

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

6. oktober 2004*

I sag T-356/02

Vitakraft-Werke Wührmann & Sohn GmbH & Co. KG, Bremen (Tyskland), ved
Rechtsanwalt U. Sander,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

den anden part i sagen for Harmoniseringskontorets appelkammer var

* Processprog: tysk.

Krafft, SA, Andoain (Spanien), ved abogado P. Koch Moreno,

angående en påstand om annullation af den afgørelse, der blev truffet af Fjerde Appellkammer ved Harmoniseringskontoret den 4. september 2002 (forende sager R 506/2000-4 og R 581/2000-4), vedrørende en indsigelsessag mellem Krafft, SA, og Vitakraft-Werke Wührmann & Sohn GmbH & Co. KG,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Pirrung, og dommerne A.W.H. Meij og N.J. Forwood,

justitssekretær: assisterende justitssekretær B. Pastor,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 29. november 2002,

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 25. april 2003,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 10. april 2003,

efter retsmødet den 5. maj 2004,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

- 1 Den 5. juni 1996 indgav sagsøgeren en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«), i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret,
- 2 Varemærket, der ønskes registreret, er ordmærket VITAKRAFT.
- 3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 1, 3, 4, 12 og 19 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer for hver af disse klasser til følgende beskrivelse:
 - klasse 1: »Kemiske produkter til industrielle, videnskabelige og fotografiske formål samt til anvendelse i landbrugs-, havebrugs-, og skovbrugsøjemed, særlig kemiske produkter og filtermateriale af kemiske, mineralske og vegetabiliske stoffer, plasticmateriale i rå tilstand eller keramikpartikler til vandpleje, særlig til

akvarier og havedamme; kunstig harpiks i rå tilstand, plastic i rå tilstand, gødningsmidler, ildslukningsmidler, præparater til hærkning og lodning, kemiske konserveringsmidler til levnedsmidler, garvestoffer, bindemidler til industrielle formål«

- klasse 3: »Blegemidler og andre midler til vask og rensning af tøj, præparater til rengøring, polering og fjernelse af pletter samt slibemidler, særlig sandpapir til dyrebure; sæbe, parfumerivarer, æteriske olier, kosmetiske præparater, hårvand, tandplejemidler«

- klasse 4: »Olier og fedtstoffer til industrielle formål, smøremidler, midler til absorbering, fugtning og binding af støv, brændstoffer (herunder motor-drivmidler) og belysningsstoffer, lys og væger«

- klasse 12: »Køretøjer, befordringsmidler til brug på land, i luften eller i vandet«

- klasse 19: »Byggematerialer (ikke af metal), stive rør til bygningsbrug (ikke af metal), asfalt, beg, tjære og bitumen, transportable bygninger (ikke af metal), monumenter (ikke af metal)«.

⁴ Varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 30/98 af 27. april 1998.

⁵ Den 27. juli 1998 rejste intervenienten indsigelse i medfør af artikel 42 i forordning nr. 40/94.

6 Indsigelsen støttes på følgende figurmærker:

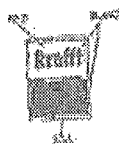
A



B

Kraft

C



7 Disse varemærker er genstand for følgende registreringer i Spanien:

- Varemærkeregistrering nr. 1924081 (af tegn A) af 5. maj 1995 for følgende varer, som er omfattet af klasse 1: »Kemiske produkter til industrielle, videnskabelige og fotografiske formål samt til anvendelse i landbrugs-, havebrugs-, og skovbrugsøjemed, kunstig harpiks i rå tilstand, plastic i rå tilstand, gødningsmidler, ildslukningsmidler, præparater til hærdning og lodning, kemiske konserveringsmidler til levnedsmidler, garvestoffer, bindemidler til industrielle formål, navnlig frostvæsker, kølevæsker, bindemidler og fugebånd til industrielle formål og kemiske bindemidler« (herefter det »ældre varemærke A1«).
- Varemærkeregistrering nr. 1924082 (af tegn A) af 5. maj 1995 for følgende varer, som er omfattet af klasse 3: »Blegemidler og andre midler til vask og rensning af tøj, præparater til rengøring, polering og fjernelse af pletter samt slibemidler, sæbe, parfumerivarer, æteriske olier, kosmetiske præparater, hårvand, tandple-

jemidler, navnlig midler til rengøring af motorer og kaburatorer i køretøjer, voks og poleringsmidler til køretøjer, shampoo til at vaske biler, shampoo til at rengøre bilers tekstilbeklædning, midler til rengøring og polering af chrombeklædte genstande, politur og midler til at pudse blanke genstande op, deodoriserende apparater til køretøjer« (herefter »det ældre varemærke A2«).

- Varemærkeregistrering nr. 1160484 (af tegn B) af 5. september 1987 for følgende varer, som er omfattet af klasse 4: »Olier og fedtstoffer til industrielle formål, smøremidler, midler til absorbering, fugtning og binding af støv, brændstoffer (herunder motordrivmidler) og belysningsstoffer, lys og væger« (herefter det »ældre varemærke B«).

- Varemærkeregistrering nr. 1042443 (af tegn C) af 20. februar 1984 for følgende varer, som er omfattet af klasse 12: »Køretøjer, befordringsmidler til brug på land, i luften eller i vandet, motorer til befordringsmidler til brug på land« (herefter det »ældre varemærke C1«).

- Varemærkeregistrering nr. 1052802 (af tegn C) af 20. juli 1984 for følgende varer, som er omfattet af klasse 19: »Byggematerialer (ikke af metal), stive rør til bygningsbrug (ikke af metal), asfalt, beg, tjære og bitumen, transportable bygninger (ikke af metal), monumenter (ikke af metal)« (herefter det »ældre varemærke C2«).

⁸ Sagsøgeren indgav begæring om, at intervenienten i medfør af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 godtgjorde, at der var gjort reel brug af de ældre varemærker B, C1 og C2. Som følge af denne begæring fremlagde intervenienten 18 kataloger om forskellige produkter i dennes sortiment.

- 9 Ved afgørelse nr. 317/2000 af 24. februar 2000 gav Indsigelsesafdelingen intervenienten delvis medhold i indsigelsen, idet den efter at have fastslået, hvilke varer der var omfattet af klasse 1 og 3, fastslog, at der var lighed mellem tegnene, og at der følgelig var en risiko for forveksling. Derimod afslog den indsigelsen hvad angik varer, der var omfattet af klasse 4, 12 og 19, med den begrundelse, at intervenienten ikke i tilstrækkeligt omfang havde godtgjort brugen af de ældre varemærker B, C1 og C2, og navnlig ikke havde godtgjort omfanget og varigheden af brugen.
- 10 Den 26. april 2000 indgav intervenienten klage over Indsigelsesafdelingens afgørelse, idet selskabet i det væsentlige gjorde gældende, at Indsigelsesafdelingen med urette fandt, at brugen af de ældre varemærker for varer, der var omfattet af klasse 4, 12 og 19, ikke var godtgjort tilstrækkeligt. Idet intervenienten også gjorde gældende, at der er lighed mellem de varer i klasse 1 og 3, der er omfattet af de ældre varemærker, og de omtvistede varer, som er omfattet af klasse 4, 12 og 19, således som disse varer er nærmere beskrevet i varemærkeansøgningen, anmodede selskabet om, at varemærkeansøgningen også blev afvist for varerne i klasserne 4, 12 og 19.
- 11 Ved skrivelse af 5. maj 2000 klagede sagsøgeren over Indsigelsesafdelingens afgørelse og anførte herved i det væsentlige det klagepunkt over for Indsigelsesafdelingen, at denne havde fastslået, at der forelå lighed mellem tegnene.
- 12 Ved afgørelse af 4. september 2002, som blev truffet i de forenede sager R 506/2000-4 og R 581/2000-4 (herefter »den anfægtede afgørelse«), annullerede Harmoniseringskontorets Fjerde Appellkammer delvist Indsigelsesafdelingens afgørelse, idet den fandt, at en reel brug af intervenientens varemærker B og C2 var godtgjort for en del af varerne, nemlig for »olier og fedtstoffer til motorer, smøremidler«, som henhører under klasse 4, og for »mørtel og udjævnende masse til bygningsbrug« henhørende under klasse 19. Appellkammeret fastslog, at der var en lighed mellem varerne »olier og fedtstoffer til industrielle formål, smøremidler, brændstoffer (herunder motordrivmidler) og belysningsstoffer«, som henhører under klasse 4 og er omfattet af varemærkeansøgningen, og varerne, for hvilke brugen af det ældre varemærke B var godtgjort. Desuden fastslog appellkammeret, at der var en lighed

mellem »rengøringsmidler«, som henhører under klasse 3 og omfattet af det ældre varemærke A2, og »midler til absorbering, fugtning og binding af støv«, som henhører under klasse 4 og omfattet af varemærkeansøgningen. Endvidere fastslog appelkammeret, at der var lighed mellem varerne »bygge materialer (ikke af metal), stive rør til bygningsbrug (ikke af metal), asfalt, beg, tjære og bitumen«, som er omhandlet i varemærkeansøgningen, og »mørtel og udjævnende masse«, for hvilke intervenienten havde godtgjort brugen af det ældre varemærke C2. Derimod afslog appelkammeret sagsøgerens klage i sin helhed, idet det fandt, at Indsigelsesafdelingen med rette havde antaget, at der var en risiko for forveksling på grund af lighed mellem tegnene og de omhandlede varer. Dernæst afslog det delvist intervenientens klage med den begrundelse dels, at denne hverken havde godtgjort den reelle brug af det ældre varemærke C1 eller af de ældre varemærker B og C2 for andre varer end »olier og fedtstoffer til motorer, smøremidler« (klasse 4) og »mørtel og udjævnende masse til konstruktion« (klasse 19), dels at visse af de omtvistede varer, som henhører under klasse 4, 12 og 19, ikke var af lignende art som de varer, der var omfattet af de ældre varemærker A1, A2 og C2, som henhører under klasse 1, 3 og 19. Afslaget på registrering af EF-varemærket blev nærmere bestemt givet for følgende varer, som var omfattet af EF-varemærkeansøgningen: Alle varer, som henhører under klasse 1 og 3 i Nice-arrangementet, samt »olier og fedtstoffer til industrielle formål, smøremidler, midler til absorbering, fugtning og binding af støv, brændstoffer (herunder motordrivmidler) og belyningsstoffer« (klasse 4) og »bygge materialer (ikke af metal), stive rør til bygningsbrug (ikke af metal), asfalt, beg, tjære og bitumen« (klasse 19).

Retsforhandlinger og parternes påstande

- 13 Den 8. januar 2003 anmodede intervenienten om, at engelsk blev processproget. Idet stævningen og ansøgningen om registrering var udfærdiget på tysk, blev denne anmodning afvist, og tysk blev processprog i medfør af artikel 131, stk. 1, og stk. 2, tredje afsnit, i Rettens procesreglement.

14 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

- Delvis annullation af den anfægtede afgørelse, i det omfang selskabet Krafft, SA, fik medhold i sin klage, og i det omfang sagsøgeren ikke fik medhold i sin klage.

- Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

15 Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt følgende påstande:

- Harmoniseringskontoret frifindes.

- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

16 Sagsøgeren har anført to anbringender til støtte for søgsmålet. Ifølge det første anbringende foreligger der en tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 og af regel 22, stk. 2, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1). Ifølge det andet anbringende foreligger der en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

Første anbringende om, at der foreligger en tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 og regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95

Parternes argumenter

- 17 Sagsøgeren har gjort gældende, at intervenienten ikke har godtgjort, at der er gjort reel brug af de ældre varemærker hvad angår varerne »olier og fedtstoffer til motorer, smøremidler« og »mørtel og udjævnende masse til konstruktion«.
- 18 Hvad angår kataloget om motorolier, der skulle være trykt i 1992, falder dette ikke inden for den relevante periode, som strækker sig fra den 28. april 1993 til den 28. april 1998.
- 19 Ifølge sagsøgeren indeholder de kataloger, der skulle være trykt i 1993, 1994 og 1996, derimod intet, som står i forbindelse med brugen af de ældre varemærker for varerne »olier og fedtstoffer til motorer«, som henhører under klasse 4, eller »mørtel og udjævnende masse til konstruktion«, som henhører under klasse 19.
- 20 Sagsøgeren har indrømmet, at de omhandlede kataloger indeholder visse oplysninger med tilknytning til »smøremidler«, men har gjort gældende, at disse oplysninger ikke opfylder kravene i regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95. Bevislighederne vedrører kun årene fra 1993 til 1996 og ikke 1997 og 1998. Sagsøgeren er af den opfattelse, at det er et ufravigeligt krav, når bevislighederne vedrørende brugen af varemærket kun vedrører en del af den relevante periode, at indehaveren af de ældre varemærker i det mindste godtgør, at brugen har været væsentlig i denne periode. Sagsøgeren mener ikke, at intervenienten har fremlagt nogen brugbare oplysninger vedrørende omfanget af brugen af de ældre varemærker.

21 Harmoniseringskontoret har påpeget, at fire af de kataloger, intervenienten har fremlagt under indsigelsessagen, gør det muligt at nå frem til, hvornår, i hvilken form og hvor varemærkerne er blevet brugt, nemlig:

- Katalog 1 med titlen »Emergiendo con fuerza« vedrører motorolier, er trykt i 1992 og indeholder den oplysning, at de nævnte priser først finder anvendelse fra og med januar 1993.
- Katalog 2 med titlen »Lubricantes para automoción«, som vedrører smøremidler og er udgivet i 1993.
- Katalog 3 med titlen »Lubricantes automoción« fra 1994, som vedrører fedtstoffer og smøreolier.
- Katalog 4 med titlen »Suelos industriales« fra 1997, som vedrører mørtel og udjævnende masse til konstruktion.

22 Derimod tvivler Harmoniseringskontoret på, at katalogerne indeholder brugbare oplysninger om omfanget af de ældre varemærkers brug, hvilket er oplysninger, som er påkrævet i medfør af regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 med henblik på at sondre mellem reel brug af varemærker og en rent fiktiv brug. Ifølge Harmoniseringskontoret kan fremlæggelse af reklamemateriale i princippet udgøre et tilstrækkeligt bevis. Imidlertid stiller Harmoniseringskontoret sig tvivlende over for nødvendigheden af at give disse oplysninger om omfanget af reklamemidlernes spredning. Harmoniseringskontoret anerkender, at sådanne oplysninger mangler i den foreliggende sag.

- 23 Intervenienten argumenterer på samme måde som appelkammeret. Intervenienten mener navnlig, at kravene i regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 er opfyldt. Oplysningerne om og beviset for, hvor varemærkerne er blevet brugt, stammer fra oplysninger fra intervenientens repræsentanter i forskellige byer i Spanien. Oplysningerne om og beviset for, hvornår de er blevet brugt, følger af katalogernes trykkedatoer. Hvad angår den form, hvori de er blevet brugt, fremviser katalogerne varerne forsynet med de ældre varemærker B og C2.
- 24 Under retsmødet har intervenienten indrømmet, at katalogerne ikke indeholder nogen oplysninger om omfanget af varemærkernes brug. Endvidere har intervenienten ikke fastholdt argumentet om, at beviset for brugen følger af den omstændighed, at selskabets varemærker er kendt på det spanske marked. Intervenienten har imidlertid understreget, at det alene skal dokumenteres, at brugen af de ældre varemærker B og C2 ikke var fiktiv med det ene formål at bevare deres registrering. Intervenienten har tilføjet — ligeledes under retsmødet — at der ifølge Harmoniseringskontorets praksis skal fremlægges objektive beviser som for eksempel kataloger eller fakturaer. Intervenienten har forklaret, at dennes fakturaer kun indeholder betegnelsen af varerne uden oplysninger om varemærket, hvilket skyldes, at denne kun markedsfører varer med varemærket Krafft, således at varemærket ikke kan adskille de forskellige varer i sortimentet. Intervenienten valgte derfor at dokumentere brugen af de ældre varemærker ved hjælp af det reklamemateriale, som selskabet fremlagde under sagen for Harmoniseringskontoret.

Retten's bemærkninger

- 25 Som det fremgår af niende betragtning til forordning nr. 40/94, er det fællesskabslovgivers opfattelse, at det kun er berettiget at beskytte et ældre varemærke, i det omfang dette rent faktisk er blevet brugt. I overensstemmelse med denne betragtning bestemmer artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, at den, der ansøger om et EF-varemærke, kan begære, at det bevises, at der er gjort reel brug af det ældre varemærke på det område, hvor det er beskyttet, inden for de seneste fem

år forud for offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen, som der er rejst indsigelse imod (Rettens dom af 12.12.2002, sag T-39/01, Kabushiki Kaisha Fernandes mod KHIM — Harrison (HIWATT), Sml. II, s. 5233, præmis 34).

26 Som det fremgår af Domstolens dom af 11. marts 2003, Ansul (sag C-40/01, Sml. I, s. 2439, præmis 43), er der gjort »reel brug« af et varemærke, når dette er anvendt i overensstemmelse med varemærkets grundlæggende funktion, som er at garantere oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, som det er blevet registreret for, med henblik på at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for disse varer og tjenesteydelser. Endvidere er betingelsen om reel brug af varemærket kun opfyldt, når varemærket med den beskyttelse, det har inden for det relevante geografiske område, bruges offentligt og i forhold til omverdenen (Ansul-dommen, præmis 37, og Rettens dom af 12.3.2003, sag T-174/01, Goulbourn mod KHIM — Redcats (Silk Cocoon), Sml. II, s. 789, præmis 39).

27 I medfør af regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 skal det af beviset for brug fremgå, hvor, hvornår samt i hvilket omfang og i hvilken form det ældre varemærke er blevet brugt.

28 Retten har desuden fastslået, at en reel brug af et varemærke ikke kan bevises ved hjælp af sandsynlighedsbetragtninger eller formodninger, men skal hvile på konkrete og objektive omstændigheder, der godtgør en faktisk og tilstrækkelig brug af varemærket på det pågældende marked (HIWATT-dommen, præmis 47).

29 Det er i lyset af disse overvejelser, at det skal vurderes, om appelkammeret i den foreliggende sag uden at begå nogen retlig fejl fandt, at intervenienten havde fremlagt bevis for reel brug af de ældre varemærker B og C2 for varerne »olier og fedtstoffer til motorer, smøremidler« (klasse 4) og for varerne »mørtel og udjævnende masse til konstruktion« (klasse 19). Retten bemærker i denne henseende, at intervenienten ikke har påtalt, at appelkammeret fandt, at de ældre

varemærker kun var registreret for de varer, for hvilke brugen efter appelkammerets opfattelse konkret var blevet bevist af intervenienten, og ikke for den kategori i sin helhed, som disse varer henhører under, og for hvilke varer disse ældre varemærker er blevet registreret. Hvad angår det ældre varemærke C1 og de andre varer, som er omfattet af de ældre varemærker B og C2, har intervenienten ikke anfægtet appelkammerets konstateringer, hvorefter brugen af varemærkerne ikke er bevist for disse varer, og disse konstateringer er herefter ikke genstand for den foreliggende sag.

30 Indledningsvis bemærkes, at da EF-varemærkeansøgningen blev offentliggjort den 27. april 1998, løber perioden på fem år fra den 27. april 1993 til den 26. april 1998. Endvidere er de ældre varemærker B og C2 beskyttet af den spanske varemærkereregistrering, hvis beskyttelse omfatter Spanien. Heraf følger, at intervenienten er forpligtet til at bevise, at selskabets ældre varemærker har været anvendt på det spanske marked mellem den 27. april 1993 og den 26. april 1998.

31 I punkt 14 i den anfægtede afgørelse har appelkammeret fundet, at der ikke er grund til at betvivle, at de af intervenienten fremlagte kataloger er udtryk for en markedsføring i løbet af den relevante periode af de i katalogerne fremviste varer under det deri gengivne varemærke. I punkt 16 i den anfægtede afgørelse har appelkammeret desuden fundet, at katalogerne med datoer, inden for den relevante periode — som viser de varer, der er markedsført af indsigeren, samt varemærket, sådan som det er beskyttet, og den måde varemærket finder anvendelse på varerne, og som indeholder en liste over den indsigende parts repræsentanter, samt skaber forbindelse mellem den indsigende part og det varemærke, denne er indehaver af — i tilstrækkeligt omfang viser, at det ældre varemærke har været genstand for en reel brug som omhandlet i artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94.

32 Dette ræsonnement er fejlagtigt, idet det støtter sig på formodninger.

- 33 Det følger af den i præmis 26 ovenfor nævnte retspraksis, at det skal undersøges, om intervenienten under sagen for Harmoniseringskontoret har bevist, at selskabets ældre varemærker B og C2 med den beskyttelse, de har inden for det relevante geografiske område, bruges offentligt og i forhold til omverdenen med henblik på at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for de varer, som er omfattet varemærkerne. I medfør af regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 skal dette bevis blandt andet vedrøre omfanget af brugen. Endelig er det ikke tilstrækkeligt, at den reelle brug af varemærket forekommer sandsynlig eller troværdig. Tværtimod skal denne brug bevises.
- 34 I den foreliggende sag godtgør de for appelkammeret fremlagte kataloger hverken, at de blev distribueret til en mulig spansk kundekreds, hvilket omfang distributionen kan have haft, eller størrelsen af det salg, der har fundet sted af de af varemærket beskyttede varer. Intervenienten har ikke fremlagt nogen dokumenterede oplysninger, der gør det muligt at nå frem til brugbare konklusioner i denne henseende. Selve eksistensen af disse kataloger kan nemlig højst gøre det sandsynligt eller troværdigt, at varerne, der er beskyttet af de ældre varemærker, er blevet markedsført eller i hvert fald udbudt på det relevante område, men den kan ikke bevise det.
- 35 Det må derfor fastslås, at appelkammeret har begået en retlig fejl ved at antage, at de af intervenienten fremlagte kataloger var et tilstrækkeligt bevis, uden at det var nødvendigt at tage stilling til, om katalogerne indeholdt tilfredsstillende oplysninger om varerne »olier og fedtstoffer til motorer« og »mørtel og udjævnende masse til konstruktion«, eller om varigheden af brugen.
- 36 Følgelig er sagsøgerens første anbringende begrundet. Således er det med urette, at appelkammeret har givet intervenienten delvis medhold i selskabets klage over Indsigelsesafdelingens afgørelse. Heraf følger, at den anfægtede afgørelse annulleres, i det omfang den har givet intervenienten medhold i selskabets klage ved appelkammeret vedrørende varerne »olier og fedtstoffer til industrielle formål, smøremidler, brændstoffer (herunder motordrivmidler) og belysningsstoffer« (klasse

4) og »bygge materialer (ikke af metal), stive rør til bygningsbrug (ikke af metal), asfalt, beg, tjære og bitumen« (klasse 19), som de fremgår af EF-varemærkeansøgningen.

Andet anbringende om, at der foreligger en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

Parternes argumenter

- 37 Sagsøgeren mener, at appelkammeret har foretaget en fejlagtig sammenlignende undersøgelse af de to omtvistede tegn.
- 38 For det første er de ældre varemærker på en gang ordmærker og figurmærker, idet de består af et rektangel i farverne rød, blå og hvid, som er opdelt i to lige store dele, hvoraf den øverste del består af påskriften »Krafft« med hvidt på en rød baggrund, og hvoraf den nederste del består af en blå flade. Uanset at sagsøgeren har indrømmet, at den særprægede og dominerende bestanddel af de ældre varemærker er betegnelsen »Krafft«, har denne gjort gældende, at appelkammeret med urette har fundet, at den grafiske bestanddel helt ignoreres og glemmes af gennemsnitsforbrugeren.
- 39 For det andet har sagsøgeren henledt opmærksomheden på retspraksis, hvorefter et varemærke opfattes som en helhed. Gennemsnitsforbrugeren foretager ikke en undersøgelse af varemærkets detaljer. Således anfægter sagsøgeren appelkammerets påstand om, at den spanske forbruger skiller det ansøgte varemærke ad i »vita« og »kraft«. Hvis det antages, at forbrugeren foretager en sådan adskillelse, ville han ikke udelukke ordet »vita« for at bibeholde »kraft«. I denne forbindelse har sagsøgeren understreget, at ordet »vita« ikke er beskrivende i forhold til de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke. Sagsøgeren har gjort gældende, at selv om det er rigtigt, at

den bestanddel, der udgør et sammensat varemærke, og som er beskrivende i forhold til de omfattede varer, principielt ikke kan betragtes som mærkets dominerende bestanddel, finder denne påstand ikke anvendelse på den foreliggende sag. Følgelig indtager ordet »vita« ikke en sekundær plads. Ifølge sagsøgeren følger det heraf, at de omhandlede varemærker på grund af deres grafiske bestanddele og ordbestanddele er tilstrækkeligt forskellige til at give dem særpræg.

40 For det tredje mener sagsøgeren, at de omhandlede tegn lydligt er tilstrækkeligt forskellige, eftersom det ansøgte varemærke udtales i »vitakraft«, mens ordbestanddelen i de ældre varemærker udtales »krafft«.

41 Endelig mener sagsøgeren også, at der er en åbenbar begrebsmæssig forskel mellem de omhandlede tegn. De ældre varemærker opfattes af den spanske forbruger som en simpel fantasibetegnelser. Derimod vækker det ansøgte tegn forestillingen om vitalitet (på spansk »vitalidad«), jf. adjektivet »vital« (på spansk »vital«).

42 Harmoniseringskontoret og intervenienten tiltræder fuldt ud appelkammerets argumentation.

43 Intervenienten har blandt andet understreget, at præfikset »vita« er et gængs begreb med et ringe særpræg, og at stavelsestrykket, når »vitakraft« udtales på spansk, falder på stavelsen »kraft«.

Rettens bemærkninger

- 44 Eftersom Retten har tiltrådt sagsøgerens første anbringende, skal det kun efterprøves, om der er en risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og de ældre varemærker A1 og A2 (herefter »de ældre varemærker«), som ikke er underlagt kravet om bevis for reel brug, eftersom de ved offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen havde været registreret i mindre end fem år (artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94).
- 45 I medfør af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er det varemærke, der søges registreret, udelukket fra registrering, hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det ansøgte varemærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art.
- 46 Ifølge fast retspraksis udgør risikoen for, at det i den relevante kundekreds kan antages, at de pågældende varer eller tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder, en risiko for forveksling.
- 47 Ifølge samme retspraksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling på grundlag af den relevante kundekreds' opfattelse af de omhandlede tegn, varer eller tjenesteydelser og under hensyntagen til alle relevante faktorer i sagen, og især den indbyrdes afhængighed, der foreligger i ligheden mellem tegnene og ligheden mellem de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkerne (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).

- 48 Det bemærkes, at appelkammerets konstateringer vedrørende ligheden mellem varerne hverken er blevet bestridt af sagsøgeren eller af intervenienten. Således afhænger klagens udfald af, om der er en risiko for forveksling på grund af lighed mellem tegnene. Alle de varer, der er anført i EF-varemærkeansøgningen, og som henhører under klasse 1 og 3 i Nice-arrangementet samt »midler til absorbering, fugtning og binding af støv« (klasse 4) — som appelkammeret har fundet er af lignende art som »præparater til rengøring, polering og fjernelse af pletter samt slibemidler«, der er omfattet af det ældre varemærke A2 og henhører under klasse 3 — er omfattet af undersøgelsen af ligheden mellem tegnene.
- 49 Som det følger af fast retspraksis, skal helhedsvurderingen af risikoen for forveksling for så vidt angår de pågældende varemærkers visuelle, fonetiske 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, Philips-Van Heusen mod KHIM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), Sml. II, s. 4335, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).
- 50 Hvad først angår de ældre varemærkers visuelle fremtræden har appelkammeret med rette konstateret, at deres dominerende bestanddel, på trods af at de er figurmærker, er ordet »Krafft«. Dels de ældre varemærkers figurative bestanddele, dvs. dels grafikken i ordet »Krafft«, dels det blå og det røde rektangel, er nemlig ikke tilstrækkelige til i højere grad at slå sig fast i forbrugerens bevidsthed end varemærkernes ordbestanddel.
- 51 Hvad angår det varemærke, der er søgt registreret, består det fra en spansktalende forbrugers perspektiv af et ord, der er sammensat af to bestanddele, hvoraf den første er ordet »vita«, og den anden er ordet »kraft«. Appelkammeret har med rette fundet, at en forbruger i sin opfattelse af et ordmærke skiller det ad i ordbestanddele, som for ham har en konkret betydning eller minder om ord, han kender. Ordet

»vita« opfattes således af en spansktalende forbruger som en henvisning til ord som »vitalitet« og »vital« (på spansk »vitalidad« og »vital«). Selv om ordet »kraft« på visse sprog, herunder tysk, betyder »kraft«, har det derimod ingen konkret betydning på spansk.

- 52 Retten bemærker hertil, at en fantasibetegnelse som hovedregel i højere grad tiltrækker sig forbrugerens opmærksomhed (jf. i denne retning Rettens dom af 23.10.2002, sag T-6/01, Matratzen Concord mod KHIM — Hukla Germany (MATRATZEN), Sml. II, s. 4335, præmis 43, som bekræftet ved Domstolens kendelse af 28.4.2004, sag C-3/03 P, Matratzen Concord mod KHIM, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser). Retten har endvidere fundet, at kundekredsen i almindelighed ikke opfatter en beskrivende bestanddel, der udgør en del af et sammensat mærke, som den særprægede og dominerende bestanddel af det helhedsindtryk, som varemærket fremkalder (jf. Rettens dom af 3.7.2003, sag T-129/01, José Alejandro mod KHIM — Anheuser-Busch (BUDMEN), Sml. II, s. 2251, præmis 53). De samme betragtninger gør sig gældende i relation til de bestanddele, som har en meget generel betydning, idet de antyder en positiv egenskab, som gælder for en lang række forskellige varer eller tjenesteydelser. Retten finder, at ordet »vita« for den spanske kundekreds henhører under denne kategori af bestanddele.
- 53 Det følger af det anførte, at den dominerende bestanddel af det varemærke, der er ansøgt om, på spansk udgøres af den anden del »kraft«, fordi det drejer sig om en fantasibetegnelse, og fordi den første del af tegnet, »vita«, for den relevante kundekreds har en mindre grad af særpræg.
- 54 Hvad angår det fonetiske udtale de ældre varemærker »Krafft«. Det varemærke, der er ansøgt om, består derimod af tre stavelser (»vi«, »ta« og »kraft«). Af de grunde, der nævnt i præmis 52-53 ovenfor, opfatter den relevante kundekreds den sidste stavelse, i det tegn, der er ansøgt om — nemlig ordet »kraft« — som den afgørende bestanddel af ordmærket VITAKRAFT.

55 Det følger heraf, at den både visuelt og lydligt afgørende bestanddel af det ansøgte varemærke, »kraft«, og ordbestanddelen af de ældre varemærker, »Krafft«, er meget ens, ja endda identiske, da det dobbelte »f« i ordet »Krafft« hverken indebærer en fonetisk forskel, der kan opfattes, eller en visuel forskel, der er tilstrækkelig til at fjerne de ovenfor nævnte visuelle ligheder.

56 Selv om ordet »vita« begrebsmæssigt vækker associationer til »vitalitet« eller adjektivet »vital«, er det ikke desto mindre sådan, at tegnet VITAKRAFT ikke har en bestemt betydning på spansk. Eftersom hverken det ansøgte varemærke eller de ældre varemærker har en konkret betydning på dette sprog, kan der ikke fastslås at være en tilstrækkelig begrebsmæssig forskel mellem de to tegn.

57 Heraf følger, at de omhandlede tegn for målgruppen, som består af spansktalende forbrugere, visuelt og fonetisk ligner hinanden. Eftersom varerne, der er omfattet af de omhandlede varemærker, er identiske eller ligner hinanden meget, har appelkammeret ikke begået en retlig fejl, da det konstaterede, at der var en risiko for forveksling mellem de ældre varemærker, der indeholder bestanddelen »Krafft«, og det ansøgte varemærke VITAKRAFT, hvad angår alle de varer, som henhører under klasse 1 og 3 og er nævnt i EF-varemærkeansøgningen, samt »midler til absorbering, fugtning og binding af støv«, som henhører under klasse 4.

58 Følgelig må sagsøgerens andet anbringende forkastes.

59 Heraf følger, at sagsøgerens påstand kun kan tages til følge, for så vidt som appelkammeret med urette har fundet, at intervenienten har bevist den reelle brug af det ældre varemærke B, som omfatter varerne »olier og fedtstoffer til motorer, smøremidler« (klasse 4), og det ældre varemærke C2, som omfatter varerne »mørtel og udjævnende masse til konstruktion« (klasse 19). Følgelig annulleres den anfægtede afgørelse, i det omfang appelkammeret har givet intervenienten medhold

i klagen til appelkammeret vedrørende varerne »olier og fedtstoffer til industrielle formål, smøremidler, brændstoffer (herunder motordrivmidler) og belysningsstoffer« (klasse 4), og varerne »byggematerialer (ikke af metal), stive rør til bygningsbrug (ikke af metal), asfalt, beg, tjære og bitumen« (klasse 19), som er nævnt i EF-varemærkeansøgningen. I øvrigt frifindes Harmoniseringskontoret.

Sagens omkostninger

- 60 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 3, kan Retten fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter.
- 61 I den foreliggende sag har såvel sagsøgeren som Harmoniseringskontoret og intervenienten til dels tabt sagen. Følgelig tilpligtes hver part at bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Anden Afdeling)

- 1) Afgørelsen, der blev truffet den 4. september 2002 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og

Design) (forenede sager R 506/2000-4 og R 581/2000-4) annulleres, i det omfang appelkammeret har givet intervenienten medhold i klagen til appelkammeret vedrørende varerne »olier og fedtstoffer til industrielle formål, smøremidler, brændstoffer (herunder motordrivmidler) og belysningsstoffer« (klasse 4), og varerne »byggematerialer (ikke af metal), stive rør til bygningsbrug (ikke af metal), asfalt, beg, tjære og bitumen« (klasse 19), som er nævnt i EF-varemærkeansøgningen.

- 2) **Harmoniseringskontoret frifindes i øvrigt.**

- 3) **Hver part bærer sine egne omkostninger.**

Pirrung

Meij

Forwood

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 6. oktober 2004.

H. Jung

J. Pirrung

Justitssekretær

Afdelingsformand