

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

15. januar 2003 \*

I sag T-99/01,

**Mystery Drinks GmbH**, under konkursbehandling, Eppertshausen (Tyskland),  
ved advokaterne T. Jestaedt, V. von Bomhard og A. Renck,

sagsøger,

mod

**Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design)**  
(KHIM), ved A. von Mühlendahl, B. Weggenmann og C. Røhl Søberg, som  
befuldmægtigede,

sagsøgt,

\* Processprog: tysk.

intervenient ved Retten:

Karlsberg Brauerei KG Weber, Homburg (Tyskland), ved advokat R. Lange,

angående en påstand om annullation af en afgørelse truffet den 12. februar 2001 af Tredje Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 251/2000-3), der vedrører registrering af tegnet MYSTERY som EF-varemærke, over for hvilket det nationale varemærke Mixery er blevet gjort gældende som indsigelse,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS  
(Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, R.M. Moura Ramos, og dommerne J. Pirrung og A.W.H. Meij,

justitssekretær: fuldmægtig D. Christensen,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 7. maj 2001,

under henvisning til svarskriftet fra Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design), der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 28. august 2001,

efter mundtlig forhandling den 18. september 2002,

afsagt følgende

## Dom

### Sagens forhistorie

- 1 Den 25. oktober 1996 indgav sagsøgeren en ansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret «) om registrering af et figurmærke som EF-varemærke i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret.
- 2 Det tegn, der ansøges om registrering af, er det nedenfor angivne:



**Mystery**

3 De varer, for hvilke mærket ønskes registreret, henhører under klasse 29, 30 og 32 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer for hver af disse klasser til følgende beskrivelse:

— klasse 29: »Snackvarer, særlig tørret frugt, nødder, kartoffelchips og kartoffelpinde«

— klasse 30: »Kakao, sukker, honning, sirup og varer fremstillet af disse materialer, særlig slik og andre søde sager; konditori- og konfekturvarer; iscreme; tyggegummi«

— klasse 32: »Ikke alkoholholdige drikke, dog ikke alkoholfrie øl«.

4 Denne ansøgning er blevet offentliggjort i *EF-varemærketidende* nr. 21/98 af 23. marts 1998.

5 Den 16. juni 1998 rejste Karlsberg Brauerei KG Weber (herefter »intervenienten«) en indsigelse i medfør af artikel 42 i forordning nr. 40/94 mod registrering af dette EF-varemærke. Der var som begrundelse for indsigelsen anført, at der forelå den i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 omhandlede forvekslingsrisiko mellem det ansøgte varemærke og et ældre nationalt varemærke, som intervenienten er indehaver af. Det pågældende ældre varemærke er ordmærket Mixery, der i Tyskland er registreret under nr. 395 02 709 til betegnelse for følgende varer:

— klasse 32: »Øl og drikke, der indeholder øl«.

- 6 Ved afgørelse af 4. februar 2000 afviste indsigelsesafdelingen indsigelsen.
- 7 Den 3. marts 2000 indgav intervenienten en klage til Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 59 i forordning nr. 40/94 til prøvelse af indsigelsesafdelingens afgørelse.
- 8 Ved afgørelse af 12. februar 2001 (herefter »den anfægtede afgørelse«), der blev meddelt sagsøgeren den 27. februar 2001, annullerede Tredje Appellkammer delvis indsigelsesafdelingens afgørelse.
- 9 Appellkammeret fandt i det væsentlige, at der er en forvekslingsrisiko mellem det ældre varemærke og det varemærke, der er ansøgt om for varer i klasse 32. Denne risiko er foreliggende dog ikke for varerne i klasse 29 og 30.

### Retsforhandlinger og parternes påstande

- 10 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

11 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Der tages hensyn til parternes indlæg.

— Sagens omkostninger fordeles under hensyntagen til sagens udfald, og herudover pålægges der ikke Harmoniseringskontoret omkostninger.

12 Intervenienten har nedlagt følgende påstand:

— Harmoniseringskontoret frifindes.

13 Ved skrivelse af 5. september 2002 har sagsøgeren givet Retten meddelelse om selskabets konkurs. Det kan udledes af selskabets bemærkninger, at det har til hensigt at fortsætte sagen. Sagsøgeren var i øvrigt ikke repræsenteret under retsmødet.

## Retlige bemærkninger

### *Indledende bemærkninger*

14 Det bemærkes, at Harmoniseringskontoret i sine påstande hverken har taget stilling til sagsøgerens krav eller til den anfægtede afgørelses resultat.

- 15 Derfor kan Harmoniseringskontorets påstande ikke antages til realitetsbehandling. Intervenienten har imidlertid nedlagt påstand om frifindelse af Harmoniseringskontoret. Følgelig skal den foreliggende tvist behandles i overensstemmelse med artikel 134, stk. 4, i Rettens procesreglement.

*Eneste anbringende: tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94*

#### Parternes argumenter

- 16 Sagsøgeren har gjort gældende, at et varemærke som intervenientens, hvis særpræg er svagt, må have en begrænset beskyttelse, navnlig for så vidt som den relevante kundekreds forbinder varemærket Mixery med ord som »mixen« (blande) eller »mix« (blanding), der angiver, at drikken udgør en blanding eller en cocktail. Selv ved intensiv brug kan et sådant varemærke ikke få status som et »reelt stærkt« varemærke.
- 17 Sagsøgeren har endvidere understreget, at omdømmet for intervenientens varemærke aldrig er blevet påvist tilstrækkelig klart.
- 18 Herudover har sagsøgeren gjort gældende, at argumenter og dokumenter til bevis for, at varemærket Mixery er velkendt, ikke er blevet fremlagt inden for rammerne af indsigelsesproceduren og ikke kan fremlægges for første gang for appelkammeret. Sagsøgeren har ligeledes gjort gældende, at spørgsmålet, om et varemærke har en høj grad af særpræg, er et retsspørgsmål. Sagsøgeren finder derfor, at det i overensstemmelse med artikel 74, stk. 1, andet punktum, i forordning nr. 40/94 ikke var nødvendigt, at selskabet bestred de faktiske omstændigheder, som i øvrigt ikke var fremstillet korrekt.

19 Sagsøgeren har for så vidt angår sammenligningen af tegnene gjort gældende, at:

— De omtvistede tegn er forskellige på det typografiske plan, idet deres respektive midterste bogstaver »IX« og »YST« adskiller sig fra hinanden, og begyndelsesbogstavet »M« i tegnet MYSTERY har en meget stiliseret form.

— Tegnene er forskellige på det fonetiske plan. Deres respektive stavelser afviger væsentligt. I den første stavelse er »i« i Mixery kortere og lysere end »Y« i MYSTERY, og i den anden stavelse udtales »ST« i MYSTERY anderledes end »x« i Mixery, der er en sjældent anvendt konsonant.

— På det begrebsmæssige plan afviger de omhandlede tegn, der har en klar betydning, betydeligt. Ordet MYSTERY vækker i Tyskland forestilling om begrebet »Mysterium«. Derimod er det åbenbart, at tegnet Mixery henviser til ordet »mix« (blanding) eller »mixen« (blende).

20 Sagsøgeren har tilføjet, at varemærkets visuelle indtryk er afgørende, idet kunden ikke bestiller varen mundtligt i butikkerne, og kun en forsvindende del af disse drikke bestilles på steder, hvor støjniveauet er højt, og hvor et forudgående blik på spisekortet udelukker enhver forvekslingsrisiko. Hertil kommer, at drikken sædvanligvis serveres sammen med flasken, hvorpå varemærket findes. Når drikken serveres fra fad, findes varemærket på hanen eller også på glasset eller ølbrikken.

21 For så vidt angår sammenligningen af varerne har sagsøgeren gjort gældende, at de ikke ligner hinanden. Alkoholfrie drikke fremstilles ikke de samme steder som



øl, og sælges fra klart adskilte afdelinger. Hertil kommer, at den afgørende forskel mellem drikkeene — når henses til de begrænsninger, der er forbundet med alder og retten til at føre et motorkøretøj — er, om de indeholder alkohol eller er alkoholfrie, hvorfor forbrugeren er meget opmærksom herpå.

- 22 Sagsøgerens konklusion er, at der ikke er risiko for forveksling mellem det varemærke, der ansøges om, og det ældre varemærke.
- 23 Intervenienten har gjort gældende, at varemærket Mixery som et velkendt mærke har et forstærket særpræg. Intervenienten har i den forbindelse angivet de omstændigheder, der kan støtte, at det betragtes som almindelig kendt.
- 24 Intervenienten har gjort gældende, at der i modsætning til det af sagsøgeren anførte allerede blev henvist til en høj grad af særpræg inden for rammerne af indsigelsesproceduren, og at dette forhold er blevet korrekt forstået af appelkammeret, idet der er tale om et kendt varemærke.
- 25 Intervenienten har understreget, at sagsøgeren har udelukket forveksling på det lydmæssige plan ene og alene på grundlag af en kunstig analyse, der er baseret på en opfattelse af varemærket i adskilte bestanddele. Argumentet, der er baseret på anvendelsen af kortet over drikkevarer, er heller ikke relevant, for så vidt som det kun forrykker forvekslingsrisikoen til et andet led.
- 26 Intervenienten finder, at det ikke er muligt at hævde, at varerne ikke ligner hinanden. I den forbindelse finder intervenienten, at det er en ukorrekt påstand, at alkoholfrie drikke og blandinger på grundlag af øl fremstilles på forskellige produktionssteder.

- 27 Endelig har intervenienten gjort gældende, at forbrugerne ikke kan opdeles i to adskilte kategorier, da der findes et betydeligt antal kunder, som de to varer er rettet mod samtidigt.

### Rettens bemærkninger

- 28 Det bestemmes i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, at hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, udelukket fra registrering, når »der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre mærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne, som omfattes af de to mærker, er af samme eller lignende art; risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke«.
- 29 Ifølge Domstolens praksis vedrørende fortolkningen af artikel 4, stk. 1, litra b), i Rådets direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), hvis regelindhold i det væsentlige er identisk med artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, udgør risikoen for, at det i kundekredsen kan antages, at de pågældende varer eller tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder, en risiko for forveksling (Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 29, og af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 17).
- 30 Ifølge samme retspraksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde (Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 22, Canon-dommen, præmis 16, Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 18, og dom af 22.6.2000, sag C-425/98, Marca Mode, Sml. I, s. 4861, præmis 40).

- 31 Som angivet i syvende betragtning til forordning nr. 40/94, indebærer denne helhedsvurdering en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning, og især ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkerne. En svag grad af lighed mellem de varer eller tjenesteydelser, der omfattes af varemærkerne, kan således opvejes af en høj grad af lighed mellem varemærkerne og omvendt (Canon-dommen, præmis 17, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 19).
- 32 Desuden spiller det en afgørende rolle i helhedsvurderingen af risikoen for forveksling, hvordan gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer eller tjenesteydelser opfatter varemærkerne. Gennemsnitsforbrugeren opfatter imidlertid normalt et varemærke som en helhed og undersøger ikke de forskellige detaljer (SABEL-dommen, præmis 23, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 25). For så vidt angår denne helhedsvurdering anses gennemsnitsforbrugeren af den pågældende kategori af varer for at være almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Der må i øvrigt tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugeren kun sjældent har mulighed for at foretage en direkte sammenligning mellem de forskellige mærker, men må stole på det ufuldstændige billede, han har af dem i erindringen. Der må også tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugeren opmærksomhedsniveau kan variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om (Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 26).
- 33 I den foreliggende sag bemærkes indledningsvis, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 32 konstaterede, at intervenientens varemærke har et forholdsvis stærkt særpræg.
- 34 Dette resultat kan ikke udledes alene på grundlag af de omstændigheder, der anføres herom i afgørelsen. Et varemærkes høje grad af særpræg må enten fastslås på grundlag af de egenskaber, som varemærket har, eller ud fra det udbredte kendskab, der er knyttet hertil. For det første bemærkes, at selv om appelkammeret fastslog, at det ældre varemærkes særpræg ikke blev svækket ved

antydningen af et beskrivende ord, og at det var tilstrækkelig originalt til at kunne opfylde sin funktion som varemærke, præciserede appelkammeret ikke dermed de egenskaber ved varemærket, der gør det muligt at kvalificere særpræget som forholdsvis stærkt. For det andet bemærkes, som sagsøgeren i det væsentlige har gjort gældende, at omstændigheder, der er udledt af de oplysninger, intervenienten har afgivet, navnlig den blotte påstand om, at varemærket er »en kultdrik for moderigtige unge« og henvisningen til Internetsider vedrørende bl.a. reklamesponsorering af et aftenarrangement efter ansøgningen om registrering, ikke kan være tilstrækkelige til at godtgøre en høj grad af særpræg for det ældre varemærke, der følger af det udbredte kendskab, der er knyttet hertil (jf. i denne retning Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 22 og 23).

- 35 Derfor skal appelkammerets konstatering af, at indsigerens varemærke har et forholdsvis stærkt særpræg, afvises, uden at det er nødvendigt at træffe afgørelse om de andre forhold vedrørende undersøgelsen af bekendthedsgraden, som sagsøgeren har rejst.
- 36 Den fejl, appelkammeret således har begået, er imidlertid ikke i sig selv nok til, at dets afgørelse bliver ugyldig. Risikoen for forveksling mellem det varemærke, der er ansøgt om, og det ældre varemærke kan godtgøres uden henvisning til det ældre varemærkes høje grad af særpræg. Det skal derfor undersøges, om den anfægtede afgørelse, uafhængigt af den ovenfor nævnte fejl, korrekt har godtgjort, at der er risiko for forveksling.
- 37 Idet de drikke, der henhører under klasse 32, er almindelige forbrugsvarer, og det ældre varemærke, som indsigelsen er baseret på, er registreret og beskyttet i Tyskland, udgøres den relevante kundekreds, i forhold til hvilken vurderingen af risikoen for forveksling skal foretages, i den foreliggende sag af gennemsnitsforbrugeren i denne medlemsstat.

- 38 I lyset af disse betragtninger skal først de omhandlede varer og derefter de omtvistede tegn sammenlignes med henblik på at afgøre, om registreringen af tegnet MYSTERY kan give anledning til en forvekslingsrisiko med det ældre varemærke Mixery.
- 39 Hvad for det første angår sammenligningen af varerne bemærkes, at der ifølge Domstolens praksis med henblik på vurderingen af ligheden mellem de pågældende varer eller tjenesteydelser skal tages hensyn til alle de relevante faktorer, der kendetegner deres forbindelse. Disse faktorer omfatter navnlig varernes art, anvendelsesformål og benyttelsen af dem, samt om de er i et konkurrenceforhold eller supplerer hinanden (Canon-dommen, præmis 23).
- 40 I den forbindelse fastslog appelkammeret, at det ældre varemærke ikke kun er beskyttet for øl, men også for blandede drikke, der indeholder øl, og som eventuelt kan være alkoholfrie. Appelkammeret fastslog endvidere, at øl og andre drikke, navnlig i aftapnings- og markedsføringsfasen, kan hidrøre fra de samme virksomheder, kan sælges fra de samme hylde og have samme anvendelsesformål. I øvrigt kan blandede drikke på grundlag af øl i forbrugernes bevidsthed erstatte både øl og alkoholfrie drikke. Derfor fastslog appelkammeret med rette, at de omhandlede varer, der henhører under klasse 32, ligner hinanden.
- 41 Sagsøgerens argumenter vedrørende den særlige opmærksomhed, som forbrugeren i lyset af de begrænsninger, der er forbundet med alder og bilkørsel, giver drikkenes alkoholindhold, kan ikke følges, idet forskellene mellem visse drikke i relation til alkoholindhold (øl med lavt indhold, alkoholfri øl og blandede drikke), som også appelkammeret fastslog, vil have tendens til at blive udvisket og ikke vil hindre forbrugeren i at antage, at de to varer er blevet fremstillet under den samme virksomheds kontrol.

- 42 Hvad for det andet angår sammenligningen af varemærket og det ansøgte tegn følger det af retspraksis, at helhedsvurderingen af risikoen for forveksling med hensyn til de pågældende varemærkers visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige lighed skal være baseret på helhedsindtrykket af varemærkerne, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller dominans (SABEL-dommen, præmis 23, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 25). Domstolen har desuden fastslået, at det ikke kan udelukkes, at en fonetisk lighed mellem to varemærker i sig selv kan skabe risiko for forveksling (jf. i denne retning Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 28).
- 43 Derfor skal det ovenfor i præmis 2 afbildede tegn »MYSTERY« sammenlignes på det visuelle, fonetiske og begrebsmæssige plan med varemærket Mixery.
- 44 På det visuelle plan må det, som også appelkammeret har fremhævet, fastslås, at det er let at adskille de to tegn på grund af deres grafiske udformning, bl.a. fordi tegnet MYSTERY fremtræder i en figurativ form, der navnlig indeholder et stiliseret stort »M«.
- 45 På det fonetiske plan har appelkammeret fastslået, at under hensyn til de tyske og engelske udtalemåder, som ordet »Mystery« er inspireret af, er de fælles punkter i hvert af de to tegns dominerende elementer større end forskellene, hvilket medfører en lighed mellem tegnene.
- 46 I den forbindelse kan der ikke lægges vægt på sagsøgerens argument om, at disse forskelle er betydelige. Ud fra et fonetisk synspunkt kan disse forskelle kun konstateres, som intervenienten har gjort gældende, i det omfang sagsøgeren foretager en opsplittet analyse stavelse for stavelse, uden at der lægges vægt på udtalen af hele ordet.

- 47 På trods af den manglende lighed mellem de omhandlede tegn på det begrebsmæssige plan fastslog appelkammeret, at den begrebsmæssige betydning, som tegnene antyder, ikke er tilstrækkelig direkte og præcis til straks at kunne opfattes af forbrugeren og dermed gøre det muligt at sondre mellem dem med sikkerhed. Det kan faktisk ikke antages, at den relevante kundekreds analyserer tegnene på en måde, der er så udviklet, at denne eventuelle betydning opdages.
- 48 I lyset af samtlige ovennævnte betragtninger og navnlig den store lighed mellem varerne og den fonetiske lighed mellem de omhandlede tegn må det fastslås, at appelkammeret med rette konkluderede, at der i bevidstheden hos den relevante kundekreds er risiko for forveksling mellem det varemærke, der er ansøgt om, og det ældre varemærke, som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Sagsøgerens argumentation, hvorefter det visuelle indtryk er afgørende, kan ikke afkræfte denne konklusion. Det er nemlig tilstrækkeligt, at der er en forvekslingsrisiko; det kræves ikke, at forvekslingen godtgøres. I den udstrækning, de omhandlede varer også drikkes efter en bestilling, der er givet mundtligt, er den fonetiske lighed mellem de omhandlede tegn i sig selv tilstrækkelig til at skabe en forvekslingsrisiko.
- 49 Under disse omstændigheder skal anbringendet om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 forkastes. Harmoniseringskontoret må derfor frifindes.

### Sagens omkostninger

- 50 I medfør af procesreglementets artikel 87, stk. 3, første afsnit, kan Retten bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter, eller hvor der foreligger ganske særlige grunde.

- 51 Idet sagsøgeren har tabt sagen, og da Harmoniseringskontoret har nedlagt påstande, der ikke kunne antages til realitetsbehandling, og intervenienten ikke har nedlagt påstand om, at sagsøgeren og Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger, bestemmer Retten, at hver part bærer sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

### RETTEEN (Anden Afdeling)

- 1) Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) frifindes.
- 2) Hver part bærer sine egne omkostninger.

Moura Ramos

Pirrung

Meij

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 15. januar 2003.

H. Jung

Justitssekretær

R.M. Moura Ramos

Afdelingsformand