af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, at »[h]vis indehaveren af et ældre varemærke efter stk. 2 rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, ligeledes udelukket fra registrering, hvis det er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og det søges registreret for varer eller tjenesteydelser af anden art end dem, for hvilke det ældre varemærke er registreret, når der, hvis det drejer sig om et ældre EF-varemærke, er tale om et i Fællesskabet velkendt varemærke, og der, hvis det drejer sig om et ældre nationalt varemærke, er tale om et i den pågældende medlemsstat velkendt varemærke, og brugen af det varemærke, der søges registreret, uden rimelig grund ville medføre en utilbørlig udnyttelse af det ældre varemærkes særpræg eller renommé, eller sådan brug ville skade dette særpræg eller renommé«.
- 25 Det fremgår af ordlyden af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, at anvendelsen af bestemmelsen er undergivet følgende betingelser: For det første skal der være identitet eller lighed mellem omtvistede varemærker, for det andet skal det ældre varemærke, der er påberåbt til støtte for indsigelsen, have et renommé, for det tredje skal der være en risiko for, at brugen af det ansøgte varemærke uden rimelig grund vil medføre en utilbørlig udnyttelse af det ældre varemærkes særpræg eller renommé eller vil skade dette særpræg eller renommé. Disse betingelser er kumulative, og fraværet af en af dem vil være tilstrækkeligt til, at bestemmelsen ikke finder anvendelse (jf. i denne retning dom af 25.5.2005, Spa Monopole mod KHIM – Spa-Finders Travel Arrangements (SPA-FINDERS), T-67/04, Sml., EU:T:2005:179, præmis 30, af 22.3.2007, Sigla mod KHIM – Elleni Holding (VIPS), T-215/03, Sml., EU:T:2007:93, præmis 34, og af 29.3.2012, You-Q mod KHIM – Apple Corps (BEATLE), T-369/10, EU:T:2012:177, præmis 25).
- 26 Efter fast retspraksis er de forskellige krænkelser, der er omhandlet i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 en konsekvens af, at der er en vis grad af lighed mellem det ældre varemærke og det varemærke, der er ansøgt registreret, på grundlag af hvilken den berørte kundekreds forbinder disse to varemærker, dvs. skaber en sammenhæng mellem disse, selv om den ikke nødvendigvis forveksler dem. Eksistensen af en sammenhæng mellem det varemærke, der er ansøgt registreret, og det ældre velkendte varemærke, hvilket skal afgøres ud fra en helhedsvurdering under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde, er således en væsentlig betingelse for anvendelse af denne bestemmelse (dom Spa Monopole mod KHIM – Spa-Finders Travel Arrangements (SPA-FINDERS), nævnt i præmis 25 ovenfor, EU:T:2005:179, præmis 41, dom af 10.5.2007, Antartica mod KHIM – Nasdaq Stock Market (nasdaq), T-47/06, EU:T:2007:131, præmis 53, og dom You-Q mod KHIM – Apple Corps (BEATLE), nævnt i præmis 25 ovenfor, EU:T:2012:177, præmis 46; jf. endvidere analogt dom af 23.10.2003, Adidas-Salomon og Adidas Benelux, C-408/01, Sml., EU:C:2003:582, præmis 29, 30 og 38, og af 27.11.2008, Intel Corporation, C-252/07, Sml., EU:C:2008:655, præmis 30, 41, 57, 58 og 66).
- 27 Blandt disse faktorer kan nævnes for det første graden af lighed mellem de omtvistede tegn, for det andet arten af de varer eller tjenesteydelser, som de omtvistede tegn hver især er registreret for, herunder graden af disse varers eller tjenesteydelsers nærhed eller manglende lighed samt den berørte kundekreds, for det tredje intensiteten af det ældre varemærkes renommé, for det fjerde graden af det ældre varemærkes særpræg, iboende eller opnået ved brug, og for det femte risikoen for forveksling i offentlighedens bevidsthed (domme Intel Corporation, nævnt i præmis 26 ovenfor, EU:C:2008:655, præmis 42, og You-Q mod KHIM – Apple Corps (BEATLE), nævnt i præmis 25 ovenfor, EU:T:2012:177, præmis 47).
- 28 Det er på baggrund af disse indledende betragtninger, at de to klagepunkter, der er anført af sagsøgeren til støtte for det første led i det eneste anbringende, skal undersøges.
- 29 Med det første klagepunkt har sagsøgeren i det væsentlige anført, at appelkammeret begik en fejl ved at udlede, at der ikke forelå nogen sammenhæng mellem de omtvistede varemærker som omhandlet i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, alene fordi der ikke var nogen lighed mellem de nævnte varemærker, således som konstateret i forbindelse med dets vurdering af den manglende risiko for forveksling i henhold til samme forordnings artikel 8, stk. 1, litra b), og ved således at underkende

Domstolens praksis, hvorefter eksistensen af en sådan sammenhæng skal afgøres efter en helhedsvurdering under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde. Sagsøgeren er af den opfattelse, at appelkammeret i forbindelse med sin vurdering af den nævnte forordnings artikel 8, stk. 5, ikke burde have taget en »genvej« ved alene at støtte sig på sine konklusioner vedrørende tegnenes lighed, men ved anvendelse af de i retspraksis fastsatte kriterier burde have konstateret, at størstedelen af disse kriterier førte til den konklusion, at kundekredsen ville skabe en sammenhæng mellem de omtvistede varemærker.

- 30 Harmoniseringskontoret og intervenienten har heroverfor anført, at eksistensen af en lighed mellem de omtvistede varemærker udgør en fælles betingelse for anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 og denne forordnings artikel 8, stk. 5, som skal vurderes på samme måde for disse to bestemmelser. Da appelkammeret i den foreliggende sag havde konstateret, at de nævnte varemærker ikke lignede hinanden, men var forskellige, er det efter Harmoniseringskontorets og intervenientens opfattelse med rette, at appelkammeret uden at undersøge de øvrige faktorer, der fremgår af retspraksis, konkluderede, at forordningens artikel 8, stk. 5, ikke kunne finde anvendelse.
- 31 Ifølge Domstolens praksis er det en fælles betingelse for anvendelse af artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, at der er lighed mellem det ældre og det anfægtede varemærke. Denne betingelse om lighed mellem de omtvistede varemærker forudsætter inden for rammerne af såvel artikel 8, stk. 1, litra b), som artikel 8, stk. 5, at der bl.a. findes visuelle, lydige og begrebsmæssige ligheder (jf. i denne retning dom af 24.3.2011, Ferrero mod KHIM, C-552/09 P, Sml., EU:C:2011:177, præmis 51 og 52).
- 32 Den grad af lighed, som kræves ved anvendelsen af disse bestemmelser, er ganske vist forskellig. Mens beskyttelsen i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 forudsætter, at der konstateres en sådan grad af lighed mellem de omtvistede varemærker, at der i den berørte kundekreds' bevidsthed er risiko for forveksling, er en sådan risiko nemlig derimod ikke en forudsætning for beskyttelse i henhold til artikel 8, stk. 5. De i artikel 8, stk. 5, omhandlede krænkelse kan således være en konsekvens af, at der er en mindre grad af lighed mellem det ældre og det ansøgte varemærke, for så vidt som denne er tilstrækkelig til, at den berørte kundekreds forbinder disse varemærker med hinanden, dvs. skaber en sammenhæng mellem disse (jf. i denne retning analogt domme Adidas-Salomon og Adidas Benelux, nævnt i præmis 26 ovenfor, EU:C:2003:582, præmis 27, 29 og 31, og Intel Corporation, nævnt i præmis 26 ovenfor, EU:C:2008:655, præmis 57, 58 og 66). Det fremgår derimod hverken af ordlyden af de nævnte bestemmelser eller af retspraksis, at ligheden mellem de omtvistede varemærker skal bedømmes forskelligt afhængigt af, hvilken af disse bestemmelser der finder anvendelse (dom Ferrero mod KHIM, nævnt i præmis 31 ovenfor, EU:C:2011:177, præmis 53 og 54).
- 33 Selv om helhedsvurderingen af, om der foreligger en sammenhæng mellem det ældre og det anfægtede varemærke som omhandlet i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, indebærer en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning, og en svag grad af lighed mellem varemærkerne således kan opvejes af det ældre varemærkes stærke særpræg, forholder det sig ikke desto mindre således, at eftersom det ældre varemærke og det anfægtede varemærke overhovedet ikke ligner hinanden, er den omstændighed, at det ældre varemærke er velrenommeret eller velkendt, eller den omstændighed, at de omhandlede varer eller tjenesteydelser er af samme eller lignende art, ikke tilstrækkeligt til, at det kan fastslås, at der foreligger en risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker, eller at der er en sammenhæng mellem disse i den berørte kundekreds' bevidsthed. Som anført i præmis 31 ovenfor er det nemlig en nødvendig betingelse, at der er identitet eller lighed mellem de omtvistede varemærker, for at såvel artikel 8, stk. 1, litra b), som artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 finder anvendelse. Det er dermed åbenbart, at disse bestemmelser ikke finder anvendelse, når Retten fastslår, at de omtvistede varemærker ikke ligner hinanden (jf. i denne retning dom af 2.9.2010, Calvin Klein Trademark Trust mod KHIM, C-254/09 P, Sml., EU:C:2010:488, præmis 68). Det er udelukkende i tilfælde, hvor de omtvistede varemærker til en vis grad – endog i svag grad – ligner hinanden, at det påhviler Retten at foretage en helhedsvurdering med henblik på at

afgøre, om der – til trods for den svage grad af lighed mellem de omtvistede varemærker – på baggrund af andre relevante faktorer, såsom den omstændighed, at det ældre varemærke er velrenommeret eller velkendt, foreligger en risiko for, at den relevante kundekreds forveksler varemærkerne eller mener, at der er en sammenhæng mellem dem (dom Ferrero mod KHIM, nævnt i præmis 31 ovenfor, EU:C:2011:177, præmis 65 og 66).

- 34 Det fremgår klart af denne praksis fra Domstolen, at det forhold, at de omtvistede varemærker er identiske eller ligner hinanden, endog i svag grad, udgør en betingelse for anvendelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 og ikke en simpel faktor til bedømmelsen af, om der foreligger en sammenhæng mellem de nævnte varemærker som omhandlet i denne bestemmelse. I øvrigt følger denne konklusion direkte af følgende formulering, der er anvendt i den nævnte artikel: »hvis det [varemærke, der søges registreret,] er identisk med eller ligner det ældre varemærke«.
- 35 Retten bemærker derfor, at selv om det er korrekt, at graden af lighed mellem de omtvistede tegn indgår blandt de relevante faktorer med henblik på helhedsvurderingen af, om der foreligger en sammenhæng mellem de omtvistede tegn i henhold til artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 (jf. præmis 27 ovenfor), forholder det sig ikke desto mindre således, at selve eksistensen af en lighed mellem disse tegn, uanset graden heraf, udgør en betingelse for anvendelsen af den nævnte artikel. Denne artikel kan således kun finde anvendelse, såfremt en sådan lighed – endog i svag grad – foreligger, for så vidt som ligheden er i overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt i præmis 33 ovenfor.
- 36 Det var derfor med rette, at appelkammeret fandt, at det, hvis de omtvistede varemærker ikke lignede hinanden, men var forskellige, umiddelbart uden at undersøge de relevante faktorer, der fremgår af retspraksis med henblik på at fastslå en sammenhæng mellem de nævnte varemærker som omhandlet i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, kunne konkludere, at denne bestemmelse ikke fandt anvendelse.
- 37 Det første klagepunkt må derfor forkastes.
- 38 Med det andet klagepunkt har sagsøgeren i det væsentlige gjort gældende, at appelkammeret begik en fejl, da det konkluderede, at de omtvistede tegn ikke lignede hinanden, selv om det selv havde medgivet, at der i det mindste forelå en vis grad af lighed mellem dem for så vidt angik »halen« på bogstaverne »c« og »m«, der lignede hinanden, og at de nævnte tegn i øvrigt begge anvendte en ensartet spencer-kalligrafi. Da appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 29 fastslog, at »denne bestanddel i sig selv [dvs. spencer-kalligrafien] adskilt fra »Coca-Cola«-konteksten ikke [var] tilstrækkelig til at skabe en grad af lighed mellem tegnene«, adskilte det fejlagtigt spencer-kalligrafien fra ordene »Coca-Cola« eller »master« i stedet for at vurdere gengivelserne af varemærkerne i deres helhed.
- 39 Harmoniseringskontoret og intervenienten har gjort gældende, at der ud fra en helhedsvurdering mangler lighed mellem de omtvistede tegn, og at der ikke er nogen sammenhæng mellem det ansøgte varemærke og de ældre varemærker, hvorfor artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 ikke finder anvendelse. Forskellene mellem ordbestanddelene »coca-cola« og »master« eller den arabiske skrift i det ansøgte varemærke vil nemlig i meget højere grad influere på de relevante forbrugeres opfattelse end lighedspunkterne mellem de nævnte tegn, herunder »halen«. Harmoniseringskontoret har navnlig, efter at have bemærket, at det i den anfægtede afgørelses punkt 29 blev anført, at »denne bestanddel i sig selv« henviser til »halen« og ikke »spencer-kalligrafien«, gjort gældende, at det ikke var appelkammerets hensigt at adskille den nævnte »hale« fra en »Coca-Cola«-kontekst i de ældre varemærker, men det har understreget, at den eneste håndgribelige bestanddel i de ældre varemærker, der er blevet gengivet i det ansøgte varemærke, netop var denne »hale«.

- 40 Ifølge fast retspraksis ligner to varemærker hinanden, såfremt der efter opfattelsen i den relevante kundekreds foreligger en i det mindste delvis lighed mellem dem med hensyn til et eller flere relevante aspekter, dvs. de visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige aspekter (jf. i denne retning dom af 23.10.2002, Matratzen Concord mod KHIM – Hukla Germany (MATRATZEN), T-6/01, Sml., EU:T:2002:261, præmis 30, af 31.1.2012, Spar mod KHIM – Spa Group Europe (SPA GROUP), T-378/09, EU:T:2012:34, præmis 27, og af 31.1.2013, K2 Sports Europe mod KHIM – Karhu Sport Iberica (SPORT), T-54/12, EU:T:2013:50, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis).
- 41 Helhedsvurderingen med henblik på at fastslå, om der foreligger en sammenhæng mellem de omhandlede varemærker, skal for så vidt angår den visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige lighed mellem 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 sammenhæng. I den henseende opfatter gennemsnitsforbrugeren normalt et varemærke som en helhed og foretager ikke en undersøgelse af dets forskellige detaljer (jf. i denne retning dom af 16.5.2007, La Perla mod KHIM – Worldgem Brands (NIMEI LA PERLA MODERN CLASSIC), T-137/05, EU:T:2007:142, præmis 35, og af 9.3.2012, Ella Valley Vineyards mod KHIM – HFP (ELLA VALLEY VINEYARDS), T-32/10, Sml., EU:T:2012:118, præmis 38; jf. ligeledes analogt dom af 12.6.2007, KHIM mod Shaker, C-334/05 P, Sml., EU:C:2007:333, præmis 35).
- 42 I det foreliggende tilfælde må det indledningsvis og i modsætning til det af sagsøgeren anførte, lægges til grund, at appelkammeret i sin vurdering ikke har undladt at tage hensyn til varemærke nr. 3021086 og nr. 2107118, men implicit tog hensyn til disse inden for de fire ældre EF-figurmerkernes ensartede familie, der hver indeholder bestanddelen »coca-cola« i spencerskrift (jf. præmis 6 ovenfor), idet appelkammeret blandt de fire varemærker koncentrerede sig om det, som det syntes lignede det ansøgte varemærke mest, nemlig varemærke nr. 2117828. Under alle omstændigheder ville en henvisning til varemærke nr. 2107118, der ifølge sagsøgeren visuelt ligner mere, ikke kunne have ændret væsentligt på appelkammerets vurdering.
- 43 Det bemærkes dernæst, at sagsøgeren ikke har anfægtet Harmoniseringskontorets instansers vurderinger, hvorefter de omtvistede tegn fonetisk og begrebsmæssigt er forskellige, og i retsmødet har bekræftet, at tvisten alene vedrører de pågældende tegns visuelle lighed.
- 44 Prøvelsen af lovligheden af den anfægtede afgørelse skal derfor koncentreret om en undersøgelse af for det første den visuelle sammenligning af de omtvistede tegn, for det andet helhedsvurderingen af ligheden mellem disse under hensyn til deres fonetiske og begrebsmæssige forskelle og for det tredje og til sidst konsekvenserne af denne vurdering for anvendelsen i det foreliggende tilfælde af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009.
- 45 For så vidt angår den visuelle sammenligning af de omtvistede tegn bemærkes det for det første, at den konstatering, der blev foretaget i den anfægtede afgørelses punkt 20, hvorefter de ældre tegn består af de stiliserede ord »coca-cola« eller af det stiliserede bogstav »c«, og det ansøgte tegn består af det stiliserede ord »master« med et arabisk ord ovenover, kan tiltrædes. I den henseende skal det ikke desto mindre præciseres, at bestanddelen på arabisk i det ansøgte varemærke har en sekundær betydning i forhold til den dominerende bestanddel »master« (jf. i denne retning dom af 18.4.2007, House of Donuts mod KHIM – Panrico (House of donuts), T-333/04 og T-334/04, EU:T:2007:105, præmis 32), idet den er uforståelig for den relevante forbruger, der er et almindeligt medlem af offentligheden i Den Europæiske Union (jf. præmis 14 ovenfor).
- 46 Det skal ganske vist i lighed med Harmoniseringskontoret og intervenienten bemærkes, at de omtvistede tegn har åbenbare visuelle forskelle på grund af antallet af ordbestanddele, begyndelsen af ordbestanddelene, manglen på et fælles bogstav på den samme position i disse ordbestanddele, og – i mindre grad – formen af figurbestanddelene.

- 47 Det skal imidlertid konstateres, at de omtvistede tegn ligeledes har visuelle lighedspunkter.
- 48 Som appelkammeret anførte i den anfægtede afgørelses punkt 20 efter at det med rette havde konstateret, at der ikke var noget tekstmæssigt sammenfald mellem ordbestanddelene »coca-cola« eller »c« og »master«, er det for det første ubestridt, at de omtvistede tegn hver især har en »hale«, der forlænger deres respektive begyndelsesbogstaver »c« og »m« i en bue som i en underskrift.
- 49 I denne henseende var det ganske vist med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 20 henviste til retspraksis, hvorefter det gælder, at når et varemærke er sammensat af ordbestanddele og figurative bestanddele, skal de førstnævnte i princippet anses for at have mere særpræg end sidstnævnte, eftersom gennemsnitsforbrugeren lettere vil kunne henvise til den omhandlede vare ved at nævne varemærkets navn end ved at beskrive varemærkets figurative bestanddel (dom af 14.7.2005, Wassen International mod KHIM – Stroschein Gesundkost (SELENIUM-ACE), T-312/03, Sml., EU:T:2005:289, præmis 37).
- 50 Det skal imidlertid bemærkes, at der er undtagelser fra dette princip afhængigt af omstændighederne. Det er således blevet fastslået angående fødevarer i klasse 29 og 30, at disse i de fleste tilfælde købes i supermarkeder eller tilsvarende forretninger og derfor vælges direkte af forbrugeren på en hylde snarere end ved mundtlig anmodning. Endvidere bruger forbrugeren på sådanne typer salgssteder ikke meget tid på de på hinanden følgende køb og foretager ofte ikke en læsning af alle oplysningerne på de forskellige varer, men lader sig lede af det visuelle helhedsindtryk, som varernes etiketter eller emballage giver. Med henblik på vurderingen af, om der foreligger en eventuel risiko for forveksling eller sammenhæng mellem de omhandlede tegn, bliver resultatet af analysen af den visuelle lighed under disse omstændigheder vigtigere end resultatet af analysen af den fonetiske og begrebsmæssige lighed. Endvidere har et varemærkes figurbestanddele i forbindelse med denne vurdering en vigtigere rolle end dets ordbestanddele i den berørte forbrugers opfattelse (jf. i denne retning dom af 12.9.2007, Koipe mod KHIM – Aceites del Sur (La Española), T-363/04, Sml., EU:T:2007:264, præmis 109, og af 2.12.2008, Ebro Puleva mod KHIM – Berenguel (BRILLO'S), T-275/07, EU:T:2008:545, præmis 24).
- 51 I den foreliggende sag angående fødevarer i klasse 29, 30 og 32 og især ikke-alkoholholdige drikke skal det under hensyntagen til undtagelserne i retspraksis fra det princip, som appelkammeret har henvist til, antages, at de omtvistede varemærkers figurbestanddele spiller en rolle, der er mindst ligeså vigtig som deres ordbestanddele i den berørte forbrugers visuelle helhedsopfattelse.
- 52 Det følger heraf, at tilstedeværelsen af den fælles figurbestanddel, som består af en »hale«, der forlænger begyndelsesbogstaverne »c« og »m« i de omtvistede tegn i en bue som i en underskrift, ved vurderingen af, om der er lighed og graden af lighed mellem de omtvistede tegn, er mindst lige så vigtig som konstateringen af, at der ikke er noget tekstmæssigt sammenfald mellem de omtvistede tegns ordbestanddele.
- 53 Som appelkammeret har anført i den anfægtede afgørelses punkt 21, har sagsøgeren for det andet gjort gældende, at de omtvistede tegns lighed i det mindste for så vidt angår de fire ældre EF-figurmærker Coca-Cola og det ansøgte varemærke Master bl.a. skyldes deres specielle og særprægede gengivelse i den samme skrifttype, »spencerskriften«.
- 54 I den henseende er det ganske vist med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 22 har bemærket, at et ældre varemærkes renommé eller dets særlige grad af særpræg skal tages i betragtning i forbindelse med vurderingen af risikoen for forveksling og ikke ved vurderingen af de omtvistede varemærkers lighed, der er en vurdering, der går forud for vurderingen af risikoen for forveksling (jf. i denne retning dom af 19.5.2010, Ravensburger mod KHIM – Educa Borrás (EDUCA Memory game), T-243/08, EU:T:2010:210, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis).

- 55 Det skal imidlertid lægges til grund, at denne retspraksis i det foreliggende tilfælde ikke er tilstrækkelig til at forkaste sagsøgerens argument. Selv hvis der blev set bort fra den særlige grad af særpræg ved spencerskrifttypen med dens buer og andre elegante prydelser, forholder det sig nemlig ikke desto mindre således, at anvendelsen i de omtvistede tegn af samme skrifttype, der slet ikke er almindelig i det moderne forretningsliv, udgør et relevant element med henblik på vurderingen af, om der foreligger en visuel lighed mellem dem.
- 56 Retten har således i en anden sag fastslået, at forskellige ordbestanddele ikke desto mindre havde en vis lighed på det visuelle plan, henset til, at der var tale om to korte ord, der var skrevet i en skrifttype, der lignede et barns skrift, og konkluderede, at til trods for de betydelige visuelle forskelle mellem de omtvistede varemærker kunne en svag grad af lighed på det visuelle plan mellem varemærkerne ikke udelukkes (jf. i denne retning dom Comercial Losan mod KHIM – McDonald's International Property (Mc. Baby), T-466/09, EU:T:2012:346, præmis 33 og 35).
- 57 I det foreliggende tilfælde skal det konstateres, at de omtvistede tegn i overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt i præmis 41 ovenfor, når de ses samlet og ikke efter en analytisk dissektion af deres ord- eller figurbestanddele, til trods for deres forskelle, har en vis lighed på det visuelle plan, der skyldes anvendelsen i de omtvistede tegn af samme skrifttype, der ikke er almindelig i det moderne forretningsliv, nemlig spencerskriften.
- 58 Appellammeret fandt imidlertid i forbindelse med dets vurdering af risikoen for forveksling – og ikke ved dets vurdering af tegnenes lighed – i den anfægtede afgørelses punkt 29, at der »ikke [var] noget håndgribeligt i [sagsøgerens] tegn, der [var] gengivet i [intervenientens] tegn ud over »hale«-bestanddelen, der ud[gik] fra den nederste del af bogstavet [»c«] i [sagsøgerens] tegn og bogstavet [»m«] i [intervenientens] tegn. Denne bestanddel i sig selv, adskilt fra »COCA-COLA«-konteksten, [var] [imidt] ikke tilstrækkelig til at skabe en grad af lighed mellem tegnene«, og [b]eviserne godt[gjorde] ikke, at forbrugerne ville koncentrere sig om denne detalje, når den [var] adskilt fra hovedkonteksten »COCA-COLA«.
- 59 I denne henseende må det af sagsøgeren anførte tiltrædes, hvorefter appellammeret således fejlagtigt adskilte spencer-kalligrafien fra ordene »coca-cola« og »master« i stedet for at vurdere gengivelsen af varemærkerne i deres helhed. Selv om det ganske vist, som Harmoniseringskontoret har anført, må bemærkes, at det fremgår af opbygningen af ovennævnte anfægtede afgørelses punkt 29, at »denne bestanddel i sig selv« betegner »halen« og ikke »spencerskriften«, er det ikke desto mindre således, at appellammeret ved at koncentrere sin analyse af tegnenes lighed om »hale«-bestanddelen og ved at adskille denne fra den kontekst, der er knyttet til ordet »coca-cola« i de ældre varemærker, har forsømt at foretage en helhedsvurdering af de omtvistede tegn, for så vidt som de begge er skrevet med spencer-kalligrafi, og dermed faktisk at fastslå dette element af visuel lighed mellem de omtvistede tegn.
- 60 Appellammeret fandt ligeledes i forbindelse med dets vurdering af risikoen for forveksling – og ikke ved dets vurdering af tegnenes lighed – i den anfægtede afgørelses punkt 27 og 29, at sagsøgeren »ikke [var] indehaver af [spencer]skriften«, og at »spencerskriften som enhver anden skrifttype frit [kunne] anvendes af alle«.
- 61 Hvis det antages, at appellammeret fandt disse betragtninger relevante for at konkludere, at der ikke var nogen lighed mellem tegnene, må der gives medhold i sagsøgerens anbringende om, at appellammeret således har begået en fejl. Sådanne betragtninger kan nemlig kun være relevante med henblik på en helhedsanalyse af en risiko for forveksling eller en sammenhæng i den berørte forbrugers bevidsthed som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), eller artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, men ikke med henblik på den objektive analyse af ligheden mellem tegnene. Det må derfor lægges til grund, at den offentlige interesse i, at spencerskriften som enhver anden skrifttype kan anvendes frit af alle, ikke i sig selv er til hinder for påberåbelse af spencerskriften som et element af lighed mellem de omtvistede tegn i den relevante forbrugers opfattelse.

- 62 Det skal i øvrigt bemærkes, at ethvert forsøg fra en erhvervsdrivende på markedet på at monopolisere en særlig skrifttype er i strid med de strenge betingelser for at anvende registreringshindringerne i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, såsom at der foreligger en risiko for forveksling mellem de omtvistede tegn, eller at der foreligger en risiko for, at brug af det ansøgte varemærke uden rimelig grund vil medføre en utilbørlig udnyttelse af det ældre varemærkes særpræg eller renommé eller vil skade dette særpræg eller renommé (jf. præmis 25 ovenfor).
- 63 I den henseende må det af sagsøgeren anførte tiltrædes, hvorefter denne ikke har noget ønske om at monopolisere spencer-kalligrafien for alle varer eller tjenesteydelser, men at forbrugerne på grund af ligheden mellem kalligrafierne og andre bestanddele i udformningen af de omtvistede varemærker, herunder den lange »hale« under bogstaverne »c« og »m« i disse, vil skabe en sammenhæng eller en forbindelse mellem de omhandlede varemærker, når de anvendes til at markedsføre de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke, og især ikke-alkoholholdige drikke såsom colaer. Det er således med urette, at intervenienten har hævdet, at en afgørelse, der accepterer, at der er en lighed eller en sammenhæng mellem de varemærker, der sammenlignes, ikke alene ville få til resultat, at sagsøgeren bemægtigede sig et monopol til at udnytte denne skrift, hvorved enhver anden erhvervsdrivende således blev frataget muligheden for at anvende den til etikettering af sine ikke-alkoholholdige drikke og andre varer eller tjenesteydelser, men også ville kunne åbne en mulighed for andre indehavere af velkendte varemærker til at monopolisere andre skrifttyper.
- 64 Det fremgår af de ovenstående betragtninger, at de omtvistede tegn ud over deres åbenbare visuelle forskelle har visuelle lighedspunkter, der ikke alene skyldes den »hale«, der forlænger deres respektive begyndelsesbogstaver »c« og »m« i en bue som i en underskrift, men også anvendelsen i de omtvistede tegn af samme skrifttype, der ikke er almindelig i det moderne forretningsliv, nemlig spencerskriften, hvilket vil blive opfattet samlet af den relevante forbruger.
- 65 Det følger af en helhedsvurdering af disse visuelle ligheder og forskelle, at de omtvistede tegn, i det mindste de fire ældre EF-figurmærker Coca-Cola og det ansøgte varemærke Master, har en svag grad af visuel lighed, idet forskelle i detaljerne delvist opvejes af deres overordnede ligheder. Derimod er det ældre britiske varemærke C, bl.a. på grund af dets korthed, visuelt forskelligt fra det ansøgte varemærke Master.
- 66 For så vidt angår helhedsvurderingen af ligheden mellem de omtvistede tegn skal det for det andet undersøges, om de fonetiske og begrebsmæssige forskelle mellem de nævnte tegn, som sagsøgeren ikke har bestridt, vil kunne udelukke enhver lighed mellem disse tegn, eller om de snarere neutraliseres ved den svage grad af visuel lighed mellem dem.
- 67 Ifølge retspraksis må det med henblik på at vurdere graden af lighed mellem de pågældende varemærker afgøres, i hvilken grad der er tale om visuel, fonetisk eller begrebsmæssig lighed, og i givet fald vurderes, hvilken betydning der i forbindelse med en helhedsvurdering skal tillægges disse forskellige elementer under hensyntagen til den kategori af varer eller tjenesteydelser, der er tale om, og de omstændigheder, hvorunder de afsættes (dom Ferrero mod KHIM, nævnt i præmis 31 ovenfor, EU:C:2011:177, præmis 85 og 86; jf. ligeledes analogt dom KHIM mod Shaker, nævnt i præmis 41 ovenfor, EU:C:2007:333, præmis 36).
- 68 I denne henseende bemærkes, at de omtvistede tegns visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige aspekter ikke altid har samme vægt. Betydningen af lighedspunkterne eller forskellene mellem tegnene kan bl.a. afhænge af deres væsentlige kendetegn eller markedsføringsbetingelserne for de varer eller tjenesteydelser, som de omtvistede varemærker betegner. Hvis de varer, som de omhandlede varemærker omfatter, normalt sælges i selvbetjeningsbutikker, hvor forbrugerne selv vælger varen og således hovedsageligt må forlade sig på billedet af det varemærke, der anvendes på denne vare, får en visuel lighed mellem tegnene generelt større betydning. Hvis den omhandlede vare derimod især sælges mundtligt, vil en fonetisk lighed mellem tegnene normalt blive tillagt større vægt. Graden af

fonetisk lighed mellem to varemærker har således mindre betydning i tilfælde, hvor varerne markedsføres på en måde, så den relevante kundekreds normalt i forbindelse med købet opfatter det varemærke, der betegner dem, i visuel form (dom af 21.2.2013, Esge mod KHIM – De Longhi Benelux (KMIX), T-444/10, EU:T:2013:89, præmis 36 og 37 og den deri nævnte retspraksis; jf. endvidere i denne retning domme Koipe mod KHIM – Aceites del Sur (La Española), nævnt i præmis 50 ovenfor, EU:T:2007:264, præmis 109, og Ebro Puleva mod KHIM – Berenguel (BRILLO'S), nævnt i præmis 50 ovenfor, EU:T:2008:545, præmis 24).

- 69 I det foreliggende tilfælde har de visuelle lighedspunkter og forskelle mellem de omtvistede tegn for så vidt angår varer i klasse 29, 30 og 32, der normalt sælges i selvbetjeningsbutikker, således en større betydning end de fonetiske og begrebsmæssige lighedspunkter og forskelle mellem tegnene.
- 70 Det følger af en helhedsvurdering af disse lighedspunkter og forskelle, at de omtvistede tegn, i hvert fald de fire ældre EF-figurmærker Coca-Cola og det ansøgte varemærke Master, har en svag grad af lighed, idet deres fonetiske og begrebsmæssige forskelle, til trods for de visuelle forskelle, neutraliseres af de overordnede visuelle lighedspunkter, der har større betydning. Derimod er det ældre britiske varemærke C, bl.a. fordi det er så kort, forskelligt fra det ansøgte varemærke Master.
- 71 I øvrigt er denne helhedsvurdering i overensstemmelse med retspraksis, hvorefter varemærker, der indeholder forskelle både på det visuelle, fonetiske og begrebsmæssige plan, ikke desto mindre har en svag eller en meget svag grad af lighed i den samlede vurdering (jf. i denne retning dom af 23.9.2009, Arcandor mod KHIM – dm drogerie markt (S-HE), T-391/06, EU:T:2009:348, præmis 54, og dom Spar mod KHIM – Spa Group Europe (SPA GROUP), nævnt i præmis 40 ovenfor, EU:T:2012:34, præmis 54).
- 72 For det tredje og sidste skal det præciseres, hvilke konsekvenser den nævnte helhedsvurdering af ligheden får for anvendelsen i det foreliggende tilfælde af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009.
- 73 Det fremgår af den retspraksis, der er henvist til i præmis 26, 27 og 31-33 ovenfor, at eksistensen af en lighed, endog i svag grad, mellem de omtvistede tegn udgør en betingelse for anvendelsen af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, og at graden af denne lighed udgør en relevant faktor for vurderingen af en sammenhæng mellem de nævnte tegn.
- 74 I det foreliggende tilfælde fører helhedsvurderingen med henblik på at fastslå, om der i den relevante kundekreds' bevidsthed er skabt en sammenhæng mellem de omtvistede varemærker som omhandlet i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, til den konklusion, at der, henset til graden af lighed, endog i svag grad, mellem disse varemærker, foreligger en risiko for, at denne kundekreds vil kunne skabe en sådan sammenhæng. Selv om de omtvistede tegn har en svag grad af lighed, er det nemlig ikke umuligt, at den relevante kundekreds skaber en sammenhæng mellem dem og – selv om der ikke er nogen risiko for forveksling – bringes til at overføre de ældre varemærkers image og værdier til de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke (jf. i denne retning dom You-Q mod KHIM – Apple Corps (BEATLE), nævnt i præmis 25 ovenfor, EU:T:2012:177, præmis 71). I modsætning til hvad appelkammeret konkluderede i den anfægtede afgørelses punkt 33, har de omtvistede tegn således grad af lighed, der er tilstrækkelig til som omhandlet i den retspraksis, der er nævnt i præmis 32 ovenfor, at den relevante kundekreds forbinder det ansøgte varemærke med de ældre EF-varemærker, dvs. skaber en sammenhæng mellem dem som omhandlet i denne artikel.
- 75 Det følger heraf, at de øvrige betingelser for anvendelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 (jf. præmis 25 ovenfor) burde have været undersøgt af appelkammeret. Selv om dette konkluderede, at de til støtte for indsigelsen påberåbte ældre varemærker havde en højt renommé, udtalte det sig dog ikke om, hvorvidt der forelå en risiko for, at brugen af det ansøgte varemærke uden rimelig grund ville medføre en utilbørlig udnyttelse af de ældre varemærkers særpræg eller renommé, eller sådan brug ville skade deres særpræg eller renommé. Da dette spørgsmål ikke blev undersøgt af appelkammeret, tilkommer det ikke Retten at træffe afgørelse herom for første gang i forbindelse med udøvelsen af sin

legalitetskontrol af den anfægtede afgørelse (jf. i denne retning dom af 5.7.2011, Edwin mod KHIM, C-263/09 P, Sml., EU:C:2011:452, præmis 72 og 73, af 14.12.2011, Völkl mod KHIM – Marker Völkl (VÖLKL), T-504/09, Sml., EU:T:2011:739, præmis 63, og dom You-Q mod KHIM – Apple Corps (BEATLE), nævnt i præmis 25 ovenfor, EU:T:2012:177, præmis 75 og den deri nævnte retspraksis).

- 76 Det påhviler således appelkammeret at undersøge de nævnte anvendelsesbetingelser under hensyntagen til graden af lighed mellem de omtvistede tegn, der ganske vist er svag, men ikke desto mindre tilstrækkelig til, at den relevante kundekreds forbinder det ansøgte varemærke med de ældre EF-varemærker, dvs. skaber en sammenhæng mellem dem som omhandlet i den nævnte artikel.
- 77 Der må derfor gives medhold i det andet klagepunkt.
- 78 Dermed skal det eneste anbringendes første led tages til følge som begrundet.
- 79 Retten finder det endvidere hensigtsmæssigt at undersøge det eneste anbringendes andet led med henblik på at løse nærværende tvist for så vidt angår de beviser, der skal tages i betragtning i forbindelse med undersøgelsen af betingelserne for anvendelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009.

Om det andet led

- 80 Med det eneste anbringendes andet led har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret begik en fejl, da det i forbindelse med sin vurdering af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 afslog at tage hensyn til beviserne vedrørende den måde, hvorpå intervenienten markedsfører sine varer i praksis, og hvorom det må antages, at denne tilsigter at anvende det ansøgte varemærke, nemlig på en vare, der efterligner de ældre varemærkers image og sagsøgerens drikkevarers visuelle referencer. I den henseende har sagsøgeren gjort gældende, at vurderingen af den utilbørlige udnyttelse ifølge den retspraksis, der vedrører den nævnte artikel, ikke begrænser sig til det ansøgte varemærke, men skal baseres på alle sagens omstændigheder, herunder indikationer om intervenientens hensigter.
- 81 Harmoniseringskontoret og intervenienten har bestridt sagsøgerens argumenter. Intervenienten har navnlig gjort gældende, at de beviser, der er fremlagt af sagsøgeren vedrørende den kommercielle anvendelse af det ansøgte varemærke, ikke har nogen relevans i det foreliggende tilfælde og med rette blev forkastet af appelkammeret, eftersom en vurdering i henhold til artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 kun skal tage hensyn til det varemærke, der søges registreret.
- 82 Det skal indledningsvis bemærkes, at en utilbørlig udnyttelse af det ældre varemærkes særpræg eller renommé bl.a. er blevet fastslået i tilfælde af forsøg på en klar udnyttelse af og snylteri på et velkendt varemærke (domme Spa Monopole mod KHIM – Spa-Finders Travel Arrangements (SPA-FINDERS), nævnt i præmis 25 ovenfor, EU:T:2005:179, præmis 51, Antartica mod KHIM – Nasdaq Stock Market (nasdaq), nævnt i præmis 26 ovenfor, EU:T:2007:131, præmis 55, og You-Q mod KHIM – Apple Corps (BEATLE), nævnt i præmis 25 ovenfor, EU:T:2012:177, præmis 63), og hvor der derfor blev henvist til begrebet »risiko for snyltning«. Det drejer sig med andre ord om risikoen for, at det renommerede varemærkes image eller de kendetegn, dette varemærke er udtryk for, bliver overført på de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke, således at markedsføringen af disse varer vil blive lettet ved denne forbindelse med det ældre renommerede varemærke (dom Sigla mod KHIM – Elleni Holding (VIPS), nævnt i præmis 25 ovenfor, EU:T:2007:93, præmis 40, og dom af 22.5.2012, Environmental Manufacturing mod KHIM – Wolf (Gengivelse af et ulvehoved), T-570/10, Sml., EU:T:2012:250, præmis 27).
- 83 Risikoen for snyltning er dels forskellig fra »risikoen for udvanding« – der er et begreb, hvorefter krænkelser af det ældre varemærkes særpræg normalt fastslås, når brugen af det varemærke, der er ansøgt registreret, ville have den virkning, at det ældre varemærke ikke længere ville kunne skabe en

umiddelbar forbindelse til de varer, som det er registreret og anvendes for – dels forskellig fra »risiko for tilsmudsning« – der er et begreb, hvorefter krænkelsen af det ældre varemærkes renommé normalt fastslås, når de varer, for hvilke det ansøgte varemærke bruges, ville have en sådan indflydelse på kundekredsen, at det ældre varemærkes tiltrækningskraft derved ville blive formindsket (jf. i denne retning domme Spa Monopole mod KHIM – Spa-Finders Travel Arrangements (SPA-FINDERS), nævnt i præmis 25 ovenfor, EU:T:2005:179, præmis 43 og 46, Antartica mod KHIM – Nasdaq Stock Market (nasdaq), nævnt i præmis 26 ovenfor, EU:T:2007:131, præmis 55, og You-Q mod KHIM – Apple Corps (BEATLE), nævnt i præmis 25 ovenfor, EU:T:2012:177, præmis 63).

- 84 Ifølge fast retspraksis kan man nå frem til en konklusion om risiko for snyltning ligesom til en konklusion om en risiko for udvanding eller tilsmudsning bl.a. på grundlag af logiske slutninger som følge af en sandsynlighedsanalyse, forudsat at de ikke er et resultat af blotte antagelser, og under hensyntagen til almindelig praksis inden for den relevante erhvervssektor samt til alle øvrige omstændigheder i sagen (jf. i denne retning domme Antartica mod KHIM – Nasdaq Stock Market (nasdaq), nævnt i præmis 26 ovenfor, EU:T:2007:131, præmis 54, You-Q mod KHIM – Apple Corps (BEATLE), nævnt i præmis 25 ovenfor, EU:T:2012:177, præmis 62, og Environmental Manufacturing mod KHIM – Wolf (Gengivelse af et ulvehoved), nævnt i præmis 82 ovenfor, EU:T:2012:250, præmis 52, stadfæstet på dette punkt ved dom af 14.11.2013, Environmental Manufacturing mod KHIM, C-383/12 P, Sml., EU:C:2013:741, præmis 43).
- 85 Domstolen har navnlig fastslået, at der ved helhedsvurderingen med henblik på at fastslå, om der forelå en utilbørlig udnyttelse af et ældre varemærkes særpræg eller renommé, særligt skulle tages hensyn til den omstændighed, at brugen af parfumeæsker og flasker, der lignede de efterlignede parfumer tilsvarende, tilsigtede i reklameøjemed at drage fordel af særpræget og renomméet ved de varemærker, som parfumerne blev markedsført under. Domstolen har ligeledes fastslået, at når en tredjemand ved sin brug af et tegn, der ligner det renommerede varemærke, forsøger at lægge sig i kølvandet på varemærket med henblik på at drage fordel af varemærkets tiltrækningskraft, omdømme og prestige samt – uden nogen form for økonomisk kompensation og uden i denne forbindelse at foretage en selvstændig indsats – at udnytte den kommercielle indsats, som varemærkeindehaveren har ydet for at skabe og vedligeholde varemærkets image, skal den fordel, der følger af denne brug, anses for utilbørlig (jf. dom af 18.6.2009, L'Oréal m.fl., C-487/07, Sml., EU:C:2009:378, præmis 48 og 49).
- 86 Det er i det foreliggende tilfælde ubestridt, at sagsøgeren under indsigelsessagen har fremlagt beviser vedrørende intervenientens kommercielle anvendelse af det varemærke, der blev ansøgt registreret. Disse beviser omfattede en vidneforklaring dateret den 23. februar 2011 fra L. Ritchie, der er

sagsøgerens advokat, hvortil der var føjet skærmprents af 16. februar 2011 fra intervenientens internetside, www.mastercola.com. Disse skærmprents skulle vise, at intervenienten i sin virksomhed anvendte det ansøgte varemærke bl.a. i følgende form:



- 87 Appellkammeret fandt i den anfægtede afgørelses punkt 34, at hvis det på grundlag af disse beviser skulle vise sig, at intervenienten »bevidst [havde] anvendt samme præsentation, image, stilisering, skrifttype og emballage« som sagsøgeren, ville denne »med rette [kunne] gøre gældende, at intervenienten havde til hensigt utilbørligt at udnytte de ældre varemærkers renommé. Sagsøgeren [kunne] [imidlertid] ikke gøre dette i sammenhæng med [de specifikke bestemmelser i] artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, som alene skulle tage hensyn til det varemærke, som intervenienten søgte registreret«.
- 88 Det skal konstateres, at denne vurdering fra appellkammeret adskiller sig fra den retspraksis, der er nævnt i præmis 82-85 ovenfor, hvorefter man i det væsentlige kan nå frem til en konklusion om risiko for snyltning i henhold til artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 bl.a. på grundlag af logiske slutninger som følge af en sandsynlighedsanalyse og under hensyntagen til almindelig praksis inden for den relevante erhvervssektor samt til alle de øvrige omstændigheder i sagen, herunder den brug, som indehaveren af det ansøgte varemærke gør af emballage, der ligner den emballage, som indehaveren af de ældre varemærker bruger til sine varer. Denne retspraksis begrænser således på ingen måde de beviser, som det er relevant at tage hensyn til med henblik på at fastslå risikoen for snyltning med hensyn til det ansøgte varemærke – dvs. risikoen for en utilbørlig udnyttelse af de ældre varemærkers særpræg eller renommé – men tillader også, at alle de beviser, der skal anvendes i den nævnte sandsynlighedsanalyse, for så vidt angår indehaveren af det ansøgte varemærkes hensigter og, endnu vigtigere, beviserne vedrørende den faktiske kommercielle anvendelse af det ansøgte varemærke tages i betragtning
- 89 Beviserne vedrørende den kommercielle anvendelse af det ansøgte varemærke, således som de er blevet fremlagt af sagsøgeren i forbindelse med indsigelsessagen, udgør klart relevante beviser med henblik på i det foreliggende tilfælde at fastslå en sådan risiko for snyltning.
- 90 Det skal derfor konkluderes, at appellkammeret begik en fejl, da det ikke tog hensyn til disse beviser i forbindelse med dets anvendelse i det foreliggende tilfælde af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009.
- 91 Denne konklusion kan ikke afkræftes af Harmoniseringskontorets argument om, at sagsøgeren kunne gøre disse beviser gældende i forbindelse med en sag om varemærkekrænkelse i henhold til artikel 9, stk. 1, litra c), i forordning nr. 207/2009. Et sådant argument tilsidesætter nemlig den nævnte forordnings opbygning og formålet med indsigelsesproceduren som fastsat i forordningens artikel 8,

der af hensyn til retssikkerheden og god forvaltningsskik består i, at sikre, at varemærker, hvis brug med held vil kunne anfægtes for domstolene, ikke registreres (jf. i denne retning dom af 29.9.1998, Canon, C-39/97, Sml., EU:C:1998:442, præmis 21, af 6.5.2003, Libertel, C-104/01, Sml., EU:C:2003:244, præmis 59, og af 13.3.2007, KHIM mod Kaul, C-29/05 P, Sml., EU:C:2007:162, præmis 48).

- 92 Da spørgsmålet om en eventuel utilbørlig udnyttelse af de ældre varemærkers særpræg eller renommé, således som det blev anført i præmis 75 ovenfor, imidlertid ikke er blevet undersøgt af appelkammeret, tilkommer det ikke Retten at træffe afgørelse herom for første gang i forbindelse med udøvelsen af sin legalitetskontrol af den anfægtede afgørelse (jf. i denne retning domme Edwin mod KHIM, nævnt i præmis 75 ovenfor, EU:C:2011:452, præmis 72 og 73, Völkl mod KHIM – Marker Völkl (VÖLKL), nævnt i præmis 75 ovenfor, EU:T:2011:739, præmis 63, og You-Q mod KHIM – Apple Corps (BEATLE), nævnt i præmis 25 ovenfor, EU:T:2012:177, præmis 75 og den deri nævnte retspraksis).
- 93 Det påhviler således appelkammeret i forbindelse med dets undersøgelse af betingelserne for anvendelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 (jf. præmis 76 ovenfor) at tage hensyn til beviserne vedrørende den kommercielle anvendelse af det ansøgte varemærke, således som de blev fremlagt af sagsøgeren i forbindelse med indsigelsessagen.
- 94 Dermed skal det eneste anbringendes andet led tages til følge som begrundet.
- 95 Under hensyn til samtlige ovenstående betragtninger skal den anfægtede afgørelse annulleres på grundlag af det eneste anbringendes første led og endvidere dets andet led.

Sagens omkostninger

- 96 Ifølge Rettens procesreglements artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.
- 97 Da Harmoniseringskontoret og intervenienten har tabt sagen, bør det dels pålægges Harmoniseringskontoret at bære sine egne omkostninger og at betale sagsøgerens omkostninger i overensstemmelse med dennes påstand herom, dels fastslås, at intervenienten skal bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser
udtaler og bestemmer

RETTEN (Ottende Afdeling):

- 1) **Den afgørelse, der blev truffet den 29. august 2012 af Andet Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 2156/2011-2), annulleres.**
- 2) **Harmoniseringskontoret bærer sin egne omkostninger og betaler de af The Coca-Cola Company afholdte omkostninger.**
- 3) **Modern Industrial & Trading Investment Co. Ltd (Mitico) bærer sine egne omkostninger.**

Gratsias

Kancheva

Wetter

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 11. december 2014.

Underskrifter