

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)
20. april 2005 *

I sag T-273/02,

Krüger GmbH & Co. KG, Bergisch Gladbach (Tyskland), ved advokat S. von Petersdorff-Campen,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved G. Schneider, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

* Processprog: tysk.

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

Calpis Co. Ltd, Tokyo (Japan), ved advokaterne O. Jüngst og M. Schork,

angående en påstand om annullation af en afgørelse truffet den 25. juni 2002 af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 484/2000-1) vedrørende en indsigelsessag mellem Calpis Co. Ltd og Krüger GmbH & Co. KG,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, H. Legal, og dommerne P. Mengozzi og I. Wiszniewska-Białecka,

justitssekretær: fuldmægtig I. Natsinas,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 6. september 2002,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 18. december 2002,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 27. december 2002,

og efter retsmødet den 17. november 2004,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

- 1 Den 1. april 1996 indgav Calpis Food Industry Co. Ltd, nu Calpis Co. Ltd (herefter »intervenienten«), i medfør af Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret, en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«).
- 2 Der blev ansøgt om registrering af ordmærket CALPICO.
- 3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, 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 klasse 32 til følgende beskrivelse: »mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke, særlig drikke med fysiologiske funktioner; frugtdrikke og frugtsaft samt drikke baseret på frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke«.

- 4 Registreringsansøgningen blev den 28. september 1998 offentliggjort i *EF-varemærketidende* nr. 74/98.
- 5 Den 11. november 1998 rejste Krüger GmbH & Co. (herefter »sagsøgeren«) indsigelse mod registrering af tegnet CALPICO under henvisning til, at der i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 var risiko for forveksling med det ældre nationale ordmærke CALYPSO, der er registreret i Tyskland, og som sagsøgeren er indehaver af. De varer, som det ældre varemærke er registreret for, henhører under klasse 32 i Nice-arrangementet og svarer til følgende beskrivelse: »frugtpulver og ikke-alkoholholdige tilberedninger baseret på frugt til fremstilling af ikke-alkoholholdige drikke (samt alle disse varer i form af instantprodukter)«.
- 6 Ved afgørelse af 13. marts 2000 afviste Indsigelsesafdelingen indsigelsen med den begrundelse, at der var tilstrækkelige visuelle, fonetiske og begrebsmæssige forskelle mellem de to omtvistede varemærker til at udelukke enhver risiko for forveksling i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.
- 7 Den 5. maj 2000 indgav sagsøgeren klage til Harmoniseringskontoret over Indsigelsesafdelingens afgørelse.

- 8 Ved afgørelse af 25. juni 2002 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Første Appellkammer klagen. Appellkammeret bemærkede i det væsentlige, at selv om de omhandlede varer til dels var identiske (tilberedninger til fremstilling af drikkevarer), til dels i høj grad lignede hinanden (andre drikkevarer), kunne det på grund af de visuelle, fonetiske og begrebsmæssige forskelle ikke antages, at der forelå en risiko for forveksling.

Parternes påstande

- 9 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

- Den anfægtede afgørelse annulleres.

- Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

- 10 Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt følgende påstande:

- Harmoniseringskontoret frifindes.

- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

- 11 Til støtte for sin påstand har sagsøgeren anført to anbringender. Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Dernæst har sagsøgeren gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af retten til kontradiktion i artikel 61, stk. 2, i forordning nr. 40/94, sammenholdt med regel 20, stk. 2, første punktum, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 om EF-varemærker (EFT L 303, s. 1) og artikel 6, stk. 1, i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (EMK).

Det første anbringende om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

- 12 Sagsøgeren har for det første anført, at appelkammeret, idet det har analyseret de visuelle, fonetiske og begrebsmæssige ligheder mellem de omtvistede varemærker samtidigt, har foretaget en kumulativ undersøgelse af risikoen for forveksling, der er åbenbart fejlagtig. Så snart det er fastslået, at der foreligger en af disse ligheder, f.eks. en visuel lighed, og denne er af afgørende betydning, er det ifølge sagsøgeren ikke påkrævet at undersøge, om der foreligger begrebsmæssig lighed mellem de omtvistede varemærker, heller ikke selv om det kan fastslås, at der mangler enhver form for fonetisk lighed. Ved at foretage en kumulativ undersøgelse har appelkammeret tilsidesat retspraksis i henhold til Domstolens dom af 11. november 1997, SABEL (sag C-251/95, Sml. I, s. 6191), og af 22. juni 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer (sag C-342/97, Sml. I, s. 3819, præmis 27).

- 13 Sagsøgeren har for det andet anført, at appelkammeret ikke har foretaget en korrekt vurdering af sagens faktum, og at appelkammeret ikke med føje kunne fastslå, at de omtvistede varemærker ikke ligner hinanden.
- 14 Herved har sagsøgeren indledningsvis anført, at det var med urette, at appelkammeret på grund af det store udbud af frugtjuice og frugtdrikke bemærkede, at forbrugerens opmærksomhedsniveau ikke burde anses for lavt. Sagsøgeren bestrider ikke, at der er et stort udbud af frugtjuice og frugtdrikke, men finder, at appelkammerets argumentation er selvmodsigende. Hvis det, således som appelkammeret bemærkede, i det foreliggende tilfælde drejer sig om varer, der købes hurtigt, kan forbrugerens opmærksomhedsniveau ikke være højt. Desuden fremmer et stort udbud risikoen for, at varemærkerne forveksles. I øvrigt bemærkede appelkammeret selv, at varens pris var lav. Efter sagsøgerens opfattelse får en billig vare imidlertid mindre opmærksomhed fra gennemsnitsforbrugeren end en dyrere vare.
- 15 Dernæst har sagsøgeren anført, at der er visuel lighed mellem tegnene CALYPSO og CALPICO. De består begge af syv bogstaver og indeholder bogstavet »p« i midten af ordet. Hertil kommer, at de bogstaver, som er ens for begge tegn (»cal« og »o«), befinder sig i begyndelsen og i slutningen af tegnet. Sagsøgeren har anført, at det netop er de første og de sidste dele af et ordmærke, som er afgørende for, hvilket visuelt indtryk det giver. Appelkammerets konstatering af, at der visuelt er forskel på de to bogstavrækker »pic« og »yps«, er således uden relevans, fordi de befinder sig midt i ordet. Sagsøgeren har endvidere anført, at forbrugeren i første omgang opfatter de omhandlede tegn visuelt og kun opfatter dem fonetisk, hvis vedkommende betragter dem mere opmærksomt. Da forbrugerens opmærksomhedsniveau imidlertid er lavt, vil tegnene oftest kun blive opfattet visuelt. Af denne grund må den visuelle lighed tillægges afgørende betydning.

- 16 Ifølge sagsøgeren bliver den risiko for forveksling, som opstår på grund af den visuelle lighed, forstærket af den fonetiske lighed mellem tegnene. Faktisk har tegnene den samme række af vokaler »a-i-o«, idet bogstavet »y« i tegnet CALYPSO udtales som et »i«. Vokalernes rækkefølge er således afgørende for den fonetiske opfattelse af de pågældende ord. Sagsøgeren har desuden anført, at da tegnet CALPICO i Tyskland anses for et fremmedord, vil en stor del af forbrugerne udtale det, som om det var et italiensk eller spansk ord, dvs. »kalpitscho« eller »kalpizo«. Den tyske forbruger vil således være i tvivl om, hvordan ordmærket CALPICO skal udtales, hvilket vil tilskynde forbrugeren til at udtale det på samme måde som tegnet CALYPSO, som han/hun allerede kender. Appellkammerets bemærkning, hvorefter bogstavet »c« vil blive udtalt »k«, fordi et »c« altid udtales sådan på tysk, når det står foran et »o«, er derfor uden relevans, eftersom CALPICO ikke er et tysk ord.
- 17 Endvidere finder sagsøgeren ikke, at man på grundlag af den manglende begrebsmæssige lighed mellem de to tegn kan afvise enhver risiko for forveksling. Da ordet »calypso« har flere betydninger på tysk — det betegner en rytmisk dans, der stammer fra Antillerne, en nymfe i den græske mytologi eller en af Saturns måner — og da betegnelsen »calpico« ikke har nogen betydning, kunne forbrugeren på grund af den visuelle og fonetiske lighed mellem de to tegn komme til at overføre betydningerne af ordet »calypso« til ordet »calpico«. Desuden har appellkammeret ikke godtgjort, hvorfor forbrugerne blandt forskellige betydninger af ordet »calypso« netop skulle associere dette med Caribien, syden og harmoniske rytmer.
- 18 Endelig har sagsøgeren anført, at appellkammeret ved vurderingen af risikoen for forveksling ikke har taget hensyn til, at ligheden mellem tegnene og ligheden mellem varerne er i et indbyrdes afhængighedsforhold. Da appellkammeret havde konstateret, at der var tale om varer af lignende art, burde det således, under henvisning til at der var visuel og fonetisk lighed mellem tegnene, have fastslået, at der forelå risiko for forveksling.

- 19 Sagsøgeren har for det tredje anført, at den omtvistede afgørelse er i strid med Harmoniseringskontorets administrative praksis og særligt med afgørelse af 28. februar 2002, R 488/2000-4, Robert Krups/Lidl Stiftung, af 3. april 2001, R 622/1999-3, Almirall Prodesfarma/Mundipharma, og af 12. februar 2001, R 251/2000-3, Karlsberg Brauerei/Mystery Drinks.
- 20 Heroverfor har Harmoniseringskontoret for det første anført, at appelkammeret aldrig har udtalt, at der alene er risiko for forveksling, når der samtidigt foreligger visuel lighed, fonetisk lighed og begrebsmæssig lighed.
- 21 Harmoniseringskontoret har for det andet anført, at appelkammeret har foretaget en korrekt vurdering af de faktiske omstændigheder og med rette har afvist enhver risiko for forveksling.
- 22 Herved har Harmoniseringskontoret indledningsvis anført, at der selv ved køb af dagligvarer må tages udgangspunkt i et middelhøjt, og ikke i et lavt, opmærksomhedsniveau hos forbrugeren. Sagsøgeren burde derfor have godtgjort, at dette ikke var tilfældet med hensyn til frugtjuicen i den foreliggende sag. Den blotte udtalelse om, at praksis går i denne retning, kan ikke anses for et tilstrækkeligt bevis herfor. Efter Harmoniseringskontorets opfattelse er den tyske forbruger meget bevidst hvad angår frugtjuicemærker. Visse mærkers betydelige succes på det tyske marked samt hyppige reklamekampagner i radio og fjernsyn tyder ifølge Harmoniseringskontoret på, at forbrugerne i det mindste tildeler mærket en middelstor opmærksomhed, når de vælger en sådan drikkevarer.
- 23 Endelig finder Harmoniseringskontoret, at de to tegn klart adskiller sig begrebsmæssigt, fonetisk og visuelt, hvilket udelukker risiko for forveksling mellem varemærkerne.

- 24 Intervenienten har for det første anført, at den anfægtede afgørelse efter intervenientens opfattelse ikke ses at indeholde en kumulativ fremgangsmåde. Ifølge intervenienten har sagsøgeren blandet to undersøgelser sammen. I den første undersøgelse vurderes ligheden mellem de to tegn. Det fremgår af SABEL-dommen og af dommen i sagen Lloyd Schuhfabrik Meyer, at man med henblik på at fastslå, om de omtvistede tegn ligner hinanden, først skal undersøge graden af visuel, fonetisk og begrebsmæssig lighed. I den anden undersøgelse vurderes risikoen for forveksling. Det er tilstrækkeligt, at der er lighed på et af de tre områder, for at der foreligger risiko for forveksling. Såfremt appelkammeret allerede på det stadium, hvor ligheden mellem tegnene undersøges, konkluderer, at tegnene er forskellige, behøver appelkammeret, ifølge intervenienten, ikke at tage stilling til, om lighed på blot et af de tre områder kan føre til en risiko for forveksling. Dette er efter intervenientens opfattelse, hvad appelkammeret har gjort i det foreliggende tilfælde.
- 25 Endvidere har intervenienten afvist sagsøgerens argument om, at der skal lægges mindre vægt på den fonetiske lighed end på den visuelle lighed mellem tegnene, med den begrundelse at ordmærker hovedsageligt opfattes gennem deres skriftlige form. Intervenienten finder således, at det fonetiske indtryk, som varemærker efterlader, er grundlæggende. Varemærker høres i medierne lang tid før, de læses.
- 26 Intervenienten har for det andet anført, at appelkammeret med føje kunne konstatere, at der ikke var risiko for forveksling.
- 27 I denne forbindelse har intervenienten først anført, at gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau ikke er lavt i det foreliggende tilfælde. Appelkammerets bemærkninger om, at forbrugeren, fordi denne er vant til at have et stort udvalg af frugtjuice til rådighed, tillægger emballagen og varemærket betydning, er i overensstemmelse med Domstolens faste praksis, hvorefter der skal tages hensyn til den omstændighed, at »gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau kan variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om« (Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 26). I stedet for at antage, at gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau principielt er lavt med hensyn til alle

dagligvarer, uanset deres art, skal forbrugerens opmærksomhedsniveau således bestemmes fra produkt til produkt, også når der er tale om dagligvarer. Da de omhandlede drikkevarer bliver fremstillet af et stort antal virksomheder, vurderes de relativt opmærksomt af forbrugerne. Det resultat, som appelkammeret nåede frem til hvad angår forbrugerens opmærksomhedsniveau, er således ikke »i modstrid med« Indsigelsesafdelingens resultat, idet sidstnævnte blot vurderede de faktiske omstændigheder anderledes end appelkammeret.

- 28 Hvad herefter angår sammenligningen mellem tegnene tilslutter intervenienten sig i det væsentlige den opfattelse, Harmoniseringskontoret har givet udtryk for.
- 29 Hvad endelig angår sagsøgerens argument om, at appelkammeret ved vurderingen af risikoen for forveksling ikke har taget hensyn til, at ligheden mellem tegnene og ligheden mellem varerne er i et indbyrdes afhængighedsforhold, finder intervenienten også, at dette er uden grundlag.

Retten bemærkninger

- 30 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 varemærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre varemærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne, som omfattes af de to varemærker, er af samme eller lignende art«.
- 31 Risikoen for forveksling er ifølge fast retspraksis 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.

- 32 Ifølge samme retspraksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling i forhold til den opfattelse, som den relevante kundekreds har af de pågældende tegn og de omhandlede varer eller tjenesteydelser. Der skal herved tages hensyn til alle relevante faktorer i sagen, navnlig at ligheden mellem tegnene og ligheden mellem de pågældende varer og tjenesteydelser er i et indbyrdes afhængighedsforhold (jf. Rettens dom af 9.7.2003, sag T-162/01, Laboratorios RTB mod KHIM — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), Sml. II, s. 2821, præmis 31-33 og den deri nævnte retspraksis).
- 33 Som det endvidere fremgår af retspraksis, skal helhedsvurderingen af risikoen for forveksling for så vidt angår de omtvistede varemærkers visuelle, lydlig eller begrebsmæssige lighed være baseret på helhedsindtrykket af varemærkerne, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller dominans (jf. Rettens dom af 14.10.2003, sag T-292/01, Phillips-van Heusen mod KHIM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), Sml. II, s. 4335, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).
- 34 I det foreliggende tilfælde angår tvisten sammenligningen af tegnene. Det er ikke bestridt, at de varer, som varemærkerne betegner, til dels er af samme eller lignende art.
- 35 Da det ældre varemærke er registreret i Tyskland, er den relevante kundekreds den tyske gennemsnitsforbruger.
- 36 For det første bemærkes, at det ikke, i modsætning til det af sagsøgeren anførte, kan konstateres, at der er risiko for forveksling, uden en forudgående undersøgelse af den visuelle, fonetiske og begrebsmæssige lighed mellem tegnene. Sagsøgerens opfattelse — hvorefter det kan konstateres, at der er risiko for forveksling, så snart det er godtgjort, at der er lighed mellem tegnene på et af de tre ovennævnte områder — er i strid med den fællesskabsretspraksis, der henvises til i præmis 33 ovenfor, og hvorefter helhedsvurderingen af risikoen for forveksling for så vidt angår de

omtvistede varemærkers visuelle, lydlige 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. Det er inden for rammerne af denne sammenlignende helhedsvurdering, at der i givet fald skal foretages en afvejning mellem tegnenes forskelle og ligheder.

37 Det skal under disse omstændigheder undersøges, om appelkammeret tilsidesatte artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, da det fastslog, at der ikke forelå en visuel, fonetisk eller begrebsmæssig lighed mellem de omhandlede tegn, hvorfor man, selv om de blev anvendt for de samme eller for i høj grad lignende varer, kunne afvise enhver risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker.

38 For så vidt angår den visuelle sammenligning mellem de omhandlede tegn bemærkede appelkammeret følgende i den anfægtede afgørelses punkt 20:

»De to varemærker indeholder syv bogstaver, hvoraf de tre første (»CAL«) og det sidste (»O«) er ens. Det samme bogstav (»P«) befinder sig i den midterste del af de to varemærker. Dette er dog ikke til hinder for, at de to varemærker giver et visuelt helhedsindtryk, der er klart forskelligt. Bogstavrækken »PIC« i det ansøgte varemærke adskiller sig således tydeligt fra bogstavrækken »YPS« i indsigernes varemærke.«

39 Denne vurdering kan ikke drages i tvivl. Med hensyn til relativt korte ordmærker som mærkerne i det foreliggende tilfælde er de midterste dele generelt lige så vigtige som begyndelsen og slutningen af tegnet (jf. i denne retning Rettens dom af 6.7.2004, sag T-117/02, Grupo El Prado Cervera mod KHIM — Héritiers Debuschewitz (CHUFAPIT), Sml. II, s. 2073, præmis 48). De omtvistede tegn er reelt visuelt forskellige på grund af bogstavrækken »pic« i det ansøgte EF-varemærke og »yps« i

det ældre nationale varemærke, hvorfor det ikke kan konkluderes, at der er en visuel lighed mellem de omtvistede tegn.

- 40 For så vidt angår den fonetiske sammenligning bemærkede appelkammeret følgende i den anfægtede afgørelses punkt 21:

»I modsætning til indsigeren kan appelkammeret ikke finde noget belæg for, at det ansøgte varemærke i Tyskland ville blive udtalt »KALPITZO« eller »KALPISO«. På tysk udtales bogstavet »C« altid som et »K«, når det står foran et »O«, ligesom i ordene: »Collage«, »Computer«, »Container«, »Coburg« eller »Coca-Cola®«. Der er altså tale om en hård konsonant. Sprogligt kan det ansøgte varemærke opdeles i tre stavelser: CAL-PI-CO (udtales »KAL-PI-KO«), hvor trykket falder på den første stavelse. Selv om indsigerens varemærke sprogligt også indeholder tre stavelser, nemlig CA-LY-PSO (udtales »KA-LY-PSO«), falder trykket her på den anden stavelse. Det kan således konstateres, at de to omtvistede varemærker klart er fonetisk forskellige.«

- 41 Denne vurdering kan kun tiltrædes. Herved bemærkes, at de omtvistede varemærker har to stavelser, der klart er fonetisk forskellige, at de to tegn ikke har trykket på samme stavelse, og at bogstavet »y« ikke udtales på samme måde som bogstavet »i« på tysk. Hvad endvidere angår sagsøgerens argument om, at den tyske forbruger vil udtale ordmærket CALPICO som »kalpitscho« eller »kalpizo«, fordi det udtales sådan på italiensk eller spansk, bemærkes, at selv om det antages, at den relevante kundekreds skulle have et tilstrækkeligt kendskab til italiensk eller spansk, må det konstateres, at CALPICO hverken på italiensk eller spansk udtales »kalpitscho« eller »kalpizo«. Hertil kommer, at selv om man, som sagsøgeren har anført, måtte finde, at den tyske forbruger, der opfatter tegnet CALPICO som et fremmedord, ville anvende en opdigtet og tvivlsom udtalelse, som vedkommende

antager er korrekt på italiensk eller spansk, ville forbrugeren under alle omstændigheder ikke være tilbøjelig til at udtale dette udtryk på samme måde som ordmærket CALYPSO, hvis udtale der ikke er tvivl om i det tyske sprog. Denne forskel gør, at man kan afvise enhver fonetisk lighed mellem de to tegn.

- 42 For så vidt angår den begrebsmæssige sammenligning bemærkede appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 22, at udtrykket »calpico« er et »rent opdiget ord« uden semantisk indhold, mens udtrykket »calypso« vækker forestillinger om »Caribien, syden og rytmiske bevægelser« eller om nymfen i den græske mytologi, som Odysseus fandt ly hos efter sit skibbrud. På denne baggrund konkluderede appelkammeret, at de omtvistede tegn manglede »enhver begrebsmæssig lighed«.
- 43 I denne forbindelse er det tilstrækkeligt at bemærke, at det er korrekt, at udtrykket »calypso« for den relevante kundekreds har mindst de to betydninger, som appelkammeret har omtalt, mens det er ubestridt, at udtrykket »calpico« ikke har nogen betydning. Begrebsmæssigt vil den relevante kundekreds derfor klart kunne skelne mellem de to omtvistede tegn, uanset hvilken nøjagtig betydning blandt de af appelkammeret omtalte to betydninger, den giver udtrykket »calypso«. Dertil kommer, at selv hvis man, som sagsøgeren, antager, at den relevante kundekreds associerer udtrykket »calypso« med en af planeten Saturns måner, fører denne omstændighed ikke til, at der foreligger en begrebsmæssig lighed med udtrykket »calpico«.
- 44 Følgelig var det med føje, at appelkammeret fastslog, at der ikke var visuel, fonetisk og begrebsmæssig lighed mellem de omtvistede tegn.

- 45 På trods af at de varer, som de omtvistede varemærker betegner, til dels er identiske, til dels i høj grad ligner hinanden, må det på grund af den visuelle forskel og den klare fonetiske og begrebsmæssige forskel mellem de omtvistede varemærker under disse omstændigheder afvises, at der i den relevante kundekreds' bevidsthed skulle være risiko for forveksling mellem disse varemærker.
- 46 Dette resultat kan ikke drages i tvivl på grundlag af sagsøgerens øvrige argumenter.
- 47 For så vidt angår sagsøgerens argument om, at det helhedsindtryk, de omtvistede varemærker giver, domineres af det visuelle indtryk, er det tilstrækkeligt at bemærke, at selv om dette måtte anses for korrekt, vil der ikke være risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker, eftersom der ikke er visuel lighed mellem tegnene.
- 48 Hvad angår sagsøgerens argument vedrørende Harmoniseringskontorets tidligere administrative praksis må dette ligeledes afvises, idet lovligheden af appelkamrenes afgørelser ifølge fast retspraksis udelukkende skal bedømmes på grundlag af forordning nr. 40/94, som fortolket af Fællesskabets retsinstanser, og ikke på grundlag af tidligere administrativ praksis (jf. Rettens dom af 5.12.2002, sag T-130/01, Sykes Entreprises mod KHIM (REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS), Sml. II, s. 5179, præmis 31, og af 3.7.2003, sag T-129/01, Alejandro mod KHIM — Anheuser-Busch (BUDMEN), Sml. II, s. 2251, præmis 61).
- 49 Hvad herefter angår appelkammerets afgørelse i sagen Karlsberg Brauerei/Mystery Drinks, nævnt i præmis 19 ovenfor, som særligt har været diskuteret mellem sagsøgeren og intervenienten, og som har været genstand for en sag for Retten (Rettens dom af 15.1.2003, sag T-99/01, Mystery Drinks mod KHIM — Karlsberg Brauerei (MYSTERY), Sml. II, s. 43), har sagsøgeren ikke påvist, at denne sag kan sammenlignes med den foreliggende, eftersom de omtvistede tegn i det foreliggende

tilfælde er klart fonetisk forskellige, hvorimod de tegn, der var omhandlet i sagen, der gav anledning til MYSTERY-dommen, blev anset for at ligne hinanden fonetisk.

50 Endelig har sagsøgeren kritiseret appelkammeret for ved vurderingen af risikoen for forveksling mellem de omtvistede varemærker at lægge vægt på et ikke ubetydeligt opmærksomhedsniveau hos den relevante kundekreds, i modsætning til Indsigelsesafdelingen, der i sin analyse fandt, at den relevante kundekreds købte de varer, som de omtvistede varemærker betegner, med en vis skødesløshed.

51 I denne forbindelse bemærkes, at Indsigelsesafdelingen, da den afslog indsigelsen på grund af manglende risiko for forveksling, anførte følgende:

»Selv om det foreliggende tilfælde omhandler varer af samme art, er forskellene på de tegn, der sammenlignes, tilstrækkelige til, at der med fornøden sikkerhed kan skelnes mellem [varemærkerne]. I det foreliggende tilfælde skal der ganske vist anvendes strenge kriterier med hensyn til den forskel, der skal være mellem varemærkerne, navnlig fordi de varer, der sammenlignes, er dagligvarer, som erfaringsmæssigt købes med en vis skødesløshed og uden at varernes betegnelse giver anledning til særlig opmærksomhed.«

52 Hvad angår appelkammeret skal det nævnes, at dette i den anfægtede afgørelses punkt 23 nærmere anførte følgende:

»De varer, som hver af varemærkerne omfatter, er dagligvarer, som forbrugerne almindeligvis køber, når de går i supermarkeder eller butikker med drikkevarer.

Disse varers pris gør, at de kan kvalificeres som lavprisvarer. Henset til det store udbud af frugtjuice og frugtdrikke må det dog konstateres, at gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau ikke er ubetydeligt. Da forbrugeren er vant til at se et stort udbud af frugtjuice og produkter i samme genre, såsom pulver i lignende emballager, er han opmærksom på hver vares emballage eller undersøger varemærkerne nærmere før et køb.«

- 53 Eftersom de varer, de omtvistede varemærker betegner, er dagligvarer, har hverken Indsigelsesafdelingen eller appelkammeret fundet, at den relevante kundekreds' opmærksomhedsniveau var højt. Hvad angår vurderingen af den nøjagtige grad af opmærksomhed, som den relevante kundekreds vil tildele de omtvistede varemærker, er det korrekt, at den anfægtede afgørelse i punkt 23 afviger fra Indsigelsesafdelingens afgørelse på grund af den indvirkning, det store udbud af frugtjuice og frugtdrikke kan have på forbrugernes opmærksomhed. Selv om appelkammeret fandt, at det store udbud af frugtjuice og frugtdrikke kunne få den relevante kundekreds til at være særlig opmærksom på de omtvistede varemærker, nåede appelkammeret dog ikke desto mindre frem til, at forbrugernes opmærksomhed ikke var stor.
- 54 Under alle omstændigheder har den forskellige vurdering ved Harmoniseringskontorets to instanser ingen betydning for resultatet, nemlig at der ikke er nogen lighed mellem de omtvistede tegn og ingen risiko for forveksling mellem varemærkerne, hvilket var det resultat, begge instanser nåede frem til. Henset til de visuelle, fonetiske og begrebsmæssige forskelle mellem de omtvistede tegn, som er omtalt i præmis 38-43 ovenfor, vil den tyske gennemsnitsforbruger ikke anse de varer, som de omtvistede varemærker betegner, for at komme fra samme virksomhed, heller ikke, selv om han ikke er særlig opmærksom på disse varemærker.
- 55 Under disse omstændigheder var det med føje, at appelkammeret fastslog, at der ikke var risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

56 Følgelig skal det første anbringende forkastes.

Det andet anbringende om tilsidesættelse af retten til kontradiktion i artikel 61, stk. 2, i forordning nr. 40/94, sammenholdt med regel 20, stk. 2, første punktum, i forordning nr. 2868/95 og EMK's artikel 6, stk. 1

Parternes argumenter

57 Sagsøgeren har anført, at det var på grund af det store og varierede udbud af frugtjuice og frugtdrikke, at appelkammeret fandt, at gennemsnitforbrugerens opmærksomhedsniveau ikke var lavt. Appelkammeret opfordrede imidlertid ikke sagsøgeren til at fremkomme med sine bemærkninger vedrørende dets vurdering af gennemsnitforbrugerens opmærksomhedsniveau, hvilket ifølge sagsøgeren er en tilsidesættelse af sagsøgerens ret til kontradiktion i medfør af artikel 61, stk. 2, i forordning nr. 40/94, sammenholdt med regel 20, stk. 2, første punktum, i forordning nr. 2868/95 og EMK's artikel 6, stk. 1.

58 Harmoniseringskontoret har understreget, at både Indsigelsesafdelingen og sagsøgeren allerede havde udtalt sig om spørgsmålet vedrørende forbrugerens opmærksomhedsniveau, før dette spørgsmål blev behandlet af appelkammeret. I den anfægtede afgørelse kunne appelkammeret således godt forkaste den argumentation, parterne havde gjort gældende for Harmoniseringskontoret, uden at det var nødvendigt først at oplyse dem herom. Harmoniseringskontoret har anført, at anbringendet om tilsidesættelse af retten til kontradiktion derfor er grundløst.

59 Intervenienten har anført, at sagsøgeren synes at henvise til artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94, hvoraf det følger, at Harmoniseringskontoret skal underrette parterne, hvis det har til hensigt at basere sin afgørelse på faktiske eller

retlige grunde, som parterne ikke har udtalt sig om. Ifølge intervenienten henhører spørgsmålet om forbrugerens opmærksomhedsniveau under bedømmelsen af de faktiske omstændigheder. Selv om appelkammeret og Indsigelsesafdelingen har bedømt de faktiske omstændigheder en anelse forskelligt, må det imidlertid lægges til grund, at der ikke foreligger nye omstændigheder. Ifølge intervenienten er der blevet redegjort udførligt for disse omstændigheder både i Indsigelsesafdelingens afgørelse og i den anfægtede afgørelse. Under disse omstændigheder er intervenienten af den opfattelse, at en ny vurdering af allerede kendte omstændigheder ikke er en tilsidesættelse af retten til kontradiktion. Intervenienten har desuden anført, at sagsøgeren var bekendt med, at der ved vurderingen af risikoen for forveksling blev taget hensyn til forbrugerens opmærksomhedsniveau. Sagsøgeren havde således mulighed for at anføre yderligere bemærkninger vedrørende dette argument, hvilket sagsøgeren ikke gjorde.

Rettens bemærkninger

- 60 Artikel 61, stk. 2, i forordning nr. 40/94 har følgende indhold: »Under behandlingen af klagen opfordrer appelkammeret om fornødent parterne til inden for en af kammeret fastsat frist at fremkomme med deres bemærkninger til dets meddelelser eller til indlæg fra de øvrige parter.« Endvidere bestemmer regel 20, stk. 2, første punktum, i forordning nr. 2868/95, at hvis indsigelsesskrivelsen ikke indeholder de oplysninger, beviser og argumenter, der er nævnt i forordningens regel 16, stk. 1 og 2, opfordrer Harmoniseringskontoret den indsigende part til at fremlægge det fornødne inden for en af Harmoniseringskontoret fastsat frist.
- 61 For så vidt angår sagsøgerens argument om, at appelkammeret har tilsidesat disse to bestemmelser, er det tilstrækkeligt at konstatere, dels at sagsøgeren ikke har godtgjort, at selskabet ikke blev opfordret til at fremkomme med sine bemærkninger til en »meddelelse« fra Indsigelsesafdelingen eller til et »indlæg« fra intervenienten i overensstemmelse med artikel 61, stk. 2, i forordning nr. 40/94, dels at det ikke fremgår af en eneste af sagens akter, at indsigelsesskrivelsen ikke indeholdt de oplysninger, der er omhandlet i regel 20, stk. 2, første punktum, i forordning nr. 2868/95. Sagsøgerens klagepunkt om, at der er sket en tilsidesættelse af disse bestemmelser, skal derfor forkastes.

- 62 Med hensyn til den hævdede tilsidesættelse af EMK's artikel 6, stk. 1, bemærkes, at Retten har fastslået, at princippet om ret til en retfærdig »rettergang« ikke finder anvendelsen ved Harmoniseringskontorets appelkamre, idet proceduren for appelkamrene ikke er en domstolsprocedure, men en administrativ procedure (jf. i denne retning Rettens dom af 12.12.2002, T-63/01, Procter & Gamble mod KHIM (formen på en sæbe), Sml. II, s. 5255, præmis 22 og 23).
- 63 Som intervenienten med rette har anført, vil sagsøgeren med sit andet anbringende om tilsidesættelse af retten til kontradiktion imidlertid gøre gældende, at appelkammeret ikke har overholdt artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94, hvorefter »Harmoniseringskontorets afgørelser [...] kun [må] støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om«, hvilken bestemmelse udtrykker det generelle princip om retten til et behørigt forsvar inden for rammerne af forordning nr. 40/94.
- 64 Det bemærkes, at sagsøgeren i det foreliggende tilfælde har kritiseret appelkammeret for at have tilsidesat selskabets ret til kontradiktion, idet appelkammeret ikke har opfordret sagsøgeren til at fremkomme med sine bemærkninger hvad angår det »ikke ubetydelige« opmærksomhedsniveau hos den relevante kundekreds, som appelkammeret havde til hensigt at lægge til grund for den anfægtede afgørelse. Det er derimod ubestridt, at sagsøgeren ikke har kritiseret appelkammeret for ikke at have opfordret selskabet til at fremkomme med sine bemærkninger hvad angår det store udbud af frugtjuice og frugtdrikke, et faktum, som i øvrigt også er ubestridt, og som udgør grundlaget for appelkammerets antagelser vedrørende opmærksomhedsniveauet hos den relevante kundekreds.
- 65 Det bemærkes, at selv om retten til kontradiktion, som fastsat i artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94, omfatter alle de forhold af faktisk eller retlig art samt bevisligheder, som danner grundlag for afgørelsen, finder den dog ikke anvendelse i forhold til det endelige standpunkt, som administrationen agter at indtage (jf. i denne retning Rettens dom af 21.1.1999, forenede sager T-129/95, T-2/96 og T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke og Lech Stahlwerke mod Kommissionen, Sml. II, s. 17, præmis 231, og af 3.12.2003, sag T-16/02, Audi mod KHIM (TDI), Sml. II, s. 5167, præmis 71 og 75).

- 66 Da den omhandlede vurdering af de faktiske omstændigheder var et led i appelkammerets endelige standpunkt, var appelkammeret ikke forpligtet til at høre sagsøgeren i den forbindelse.
- 67 Endvidere bemærkes, at som det fremgår af bedømmelsen af det første anbringende, har forskellen mellem Harmoniseringskontorets to instansers vurdering af den relevante kundekreds' nøjagtige opmærksomhedsniveau ingen betydning for resultatet, nemlig at der ikke er nogen lighed mellem de omtvistede tegn og ingen risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker, hvilket var begge instansers konklusion.
- 68 Det følger heraf, at selv om det blev antaget, at appelkammeret tilsidesatte sagsøgerens ret til kontradiktion, kunne en sådan tilsidesættelse ikke have påvirket den anfægtede afgørelses lovlighed.
- 69 Følgelig skal det andet anbringende forkastes, og Harmoniseringskontoret frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

- 70 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.
- 71 Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets og intervenientens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Fjerde Afdeling)

- 1) **Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) frifindes.**

- 2) **Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.**

Legal

Mengozi

Wiszniewska-Białecka

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 20. april 2005.

H. Jung

Justitssekretær

H. Legal

Afdelingsformand