

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)
den 15 januari 2003 *

I mål T-99/01,

Mystery drinks GmbH i likvidation, Eppertshausen (Tyskland), företrätt av advokaterna T. Jestaedt, V. von Bomhard och A. Renck,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller), företräd av A. von Mühlendahl, B. Weggenmann och C. Røhl Søberg, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

* Rättegångsspråk: tyska.

intervenient är

Karlsberg Brauerei KG Weber, Homburg (Tyskland), företrätt av advokaten R. Lange,

angående en talan mot det beslut som fattats av tredje överklagandenämnden vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) den 12 februari 2001 (ärende R 251/2000-3), beträffande registrering av kännetecknet MYSTERY som gemenskapsvarumärke mot vilken invändning gjorts för det nationella varumärket Mixery,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden, R.M. Moura Ramos, samt domarna J. Pirrung och A.W.H. Meij,

justitiesekreterare: byrådirektören D. Christensen,

med beaktande av den ansökan som ingavs till förstainstansrättens kansli den 7 maj 2001,

med beaktande av den svarsinlägga som ingavs till förstainstansrättens kansli den 28 augusti 2001 av Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller),

med beaktande av den svarsinlaga som ingavs till förstainstansrättens kansli den 17 augusti 2001 av intervenienten,

efter förhandlingen den 18 september 2002,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

- 1 Sökanden ingav den 25 oktober 1996, med stöd av 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, en ansökan om registrering av ett figurmärke som gemenskapsvarumärke till Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (nedan kallad harmoniseringsbyrån).
- 2 Det kännetecken som ansökan gäller är det som återges nedan:



MYSTERY

- 3 De varor som ansökan om varumärkesregistrering avser omfattas av klasserna 29, 30 och 32 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid registrering av varumärken av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar för var och en av klasserna följande beskrivning:
- ”Snacks, speciellt torkade frukter, nötter, potatischips och potatispinnar,” som omfattas av klass 29.

 - ”Kakao, socker, honung, sirap och varor tillverkade av dessa material, speciellt karameller och andra sötsaker; konditorivaror och godsaker; glass; tuggummi,” som omfattas av klass 30.

 - ”Icke-alkoholhaltiga drycker, med undantag för icke-alkoholhaltig öl,” som omfattas av klass 32.
- 4 Denna ansökan offentliggjordes i Bulletinen för gemenskapsvarumärken nr 21/98 av den 23 mars 1998.
- 5 Den 16 juni 1998 framställde Karlsberg Brauerei KG Weber (nedan kallat intervenienten) en invändning mot registreringen av detta gemenskapsvarumärke med stöd av artikel 42 i förordning nr 40/94. Den grund som åberopades till stöd för invändningen avsåg förväxlingsrisk i den mening som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 mellan det sökta varumärket och ett äldre nationellt varumärke som intervenienten innehar. Det ifrågavarande äldre nationella varumärket utgörs av ordet Mixery, vilket har registrerats i Tyskland under nr 395 02 709 och betecknar följande varor: ”öl och drycker som innehåller öl”, som omfattas av klass 32.

- 6 Invändningsenheten avslog invändningen genom beslut av den 4 februari 2000.
- 7 Den 3 mars 2000 överklagade intervenienten invändningsenhetens beslut till harmoniseringsbyrån med stöd av artikel 59 i förordning nr 40/94.
- 8 Genom beslut av den 12 februari 2001 (nedan kallat det omtvistade beslutet) som delgavs sökanden den 27 februari 2001 ogiltigförklarade tredje överklagandenämnden delvis invändningsenhetens beslut.
- 9 Överklagandenämnden ansåg att det fanns en risk för förväxling mellan det äldre varumärket och det varumärke som ansökan avser i fråga om varor som omfattas av klass 32. Den fann dock att någon sådan risk inte förelåg för varor som omfattas av klasserna 29 och 30.

Förfarandet och parternas yrkanden

- 10 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det omtvistade beslutet,

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

11 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten skall

— beakta vad parterna har anfört och

— fördela rättegångskostnaderna i enlighet med utgången av förfarandet och, under alla omständigheter, inte förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

12 Intervenienten har yrkat att förstainstansrätten skall ogilla talan.

13 Genom skrivelse av den 5 september 2002 informerade sökandebolaget förstainstansrätten om att det försatts i konkurs. Av dess yttrande kan rätten sluta sig till att det avser fullfölja förfarandet. Sökanden var för övrigt inte närvarande vid förhandlingen.

Rättslig bedömning

Inledande anmärkningar

14 Harmoniseringsbyrån har i sina yrkanden varken tagit ställning till sökandens yrkanden eller till utgången av det omtvistade beslutet.

- 15 Harmoniseringsbyråns yrkanden kan mot denna bakgrund inte prövas. Intervenienten har emellertid yrkat att talan skall ogillas. Förevarande tvist skall därför prövas i enlighet med artikel 134.4 i förstainstansrättens rättegångsregler.

Huruvida artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 har åsidosatts

Parternas argument

- 16 Sökanden anser att ett varumärke som intervenientens, vars särskiljningsförmåga är svag, måste åtnjuta ett begränsat skydd. Den relevanta målgruppen förknippar nämligen varumärket Mixery med uttryck som mixen (blanda) eller mix (blandning), vilka tyder på att drycken utgör en blandning eller en cocktail. Ett sådant varumärke kan inte ens genom intensiv användning uppnå status som ett ”särskilt starkt” varumärke.
- 17 Sökanden framhåller dessutom att intervenientens varumärkes renommé inte har visats i tillräcklig utsträckning.
- 18 Sökanden har dessutom gjort gällande att de argument och handlingar som visade att varumärket Mixery är allmänt känt inte framlades inom ramen för invändningsförfarandet. De kan därför inte för första gången läggas fram inför överklagandenämnden. Sökanden har vidare hävdats att frågan huruvida ett varumärke har hög särskiljningsförmåga är en rättsfråga. Sökanden anser således att det enligt artikel 74.1 andra ledet i förordning nr 40/94 inte krävdes något bestridande från sökandens del av de omständigheter som för övrigt inte hade lagts fram på korrekt sätt.

19 Vad gäller jämförelsen mellan kännetecknen har sökanden gjort gällande följande:

— I typografiskt hänseende är de motstående kännetecknen olika då deras centrala bokstäver IX respektive YST är olika och då den inledande bokstaven M i MYSTERY är utformad på ett mycket stiliserat sätt.

— I fonetiskt hänseende är kännetecknen olika. Deras respektive stavelser skiljer sig markant åt: i:et i Mixerys första stavelse är kortare och klarare än y:et i MYSTERY och bokstäverna ST i MYSTERY:s andra stavelse uttalas annorlunda än x:et i Mixery, vilken konsonant sällan används.

— I begreppsmässigt hänseende är de ifrågavarande kännetecknen, som har en tydlig innebörd, markant olika. I Tyskland leder ordet MYSTERY tanken till ordet mysterium. Det är däremot uppenbart att kännetecknet Mixery hänvisar till uttrycket mix (blandning) eller mixen (blanda).

20 Sökanden har tillagt att det visuella intrycket av varumärket är väsentligt eftersom kunden, i affärerna, inte framför sin beställning av varan muntligen. Endast en ytterst liten del av dessa drycker beställs på etablissemang med hög ljudnivå och där en föregående genomläsning av menyn utesluter förväxlingsrisken. Dessutom serveras drycken vanligen i flaska på vilken varumärket finns. När drycken tas på fat återfinns märket på kranen, på glaset eller på glasunderlägget.

21 Vad gäller jämförelsen mellan varorna anser sökanden att de inte är lika. Icke-alkoholhaltiga drycker framställs inte på samma ställen som öl och de säljs

på tydligt skilda hyllor. Med hänsyn till de begränsningar som sammanhänger med ålder och förande av fordon ligger dessutom den avgöranden skillnaden mellan dryckerna i huruvida de innehåller alkohol. Konsumenten är därför mycket uppmärksam på detta.

- 22 Sökanden anser sammanfattningsvis att det inte föreligger någon förväxlingsrisk mellan det varumärke som ansökan gäller och det äldre varumärket.

- 23 Intervenienten har anfört att varumärket Mixery har hög särskiljningsförmåga på grund av att det är allmänt känt. Intervenienten har härvid angett omständigheter som kan ge stöd för att varumärket är allmänt känt.

- 24 Intervenienten har i motsats till sökandens påståenden gjort gällande att hänvisningen till en hög grad av särskiljningsförmåga redan åberopades inom ramen för invändningsförfarandet. Överklagandenämnden har korrekt förstått detta på så sätt att det var fråga om ett känt varumärke.

- 25 Intervenienten har framhållit att sökanden har avfört förväxlingsrisken i fonetiskt hänseende genom en konstlad analys grundad på en fragmentarisk analys av varumärket. Vidare är argumentet om användning av dryckesmenyer inte relevant eftersom det endast överför förväxlingsrisken till en annan nivå.

- 26 Intervenienten har konstaterat att man inte kan hävda att varorna inte är lika. Intervenienten anser härvid att det är felaktigt att påstå att icke-alkoholhaltiga drycker och blandningar baserade på öl framställs på olika produktionsplatser.

- 27 Intervenienten har slutligen gjort gällande att konsumenterna inte kan indelas i två olika kategorier. Det finns nämligen ett stort antal konsumenter som de båda varusorterna riktar sig till samtidigt.

Förstainstansrättens bedömning

- 28 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, inbegripet risken för att varumärket associeras med det äldre varumärket”.
- 29 Enligt domstolens rättspraxis i fråga om tolkningen av artikel 4.1 b i rådets direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT L 40, 1989, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178), vars normativa innehåll i huvudsak är identiskt med det i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94, kan det föreligga en risk för förväxling 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 (domstolens dom av den 29 september 1998 i mål C-39/97, Canon, REG 1998, s. I-5507, punkt 29, och av den 22 juni 1999 i mål C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, REG 1999, s. I-3819, punkt 17).
- 30 Enligt samma rättspraxis skall risken för förväxling hos allmänheten avgöras genom att det görs en helhetsbedömning med hänsyn till samtliga relevanta faktorer i det enskilda fallet (domstolens dom av den 11 november 1997 i mål C-251/95, SABEL, REG 1997, s. I-6191, punkt 22, domarna i de ovannämnda målen Canon, punkt 16, och Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 18, och dom av den 22 juni 2000 i mål C-425/98, Marca Mode, REG 2000, s. I-4861, punkt 40).

- 31 Denna helhetsbedömning förutsätter, såsom anges i sjunde skälet i förordning nr 40/94, ett visst samspel mellan de faktorer som beaktas och särskilt varumärkenas likhet och likheten mellan de varor eller tjänster som de avser. Således kan en låg grad av likhet mellan de varor eller tjänster som avses kompenseras av att varumärkena i hög grad liknar varandra eller vice versa (domarna i de ovannämnda målen Canon, punkt 17, och Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 19).
- 32 Dessutom är det av avgörande betydelse, vid helhetsbedömningen av förväxlingsrisken, på vilket sätt genomsnittskonsumenten av den vara eller tjänst som är i fråga uppfattar varumärket. Genomsnittskonsumenten uppfattar vanligtvis ett varumärke som en helhet och ägnar sig inte åt att undersöka dess olika detaljer (domarna i de ovannämnda målen SABEL, punkt 23, och Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 25). I samband med denna helhetsbedömning förväntas genomsnittskonsumenten av varorna i fråga vara normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst. Hänsyn skall dessutom tas till det faktum att genomsnittskonsumenten sällan har möjlighet att göra en direkt jämförelse mellan de olika varumärkena utan måste förlita sig på en oklar bild som han har i minnet. Det bör även 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).
- 33 Förstainstansrätten påpekar inledningsvis att överklagandenämnden i punkt 32 i det omtvistade beslutet har funnit att intervenientens varumärke har en relativt hög särskiljningsförmåga.
- 34 Denna slutsats kan inte dras enbart utifrån de uppgifter som återfinns i det omtvistade beslutet. Att ett varumärke har hög särskiljningsförmåga måste nämligen fastslås med hänsyn antingen till varumärkets inneboende egenskaper eller till att det är allmänt känt. Överklagandenämnden har visserligen konstaterat dels att det äldre varumärkets särskiljningsförmåga inte är försvagad

på grund av att det leder tanken till ett beskrivande uttryck, dels att det är tillräckligt originellt för att tjäna som varumärke. Överklagandenämnden har emellertid inte närmare angett de inneboende egenskaper i varumärket som gör att det anses ha relativt hög särskiljningsförmåga. Förstainstansrätten påpekar vidare, såsom sökanden i sak har gjort gällande, att uppgifterna från intervenienten, däribland det enkla påståendet att varumärket är ”en kultdryck bland ungdomar” samt en enda hänvisning till internetsidor om sponsring av ett kvällsevenemang, efter registreringsansökan, inte kan anses tillräckliga för att fastställa att det äldre varumärket har hög särskiljningsförmåga på grund av att det är allmänt känt (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkterna 22 och 23).

- 35 Överklagandenämndens konstaterande att den invändande partens varumärke hade relativt hög särskiljningsförmåga kan således inte godtas. Det är därför inte nödvändigt att pröva sökandens andra punkter i fråga om bedömningen av huruvida varumärket är allmänt känt.
- 36 Det fel som överklagandenämnden begått är dock i sig inte tillräckligt för att dess beslut skall vara ogiltigt. Förväxlingsrisken mellan det varumärke som ansökan gäller och det äldre varumärket kan nämligen fastställas utan hänvisning till att det äldre varumärket har hög särskiljningsförmåga. Förstainstansrätten skall därför pröva om det i det omtvistade beslutet, med undantag för det ovannämnda felet, korrekt fastslagits att förväxlingsrisk föreligger.
- 37 I förevarande fall omfattas dryckerna av klass 32 och utgör vanliga konsumtionsvaror. Det äldre varumärke som invändningen grundats på är registrerat och skyddat i Tyskland. Bedömningen av huruvida förväxlingsrisk föreligger skall därför göras med utgångspunkt i den målgrupp som utgörs av genomsnittskonsumenten i den medlemsstaten.

- 38 Mot bakgrund av ovanstående skall förstainstansrätten göra en jämförelse för det första mellan de berörda varorna och för det andra mellan de motstående kännetecknen. Syftet är att avgöra om registreringen av kännetecknet MYSTERY kan ge upphov till risk för förväxling med det äldre varumärket Mixery.
- 39 Vad för det första gäller jämförelsen mellan varorna erinrar förstainstansrätten om att man för att bedöma om de aktuella varorna eller tjänsterna liknar varandra enligt domstolens rättspraxis skall beakta samtliga relevanta faktorer som avser förhållandet mellan dem. Bland dessa faktorer ingår bland annat deras art, de tilltänkta köparna, användningsområdet samt huruvida de konkurrerar med eller kompletterar varandra (domen i det ovannämnda målet Canon, punkt 23).
- 40 Överklagandenämnden har i detta hänseende konstaterat att det äldre varumärket inte bara är skyddat vad gäller öl utan också vad gäller blandade drycker som innehåller öl och som eventuellt är alkoholfria. Överklagandenämnden har även konstaterat att ölet och de andra dryckerna, särskilt i skedena då de tappas på flaska och saluförs, kan härröra från samma företag och att de kan säljas sida vid sida och ha samma mottagare. För konsumenterna kan blandade drycker baserade på öl dessutom ersätta såväl öl som icke-alkoholhaltiga drycker. Överklagandenämnden har således med rätta funnit att de berörda varorna, som omfattas av klass 32, är lika.
- 41 Sökandens argument om den särskilda uppmärksamhet som konsumenter riktar mot dryckers alkoholhalt med tanke på de begränsningar som sammanhänger med ålder och bilkörning kan inte godtas. Såsom överklagandenämnden har konstaterat tenderar skillnaderna mellan vissa drycker vad gäller alkoholhalten (öl med låg alkoholhalt, alkoholfri öl eller blandade drycker) att försvagas. Skillnaderna hindrar således inte konsumenten att anse att de två varorna har framställts under kontroll av ett och samma företag.

- 42 Vad för det andra gäller jämförelsen mellan varumärket och det kännetecknet som ansökan gäller framgår det av rättspraxis att helhetsbedömningen av förväxlingsrisken, vad gäller de aktuella varumärkenas visuella, fonetiska och begreppsmässiga likhet, skall grunda sig på det helhetsintryck som varumärkena ger, i synnerhet med hänsyn till deras särskiljande och mest dominerande beståndsdelar (domarna i de ovannämnda målen SABEL, punkt 23, och Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 25). Domstolen har dessutom ansett att det inte kan uteslutas att förväxlingsrisk uppkommer endast av det skälet att två varumärken har en fonetisk likhet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 28).
- 43 Förstainstansrätten gör därför en jämförelse mellan kännetecknet MYSTERY, som återges i punkt 2 ovan, och varumärket Mixery, i visuellt, fonetiskt och begreppsmässigt hänseende.
- 44 I visuellt hänseende konstaterar förstainstansrätten, i likhet med överklagandenämnden, att det två kännetecknen klart skiljer sig åt grafiskt eftersom kännetecknet MYSTERY är ett figurmärke och särskilt innehåller versalen M i stiliserad form.
- 45 I fonetiskt hänseende har överklagandenämnden med hänsyn till uttalsreglerna i tyska och i engelska, som ordet Mystery kommer från, konstaterat att de överensstämmande dragen i kännetecknens dominerande delar väger tyngre än skillnaderna däri och att kännetecknen därför är lika.
- 46 Sökandens argument om betydelsen av dessa skillnader kan i detta avseende inte godtas. Såsom intervenienten påpekat har dessa skillnader i fonetiskt hänseende endast kunnat konstateras när sökanden gjort en fragmentarisk analys, stavelse för stavelse, utan att redogöra för hur ordet i dess helhet uttalas.

- 47 I begreppsmässigt hänseende har överklagandenämnden konstaterat att trots att kännetecknen inte är lika i detta avseende är deras suggererande betydelse inte tillräckligt direkt och exakt för att konsumenten skall uppfatta den omedelbart och gör det således inte möjligt att med säkerhet särskilja dem. Man kan härvid inte utgå från att målgruppen gör en så noggrann analys av kännetecknen att denna eventuella betydelse kan upptäckas.
- 48 Mot bakgrund av ovanstående och i synnerhet den höga graden av likhet mellan varorna och den fonetiska likheten mellan kännetecknen i fråga finner förstainstansrätten följande. Överklagandenämnden har med rätta fastställt att det hos den relevanta målgruppen finns en risk för förväxling i den mening som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 mellan det varumärke som ansökan gäller och det äldre varumärket. Sökandens argument att det visuella intrycket är väsentligt föranleder inte någon annan bedömning. Det krävs inte att förväxling faktiskt sker utan det är tillräckligt att det finns en risk härför. Eftersom varorna även konsumeras efter muntliga beställningar är den fonetiska likheten i sig tillräcklig för att skapa en förväxlingsrisk.
- 49 Mot denna bakgrund kan talan inte vinna bifall på den grunden att artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 har åsidosatts. Talan skall därför ogillas.

Rättegångskostnader

- 50 Enligt artikel 87.3 första stycket i rättegångsreglerna kan förstainstansrätten besluta att vardera parten skall bära sin kostnad om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter eller om särskilda omständigheter motiverar det.

- 51 I förevarande fall har sökanden tappat målet, har harmoniseringsbyrån framställt yrkanden som inte kan prövas och har intervenienten inte yrkat att de skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Det finns därför anledning att förordna att vardera parten skall bära sin rättegångskostnad.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

följande dom:

- 1) Talan ogillas.

- 2) Vardera parten skall bära sin rättegångskostnad.

Moura Ramos

Pirrung

Meij

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 15 januari 2003.

H. Jung

R.M. Moura Ramos

Justitiesekreterare

Ordförande