

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (fjärde avdelningen)
den 20 april 2005 *

I mål T-273/02,

Krüger GmbH & Co. KG, Bergisch Gladbach (Tyskland), företrätt av advokaten
S. von Petersdorff-Campen,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån), företrädd av G. Schneider, i egenskap av ombud,

svarande,

* Rättegångsspråk: tyska.

varvid motparten i förfarandet inför harmoniseringsbyråns överklagandenämnd, som intervenerat vid förstainstansrätten, var

Calpis Co. Ltd, Tokyo (Japan), företrätt av advokaterna O. Jüngst och M. Schork,

angående en talan mot det beslut som fattats av harmoniseringsbyråns första överklagandenämnd den 25 juni 2002 (ärende R 484/2000-1), beträffande ett invändningsförfarande mellan Calpis Co. Ltd och Krüger GmbH & Co. KG,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av ordföranden H. Legal samt domarna P. Mengozzi och I. Wiszniewska-Białecka,

justitiesekreterare: byrådirektören I. Natsinas,

med beaktande av ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 6 september 2002,

med beaktande av svarsinlägga som inkom till förstainstansrättens kansli den 18 december 2002,

med beaktande av intervenientens svarsinlägga som inkom till förstainstansrättens kansli den 27 december 2002,

efter förhandlingen den 17 november 2004,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

- 1 The Calpis Food Industry Co. Ltd, senare Calpis Co. Ltd (nedan kallad intervenienten), ingav den 1 april 1996 en ansökan om gemenskapsvarumärke till Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (nedan kallad 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 ändrad lydelse.
- 2 Det varumärke som registreringsansökan avsåg var ordmärket CALPICO.
- 3 De varor och tjänster som registreringsansökan avsåg omfattas av klasserna 29, 30 och 32 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg,

och motsvarar för klass 32 följande beskrivning: "mineral- och kolsyrat vatten och andra icke-alkoholhaltiga drycker, speciellt fysiologiskt funktionella drycker; frukt-drycker och -juicer, likaså drycker baserade på fruktjuice; safter och andra koncentrat för framställning av drycker".

- 4 Ansökan om varumärkesregistrering offentliggjordes i *Bulletinen för gemenskaps-varumärken* nr 74/98 den 28 september 1998.

- 5 Den 11 november 1998 framställde Krüger GmbH & Co. KG (nedan kallad sökanden) en invändning mot att varumärket CALPICO skulle registreras och åberopade därvid en risk för förväxling, i den mening som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94, med det äldre nationella ordmärket CALYPSO, registrerat i Tyskland, som sökanden innehar. De varor för vilka det äldre varumärket har registrerats tillhör klas. 32 i Niceöverenskommelsen och motsvarar följande beskrivning: "fruktpulver och icke alkoholhaltiga fruktpreparat för framställning av icke alkoholhaltiga drycker (samtliga dessa varor likaså i form av snabbprodukter)".

- 6 Invändningsenheten avslög invändningen genom beslut av den 13 mars 2000 med motiveringen att de motstående kännetecknen är tillräckligt olika i visuellt, fonetiskt och begreppsmässigt hänseende för att utesluta en förväxlingsrisk i den mening som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94.

- 7 Den 5 maj 2000 överklagade sökanden invändningsenhetens beslut till harmoniseringsbyrån.

- 8 Genom beslut av den 25 juni 2002 (nedan kallat det ifrågasatta beslutet) avlog harmoniseringsbyråns första överklagandenämnd överklagandet. Överklagandenämnden fann i sak att även om varorna i fråga delvis är identiska (preparat för framställning av drycker) och delvis högst likartade (andra varor) ger de visuella, fonetiska och begreppsmässiga skillnaderna mellan de motstående kännetecknen inte tillräckligt stöd för slutsatsen att det föreligger en förväxlingsrisk.

Parternas yrkanden

- 9 Sökandena har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet, och

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

- 10 Harmoniseringsbyrån och intervenienten har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

- 11 Sökanden har till stöd för sin talan åberopat två grunder. Den första grunden avser ett åsidosättande av artikel 8.1 b i förordning nr 40/94. Den andra grunden avser ett åsidosättande av rätten att yttra sig enligt artikel 61.2 i förordning nr 40/94, jämförd med regel 20.2 första meningen i kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av förordning nr 40/94 (EGT L 303, s. 1), och artikel 6.1 i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen).

Den första grunden: åsidosättande av artikel 8.1 b i förordning nr 40/94

Parternas argument

- 12 Sökanden har för det första hävdats att överklagandenämnden, genom att göra en på en gång visuell, fonetisk och begreppsmässig bedömning av likheterna mellan de motstående kännetecknen, har utfört en uppenbart felaktig kumulativ bedömning av förväxlingsrisken. Enligt sökanden är det inte nödvändigt att bedöma den begreppsmässiga likheten mellan de motstående kännetecknen när en annan likhet, exempelvis en visuell likhet, har konstaterats och denna är av avgörande betydelse. Detta gäller även om det har konstaterats att det inte finns någon fonetisk likhet alls. Överklagandenämnden har således, genom att göra en kumulativ bedömning, bortsett från den rättspraxis som det hänvisas till i dom av den 11 november 1997 i mål C-251/95, SABEL (REG 1997, s. I-6191), och av den 22 juni 1999 i mål C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer (REG 1999, s. I-3819), punkt 27.

- 13 För det andra har sökanden gjort gällande att överklagandenämnden har gjort en oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna och inte borde ha kommit till slutsatsen att de motstående kännetecknen inte var likartade.
- 14 Sökanden har inledningsvis hävdade att överklagandenämnden oriktigt har funnit att graden av uppmärksamhet hos genomsnittskonsumenten på grund av det stora utbudet av fruktjuicer och drycker inte kan anses vara låg. Sökanden har inte ifrågasatt att det förekommer ett stort utbud av fruktjuicer och drycker men har hävdade att överklagandenämndens resonemang är motsägelsefullt. Om, såsom nämnden har hävdade, det i detta fall var fråga om varor som köps i förbifarten, skulle konsumentens uppmärksamhet inte vara särskilt stor. Dessutom innebär ett stort utbud en ökad risk för förväxling mellan varumärkena. Överklagandenämnden har vidare understrukit att varorna har ett lågt pris. Enligt sökandens mening ägnar genomsnittskonsumenten mindre uppmärksamhet åt en billig vara än en dyrare.
- 15 Sökanden har vidare hävdade att det finns en visuell likhet mellan kännetecknen CALYPSO och CALPICO. Båda består av sju bokstäver och innehåller bokstaven "p" i mitten av ordet. Dessutom befinner sig de bokstäver som är gemensamma för de två kännetecknen ("cal" och "o") i början respektive slutet av kännetecknet. Sökanden har hävdade att det är delarna i början och slutet av ett ordmärke som är avgörande för det visuella intryck som märket ger. Överklagandenämndens konstaterande att det föreligger visuella skillnader mellan de båda bokstavsföljderna "pic" och "yps" är således oväsentligt, eftersom dessa återfinns i mitten av ordet. Sökanden har för övrigt understrukit att kännetecknen i fråga främst uppfattas visuellt och att konsumenten bara uppfattar dem fonetiskt om denne undersöker dem noggrannare. Eftersom graden av uppmärksamhet hos konsumenten är låg uppfattas därför kännetecknen oftast enbart visuellt. Av den anledningen är det lämpligt att tillmäta den visuella likheten avgörande betydelse.

- 16 Enligt sökanden förstärks den förväxlingsrisk som uppkommer genom den visuella likheten av den fonetiska likheten mellan kännetecknen. Dessa har nämligen vokalföljden "a-i-o" gemensam, eftersom bokstaven "y" i kännetecknet CALYPSO uttalas som ett "i". Vokalföljden är således avgörande för hur orden i fråga uppfattas fonetiskt. Sökanden har vidare hävdad att då kännetecknet CALPICO i Tyskland uppfattas som ett främmande ord kommer en stor del av konsumenterna att uttala det som om det var fråga om ett italienskt eller spanskt ord, det vill säga "kalpitscho" eller "kalpizo". Det föreligger alltså, för den tyske konsumenten, en osäkerhet rörande uttalet av ordmärket CALPICO, vilket skulle kunna förleda konsumenten att uttala det på samma sätt som kännetecknet CALYPSO, som de redan hört. Överklagandenämndens uttalande att bokstaven "c" i CALPICO kommer att uttalas "k" därför att "c" alltid uttalas så på tyska när det kommer före "o" är således inte relevant, eftersom CALPICO inte är ett tyskt ord.
- 17 Sökanden har vidare hävdad att frånvaron av begreppsmässig likhet mellan de båda kännetecknen inte ger stöd för slutsatsen att det inte föreligger någon förväxlingsrisk. I den mån ordet calypso har flera olika betydelser på tyska — det är en rytmisk dans med ursprung i Antillerna, en nymf i den grekiska mytologin eller en av planeten Saturnus månar — och begreppet calpico inte har någon, skulle konsumenten, till följd av de visuella och fonetiska likheter som föreligger mellan de två kännetecknen, kunna tillmäta ordet calpico de betydelser som avser ordet calypso. Överklagandenämnden har dessutom inte uppgett varför konsumenterna, bland de olika betydelserna av ordet calypso, skulle associera just till Karibien, till sydliga breddgrader och till gungande rytmer.
- 18 Slutligen har sökanden påstått att överklagandenämnden vid bedömningen av förväxlingsrisken inte har tagit hänsyn till samspelet mellan de faktorer som utgörs av likheten mellan kännetecknen och likheten mellan varorna. Överklagandenämnden borde, efter att ha konstaterat att det fanns en likhet mellan varorna, ha funnit att det förelåg en förväxlingsrisk, grundat på den visuella och fonetiska likheten mellan kännetecknen.

- 19 För det tredje har sökanden hävdad att det ifrågasatta beslutet strider mot harmoniseringsbyråns beslutspraxis, särskilt mot beslut R 488/2000-4 av den 28 februari 2002, Robert Krups mot Lidl Stiftung, R 622/1999-3 av den 3 april 2001, Almirall Prodesfarma mot Mundipharma, och R 251/2000-3 av den 12 februari 2001, Karlsberg Brauerei mot Mystery Drinks.
- 20 Harmoniseringsbyrån har svarat för det första att överklagandenämnden inte har påstått att det samtidigt måste föreligga en visuell, en fonetisk och en begreppsmässig likhet för att förväxlingsrisk skall kunna konstateras.
- 21 För det andra har harmoniseringsbyrån hävdad att överklagandenämnden har bedömt de faktiska omständigheterna på ett riktigt sätt och, helt korrekt, funnit att det inte föreligger någon förväxlingsrisk.
- 22 Harmoniseringsbyrån har inledningsvis hävdad att man även för köp av rena konsumtionsvaror bör utgå ifrån antagandet att konsumentens uppmärksamhetsförmåga är medelgod och inte låg. Sökanden skulle således ha visat att detta i det aktuella fallet inte gällde för fruktjuicer. Enbart ett påstående att så är fallet kan inte betraktas som tillräckligt bevis. I själva verket är tyska konsumenter, enligt harmoniseringsbyråns mening, mycket varumärkeskänsliga vad gäller fruktjuicer. Den betydande framgång som vissa varumärken har på den tyska marknaden liksom de ofta återkommande reklamkampanjerna i radio och TV tyder enligt harmoniseringsbyrån på att konsumenterna ägnar åtminstone medelstor uppmärksamhet åt varumärket när de väljer en sådan dryck.
- 23 Harmoniseringsbyrån har vidare hävdad att de båda kännetecknen skiljer sig klart åt i begreppsmässigt, fonetiskt och visuellt hänseende, vilket utesluter att det skulle föreligga någon risk för förväxling mellan varumärkena.

- 24 Intervenienten har för det första påstått sig inte uppfatta att någon kumulativ metod har använts i det ifrågasatta beslutet. Sökanden har enligt intervenienten blandat samman två olika bedömningar. Den första är bedömningen av likheten mellan kännetecknen. Det framgår av domarna i de ovannämnda målen SABEL och Lloyd Schuhfabrik Meyer att graden av likhet i visuellt, fonetiskt och begreppsmässigt hänseende skall bedömas för att avgöra likheten mellan de motstående kännetecknen. Den andra bedömningen gäller förväxlingsrisken. Det räcker att det föreligger en likhet i ett av de tre avseendena för att en förväxlingsrisk skall kunna konstateras. Enligt intervenienten behöver överklagandenämnden, om den redan i det skede av bedömningen som rör likheten mellan kännetecknen finner att dessa skiljer sig tydligt från varandra, inte avgöra om endast en av dessa tre likheter kan medföra förväxlingsrisk. Det är detta som överklagandenämnden, enligt intervenientens mening, har gjort i förevarande fall.
- 25 Intervenienten har vidare förkastat sökandens argument att den fonetiska likheten mellan kännetecknen bör tillmätas mindre betydelse än den visuella likheten, på den grunden att ordmärkena i huvudsak uppfattas genom sin skrivna form. Enligt intervenienten är det fonetiska intryck som varumärkena gör av fundamental betydelse. De hörs i media långt innan de blir lästa.
- 26 För det andra har intervenienten hävdats att överklagandenämnden hade grund för att finna att det inte förelåg någon förväxlingsrisk.
- 27 Intervenienten har i detta avseende till att börja med hävdats att graden av uppmärksamhet hos genomsnittskonsumenten inte är låg. Överklagandenämnden har, genom att understryka att konsumenten är van att ha ett stort urval av fruktjuicer att välja på och därför lägger vikt vid förpackningar och varumärken, anslutit sig till den linje i domstolens rättspraxis enligt vilken det skall beaktas att "genomsnittskonsumentens uppmärksamhet kan variera beroende på vilken kategori av varor eller tjänster det är fråga om" (domen i det ovannämnda målet Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 26). Hur uppmärksam konsumenten är bör således avgöras vara för vara, även om det är fråga om dagligvaror, och inte utifrån

en princip om att genomsnittskonsumenten ägnar alla dagligvaror liten uppmärksamhet, utan åtskillnad. Konsumenten är relativt uppmärksam beträffande dryckerna i fråga, eftersom de tillverkas av ett flertal olika företag. Den slutsats som överklagandenämnden har dragit beträffande graden av uppmärksamhet hos konsumenten "strider" således inte mot invändningsenhetens, då den senare endast har bedömt de faktiska omständigheterna annorlunda än den förra.

28 Vad vidare beträffar jämförelsen mellan kännetecknen har intervenienten i sak anslutit sig till harmoniseringsbyråns ståndpunkt.

29 Vad slutligen beträffar sökandens argument att överklagandenämnden inte vid bedömningen av förväxlingsrisken har tagit hänsyn till samspelet mellan varumärkenas respektive varornas likhet, anser intervenienten likaså att detta inte är välgrundat.

Förstainstansrättens bedömning

30 Enligt artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 kan det varumärke som ansökan gäller, efter invändning från innehavaren av ett äldre varumärke, inte registreras om det — på grund av att det är identiskt med eller liknar det äldre varumärket och de varor eller tjänster som omfattas av varumärkena är identiska eller är av liknande slag — föreligger en risk för att allmänheten förväxlar dem inom det område där det äldre varumärket är skyddat.

31 Enligt fast rättspraxis föreligger förväxlingsrisk om det finns en risk att allmänheten kan tro att varorna eller tjänsterna i fråga kommer från samma företag eller i förekommande fall från företag med ekonomiska band.

- 32 Enligt samma rättspraxis skall det vid prövningen av huruvida det föreligger förväxlingsrisk hos allmänheten göras en helhetsbedömning av hur omsättningskretsen uppfattar kännetecknen och varorna eller tjänsterna i fråga, med hänsyn till samtliga relevanta faktorer i det enskilda fallet, bland annat samspelet mellan kännetecknens likhet och likheten mellan de varor eller tjänster som de avser (se 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 31–33 och där angiven rättspraxis).
- 33 Av domstolens rättspraxis framgår även att helhetsbedömningen av förväxlingsrisken, vad gäller de motstående kännetecknens visuella, fonetiska och begreppsmässiga likhet, skall grunda sig på det helhetsintryck som varumärkena ger, i synnerhet med hänsyn till deras särskiljande och dominerande beståndsdelar (se förstainstansrättens dom av den 14 oktober 2003 i mål T-292/01, Phillips-Van Heusen mot harmoniseringsbyrån — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), REG 2003, s. II-4335, punkt 47, och där angiven rättspraxis).
- 34 I detta fall rör tvisten jämförelsen mellan kännetecknen. Att de varor som de motstående varumärkena avser delvis är identiska och delvis likartade är ostridigt.
- 35 Eftersom det äldre varumärket är registrerat i Tyskland utgörs omsättningskretsen av den tyska genomsnittskonsumenten.
- 36 Det skall allra först understrykas att, i motsats till vad sökanden har hävdat, förväxlingsrisk inte kan konstateras föreligga utan en föregående bedömning av den visuella, fonetiska och begreppsmässiga likheten mellan kännetecknen. Sökandens argument att en förväxlingsrisk kan konstateras när en likhet mellan kännetecknen i ett av de tre ovannämnda avseendena har fastställts strider mot den gemenskapsrättspraxis som nämns ovan i punkt 33, enligt vilken helhetsbedömningen av

förväxlingsrisken, vad gäller de motstående kännetecknens visuella, fonetiska och begreppsmässiga likhet, skall grunda sig på det helhetsintryck de ger, i synnerhet med hänsyn till deras särskiljande och dominerande beståndsdelar. Det är inom ramen för denna helhetsbedömning som en avvägning mellan skillnaderna och likheterna mellan kännetecknen vid behov kan beaktas.

37 Under dessa förhållanden skall det prövas huruvida överklagandenämnden har åsidosatt artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 genom att fastställa att kännetecknen i fråga inte är likartade i visuellt, fonetiskt eller begreppsmässigt hänseende och därmed att det, i detta fall med identiska eller starkt likartade varor, inte föreligger någon risk för förväxling mellan de motstående varumärkena.

38 Vad beträffar den visuella jämförelsen mellan kännetecknen i fråga, uppgav överklagandenämnden följande i punkt 20 i det ifrågasatta beslutet:

”De två varumärkena består av sju bokstäver, varav de tre första ('CAL') och den sista ('O') är desamma. Samma bokstav ('P') förekommer i mittpartiet i båda varumärkena. Trots detta ger dock de båda varumärkena klart olika helhetsintryck visuellt sett. Bokstavsföljden 'PIC' mitt i det varumärke som ansökan om registrering avser skiljer sig klart från bokstavsföljden 'YPS' i invändarens varumärke.”

39 Det finns inget som talar emot denna bedömning. Generellt kan det sägas att när det handlar om relativt korta ordmärken, såsom i detta fall, är mittpartiet lika betydelsefullt som de delar av kännetecknet som kommer i början eller slutet (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 6 juli 2004 i mål T-117/02, Grupo El Prado Cervera mot harmoniseringsbyrån — Héritiers Debuschewitz (CHUFAPIT), REG 2004, s. II-2073, punkt 48). De motstående

kännetecknen uppvisar uppenbarligen skillnader i visuellt hänseende, i form av bokstavsföljden "pic" i det varumärke som ansökan om registrering som gemenskapsvarumärke avser och "yps" i det äldre nationella varumärket, vilket medför att en visuell likhet inte kan fastställas mellan de motstående kännetecknen.

- 40 Vad beträffar den fonetiska jämförelsen har överklagandenämnden uppgett följande i punkt 21 i det ifrågasatta beslutet:

"I motsats till sökanden ser överklagandenämnden inget skäl till varför det varumärke som ansökan om registrering avser skulle uttalas 'KALPITZO' eller 'KALPISO'. När bokstaven C föregår ett O på tyska uttalas den alltid som ett K, som i orden Collage, Computer, Container, Coburg eller Coca-Cola°. Det är alltså fråga om en hård konsonant. Språkligt sett består det varumärke som ansökan om registrering avser av tre stavelser: CAL-PI-CO (uttalade 'KAL-PI-KO'), med betoning på första stavelsen. Även om invändarens varumärke också språkligt sett består av tre stavelser, det vill säga CA-LY-PSO (uttalade 'KA-LY-PSO'), ligger betoningen här på andra stavelsen. Slutsatsen blir att de båda motstående varumärkena tydligt skiljer sig åt i fonetiskt hänseende."

- 41 Denna bedömning kan inte annat än godtas. Det finns anledning att påpeka att de motstående kännetecknen har två stavelser som är klart olika i fonetiskt hänseende, att betoningen i de två orden inte ligger på samma stavelse och att bokstaven "y" inte uttalas på samma sätt som bokstaven "i" på tyska. För övrigt skall, beträffande sökandens argument att tyska konsumenter skulle uttala ordmärket CALPICO som "kalpitscho" eller "kalpizo", såsom det skulle uttalas på italienska eller spanska, påpekas att även om man antar att omsättningskretsen har tillräckliga kunskaper i italienska och spanska, så uttalas CALPICO inte "kalpitscho" eller "kalpizo" vare sig på italienska eller på spanska. Även om man antar, såsom sökanden har gjort gällande, att tyska konsumenter uppfattar kännetecknet CALPICO som ett främmande ord och därför anammar ett påhittat, osäkert uttal som motsvarar vad

de tror är riktigt på italienska eller spanska, så kommer dessa konsumenter ändå inte förledas att uttala detta begrepp på samma sätt som ordmärket CALYPSO, eftersom det är helt klart hur detta ord skall uttalas på tyska. Denna skillnad bidrar till att utesluta all fonetisk likhet mellan de båda kännetecknen.

42 Överklagandenämnden har, beträffande sin begreppsmässiga jämförelse av kännetecknen, påpekat, i punkt 22 i det ifrågasatta beslutet, att begreppet calpico är ett "rent fantasiord helt utan semantiskt innehåll", medan begreppet calypso ger associationer antingen till "Karibien, sydliga breddgrader och gungande rytmer" eller till den nymf i den grekiska mytologin hos vilken Odysseus fann en tillflyktsort efter att ha förlist. Under dessa omständigheter fann nämnden att de motstående kännetecknen "saknar begreppsmässig likhet".

43 Det är i detta avseende tillräckligt att påpeka att begreppet calypso för omsättningskretsen faktiskt har åtminstone de två betydelser som överklagandenämnden har erinrat om, medan det är ostridigt att begreppet calpico saknar betydelse. Ur begreppsmässig synpunkt kommer omsättningskretsen således tydligt att skilja de båda motstående kännetecknen åt, oavsett exakt vilken av de två betydelser som överklagandenämnden nämnt som den ger begreppet calypso. Inte heller om man antar, såsom sökanden har hävdad, att omsättningskretsen förknippar begreppet calypso med en av planeten Saturnus månar är det en omständighet som medför någon begreppsmässig likhet med begreppet calpico.

44 Följaktligen har överklagandenämnden haft fog för att finna att det inte föreligger någon likhet i visuellt, fonetiskt eller begreppsmässigt hänseende mellan de motstående kännetecknen.

- 45 Trots att de varor som avses med de motstående varumärkena delvis är identiska och delvis högst likartade utesluter under dessa omständigheter den visuella skillnaden och de klara fonetiska och begreppsmässiga skillnaderna mellan dessa varumärken varje risk att omsättningskretsen förväxlar dem.
- 46 Denna slutsats påverkas inte av sökandens övriga argument.
- 47 Vad beträffar sökandens påstående att helhetsintrycket av de motstående varumärkena domineras av det visuella intrycket, är det tillräckligt att påpeka att även om detta skulle antas vara riktigt styrker det inte någon förväxlingsrisk, eftersom visuell likhet mellan kännetecknen saknas.
- 48 Inte heller sökandens argument om harmoniseringsbyråns tidigare beslutspraxis kan godtas, eftersom lagenligheten av överklagandenämndernas beslut enligt fast rättspraxis enbart skall bedömas på grundval av förordning nr 40/94, såsom den har tolkats av gemenskapsdomstolarna, och inte på grundval av en sådan tidigare beslutspraxis (förstainstansrättens dom av den 5 december 2002 i mål T-130/01, Sykes Enterprises mot harmoniseringsbyrån (REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS), REG 2002, s. II-5179, punkt 31, och av den 3 juli 2003 i mål T-129/01, Alejandro mot harmoniseringsbyrån — Anheuser-Busch (BUDMEN), REG 2003, s. II-2251, punkt 61).
- 49 Vad vidare beträffar överklagandenämndens ovannämnda beslut i ärendet Karlsberg Brauerei/Mystery Drinks (se ovan punkt 19), som särskilt sökanden och intervenienten har diskuterat och som varit föremål för talan vid förstainstansrätten (förstainstansrättens dom av den 15 januari 2003 i mål T-99/01, Mystery Drinks mot harmoniseringsbyrån — Karlsberg Brauerei (MYSTERY), REG 2003, s. II-43), har sökanden inte visat att det här föreligger en situation som är jämförbar med det

ärendet, eftersom de motstående kännetecknen i detta fall uppvisar klara fonetiska skillnader, medan de kännetecknen som var aktuella i det ärende som prövades i domen i det ovannämnda målet MYSTERY befanns vara fonetiskt likartade.

50 Slutligen har sökanden kritiserat överklagandenämnden för att vid bedömningen av risken för förväxling mellan de motstående varumärkena ha beaktat den icke försumbara graden av uppmärksamhet hos omsättningskretsen, tvärtmot invändningsenhetens bedömning, enligt vilken omsättningskretsen köper de varor som de motstående varumärkena avser utan större eftertanke.

51 Det skall i detta avseende understrykas att invändningsenheten i sitt beslut att avslå invändningen på grund av att ingen förväxlingsrisk förelåg uppgav följande:

”Även om det i detta fall är fråga om identiska varor, är skillnaderna mellan de kännetecknen som jämförelsen avser tillräckliga för att skilja [varumärkena] åt med tillfredsställande säkerhet. Förvisso bör stränga kriterier tillämpas i förevarande fall vad beträffar den skillnad som måste finnas mellan varumärkena, i synnerhet då de varor som jämförelsen avser är dagligvaror som erfarenheten visar köps utan större eftertanke och utan att varornas beteckning uppmärksammas särskilt.”

52 Vad beträffar överklagandenämnden skall det påpekas att den i punkt 23 i det ifrågasatta beslutet har angett följande:

”De varor som omfattas av vart och ett av varumärkena är vardagsvaror som konsumenten i allmänhet köper i förbifarten i snabbköp och i butiker som säljer

drycker. Priset på dessa artiklar är sådant att de kan betraktas som lågprisvaror. Med hänsyn till det stora utbudet av fruktjuicer och drycker kommer dock genomsnittskonsumentens uppmärksamhet inte att vara försumbar. Eftersom konsumenten är van att möta ett stort utbud av fruktjuicer och andra varor av liknande slag, såsom pulver som presenteras i liknande förpackningar, kommer han att vid ett inköp ägna varje förpackning viss uppmärksamhet eller studera varumärkena närmare.”

53 Eftersom de varor som de motstående varumärkena avser är dagligvaror, har både invändningsenheten och överklagandenämnden funnit att graden uppmärksamhet hos omsättningskretsen inte är särskilt hög. Visserligen skiljer sig punkt 23 i det ifrågasatta beslutet åt från invändningsenhetens beslut vad gäller bedömningen av exakt hur stor uppmärksamhet omsättningskretsen kommer att ägna de motstående varumärkena — beroende på hur det stora utbudet av fruktjuicer och drycker kan påverka denna uppmärksamhet. Även om överklagandenämnden har bedömt att det stora utbudet av fruktjuicer och drycker skulle kunna få omsättningskretsen att ägna de motstående varumärkena särskild uppmärksamhet har den dock ändå inte funnit att denna grad av uppmärksamhet skulle vara hög.

54 I alla händelser påverkar skillnaden i bedömning mellan besluten i harmoniseringsbyråns två instanser inte den slutsats som de båda har dragit att det inte föreligger någon likhet mellan de motstående kännetecknen och inte heller någon förväxlingsrisk mellan varumärkena. Den tyska genomsnittskonsumenten kommer, med hänsyn till de visuella, fonetiska och begreppsmässiga skillnader mellan de motstående kännetecknen som anförts ovan i punkterna 38–43, inte att få uppfattningen att de produkter som de motstående varumärkena avser har samma kommersiella ursprung, även om han inte skulle ägna någon särskild uppmärksamhet åt dessa varumärken.

55 Under dessa omständigheter hade överklagandenämnden fog för slutsatsen att det inte föreligger någon risk för förväxling mellan de motstående varumärkena i den mening som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94.

56 Talan kan således inte bifallas med stöd av den första grunden.

Den andra grunden: åsidosättande av rätten att yttra sig enligt artikel 61.2 i förordning nr 40/94, jämförd med regel 20.2 första meningen i förordning nr 2868/95 och artikel 6.1 i Europakonventionen

Parternas argument

57 Sökanden har påpekat att graden av uppmärksamhet hos genomsnittskonsumenten enligt överklagandenämnden inte är låg, till följd av det stora och varierade utbudet av fruktjuicer och drycker. Nämnden gav dock inte sökanden tillfälle att framföra sina synpunkter på den bedömning som den gjorde av graden av uppmärksamhet hos genomsnittskonsumenten, vilket utgör ett åsidosättande av sökandens rätt att yttra sig i den mening som avses i artikel 61.2 i förordning nr 40/94, jämförd med regel 20.2 första meningen i förordning nr 2868/95 och artikel 6.1 i Europakonventionen.

58 Harmoniseringsbyrån har understrukit att såväl invändningsenheten som sökanden redan hade yttrat sig över frågan om graden av uppmärksamhet hos konsumenten innan denna bedömdes av överklagandenämnden. Det ifrågasatta beslutet kunde således avvika från de argument som parterna hade framfört inför nämnden utan att parterna behövde informeras om detta i förväg. Harmoniseringsbyrån har hävdad att påståendet om ett åsidosättande av rätten att yttra sig således inte är välgrundat.

59 Intervenienten har hävdad att sökanden har hänvisat till artikel 73 andra stycket i förordning nr 40/94, enligt vilken harmoniseringsbyrån skall uppge för parterna om den avser att grunda sitt beslut på faktiska eller rättsliga omständigheter som dessa

inte har yttrat sig över. Enligt intervenienten hör frågan om konsumentens uppmärksamhetsgrad till bedömningen av de faktiska omständigheterna. Även om överklagandenämnden och invändningsenheten bedömer dessa något olika, är det inte desto mindre så att de faktiska omständigheterna inte är nya. Enligt intervenienten har dessa omständigheter uttömmande redogjorts för såväl i invändningsenhetens beslut som i det ifrågasatta beslutet. Under dessa förhållanden anser intervenienten att en ny bedömning av de redan kända faktiska omständigheterna inte utgör ett åsidosättande av rätten att yttra sig. Intervenienten har vidare påpekat att sökanden kände till att bedömningen av förväxlingsrisken gjordes utifrån konsumentens uppmärksamhetsgrad. Sökanden hade således möjlighet att utveckla sin talan i denna del, vilket inte skedde.

Förstainstansrättens bedömning

60 Enligt artikel 61.2 i förordning nr 40/94 gäller följande: "Vid prövningen av överklagandet skall överklagandenämnden vid behov anmoda parterna att inom viss tid avge yttrande över skrivelser från överklagandenämnden eller inlaga från annan part." Vidare föreskrivs i regel 20.2 första meningen i förordning nr 2868/95 att harmoniseringsbyrån, om anmälan om invändning inte innehåller uppgifter om fakta, bevis och skäl enligt regel 16.1 och 16.2, skall uppmana den invändande parten att överlämna sådant material inom en av byrån fastställd tidsfrist.

61 Vad beträffar sökandens påstående att överklagandenämnden åsidosatt dessa två bestämmelser, är det tillräckligt att konstatera, för det första, att sökandebolaget inte har visat att det inte har erbjudits tillfälle att framföra sina synpunkter på en "skrivelse" härrörande från överklagandenämnden eller på en "inlaga" härrörande från intervenienten, i den mening som avses i artikel 61.2 i förordning nr 40/94, och, för det andra, att det inte framgår av någon av handlingarna i målet att ansökan om invändning inte innehöll de uppgifter som avses i regel 20.2 första meningen i förordning nr 2868/95. Sökandens påstående om ett åsidosättande av dessa bestämmelser kan således inte godtas.

- 62 Vad beträffar det påstådda åsidosättandet av artikel 6.1 i Europakonventionen skall det påpekas att förstainstansrätten har uteslutit att rätten till en rättvis "rättegång" är tillämplig på harmoniseringsbyråns överklagandenämnder, eftersom förfarandet inför överklagandenämnden inte är av rättslig utan av administrativ art (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 12 december 2002 i mål T-63/01, Procter & Gamble mot harmoniseringsbyrån (formen på en tvål), REG 2002, s. II-5255, punkterna 22 och 23).
- 63 Sökandens avsikt med den andra grunden om åsidosättande av rätten att yttra sig är emellertid, såsom intervenienten med rätta har hävdad, att göra gällande att överklagandenämnden underlåtit att iaktta artikel 73 andra meningen i förordning nr 40/94, enligt vilken "[b]eslut ... endast [får] grunda sig på omständigheter som parterna har haft tillfälle att yttra sig över". Denna bestämmelse ger uttryck för den allmänna principen om respekt för rätten till försvar inom ramen för förordning nr 40/94.
- 64 Det skall i detta fall påminnas om att sökandebolaget har hävdad att överklagandenämnden inte har iakttagit sökandebolagets rätt att yttra sig genom att inte erbjuda detsamma tillfälle att framföra sina synpunkter på den "icke försumbara" uppmärksamhetsgraden hos omsättningskretsen, vilken nämnden avsåg att fastställa i det ifrågasatta beslutet. Däremot är det ostridigt att sökandebolaget inte klandrar överklagandenämnden för att inte ha erbjudit detta tillfälle att framföra sina synpunkter på förekomsten av ett stort utbud av fruktjuicer och drycker, vilket är en faktisk omständighet — som för övrigt också är ostridig — som låg till grund för överklagandenämndens bedömning av graden av uppmärksamhet hos omsättningskretsen.
- 65 Det skall konstateras att även om rätten att yttra sig, såsom den stadgas i artikel 73 andra meningen i förordning nr 40/94, omfattar alla faktiska och rättsliga grunder liksom den bevisning som ligger till grund för beslutet, så gäller den dock inte det slutgiltiga ställningstagandet som förvaltningen avser att göra (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 21 januari 1999 i de förenade målen T-129/95, T-2/96 och T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke och Lech-Stahlwerke mot kommissionen, REG 1999, s. II-17, punkt 231, och av den 3 december 2003 i mål T-16/02, Audi mot harmoniseringsbyrån (TDI), REG 2003, s. II-5167, punkterna 71 och 75).

- 66 Överklagandenämnden var följaktligen inte skyldig att låta sökanden yttra sig över bedömningen av de faktiska omständigheterna i ärendet, eftersom denna var en del av nämndens slutgiltiga ställningstagande.
- 67 Det skall tilläggas att skillnaderna mellan harmoniseringsbyråns två instanser vad gäller deras bedömning av den exakta uppmärksamhetsgraden hos omsättningskretsen inte alls, såsom framgår av bedömningen av den första grunden, påverkar den slutsats som dessa instanser har dragit att det inte föreligger någon likhet mellan kännetecknen i fråga och inte heller någon risk för förväxling mellan de motstående märkena.
- 68 Härav följer att även om det antogs att överklagandenämnden har åsidosatt sökandens rätt att yttra sig, skulle detta inte kunna påverka det ifrågasatta beslutets lagenlighet.
- 69 Talan kan således inte bifallas på den andra grunden, varför talan som helhet skall ogillas.

Rättegångskostnader

- 70 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.
- 71 Harmoniseringsbyrån och intervenienten har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, skall deras yrkande bifallas.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen)

följande dom:

- 1) **Talan ogillas.**

- 2) **Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Legal

Mengozi

Wiszniewska-Białecka

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 20 april 2005.

H. Jung

Justitiesekreterare

H. Legal

Ordförande