

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

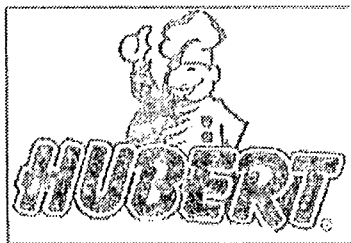
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremSAT den 15. juli 2004¹

Indledning

blandet ord- og figurtegn, og som er gengivet nedenfor:

1. I denne sag knytter der sig en særlig interesse til fastlæggelsen af, hvorvidt positionsmaksimen finder anvendelse i forbindelse med visse sager vedrørende EF-varemærker, navnlig i forbindelse med retsforhandlingerne for Retten i Første Instans, når gyldigheden af en forvaltningsafgørelse, der afslutter en indsigelsessag rejst mod registreringen af et varemærke, anfægtes.



Tvistens baggrund

2. Den 1. april 1996 indgav France Distribution, der har hjemsted i Émerainville (Frankrig), i henhold til forordning (EF) nr. 40/94² en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«), der består af et

3. De varer, som ansøgningen vedrører, henhører under Nice-arrangementets³ klasse 29, 30 og 42, og svarer til følgende beskrivelse:

— klasse 29: »Kød, charcuterivarer, fisk, fjerkræ og vildt, kødekstrakter, konser-

¹ — Originalsprøg: spansk.

² — Rådets forordning af 20.12.1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1) med senere ændringer.

³ — Nice-arrangementet af 15.6.1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret.

verede, tørrede og kogte frugter og grønsager, geléer, syltetøj, æg, æggeprodukter generelt, mælk og andre mejeriprodukter, konserves, konserverede eller dybfrosne frugter og grønsager, pickles«

Det ældre varemærke, der blev påberåbt, er ordmærket »Saint-Hubert 41« med det franske registreringsnr. 1 552 214, der omfatter »smørprodukter, olier og fedtstoffer, oste og alle mejeriprodukter« i klasse 29.

— klasse 30: »Kaffe, te, kakao, sukker, ris, tapioka, sago, kaffeerstatning, mel og næringsmidler af korn, brød, konditori- og konfekturvarer, spiseis, honning, sirup, gær, bagepulver, salt, sennep, eddike, herunder vineddike, saucer, krydderier, råis«

6. Ved afgørelse af 1. december 1999 forkastede Harmoniseringskontorets Indsigelsesafdeling indsigelsen, fordi der ikke i offentlighedens bevidsthed på fransk område, hvor det ældre varemærke er beskyttet efter artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, forelå risiko for forveksling⁴.

— klasse 42: »Hotel- og restaurationsvirksomhed«.

4. Ansøgningen blev offentliggjort i *EF-varemærketidende* nr. 22/97 af 6. oktober 1997.

7. Den 31. januar 2000 påklagede Vedral Indsigelsesafdelingens afgørelse til Harmoniseringskontoret i medfør af artikel 59 i forordning nr. 40/94. Appellanten vedlagde til støtte for klagen en række dokumenter med henblik på at bevise, at selskabets varemærke er velkendt i Frankrig.

5. Den 6. januar 1998 rejste appellanten, Vedral SA (herefter »Vedral«), der har hjemsted i Ludres (Frankrig), en indsigelse i medfør af artikel 42 i forordning nr. 40/94 mod registrering af det ansøgte varemærke for en del af de varer, som er omfattet heraf, nemlig »mælk og andre mejeriprodukter« i klasse 29 og »eddike, herunder vineddike, saucer« i klasse 30.

8. Klagen blev forkastet ved afgørelse af 9. marts 2001 truffet af Første Appellkammer ved Harmoniseringskontoret.

⁴ — I sagen for Indsigelsesafdelingen gengives en drøftelse af anvendelsen af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94, der er uden interesse i den foreliggende sag.

9. Appellkammeret fandt, at Indsigelsesafdelingens afgørelse var korrekt med hensyn til anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, idet der — selv om der forelå en høj grad af lighed mellem de pågældende varer, og selv om der ved anvendelsen af denne bestemmelse kunne tages hensyn til, at Vedial havde påvist, at det ældre varemærke var velkendt — ikke forelå en risiko for forveksling i bevidstheden hos den berørte kundekreds, eftersom der ikke var en høj grad af lighed mellem de omtvistede tegn.

Den appellerede dom

10. Den 23. maj 2001 anlagde Vedial et søgsmål med påstand om annullation ved Retten i Første Instans. Påstanden blev støttet på et eneste anbringende, nemlig tilsidesættelse af begrebet risiko for forveksling i artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 40/94.

11. I dommen af 12. december 2002, Vedial mod KHIM — France Distribution (HUBERT)⁵, frifandt Retten i Første Instans sagsøgte.

12. Indledningsvist tog Retten stilling til, om Harmoniseringskontorets påstande kunne antages til realitetsbehandling. Harmoniseringskontoret kritiserede appelkammerets afgørelse, idet appelkammeret efter Harmoniseringskontorets opfattelse ikke var beføjet til at påkende det ældre varemærkes renommé i Frankrig, eftersom Vedial ikke inden for den frist, som Indsigelsesafdelingen havde fastsat herfor, havde fremlagt noget bevis for tilstedeværelsen af et sådant renommé.

Denne fejl var imidlertid ikke efter Harmoniseringskontorets opfattelse tilstrækkelig til at begrunde annullation af den anfægtede afgørelse.

13. Harmoniseringskontoret nedlagde i svarskriftet følgende påstande:

— Retten præciserer, at det ældre varemærkes renommé ikke burde være blevet påkendt af appelkammeret.

— Retten udtaler sig om forvekslingsrisikoen og annullerer kun den anfægtede afgørelse, hvis det fastslås, at der er tale om en forvekslingsrisiko.

⁵ — Sag T-110/01, Sml. II, s. 5275, herefter »den appellerede dom«.

— Det pålægges hver part at bære sine egne omkostninger⁶.

14. Ifølge Retten i Første Instans svarede Harmoniseringskontorets påstand, hvorefter det skulle præciseres, at appelkammeret ikke burde have påkendt det ældre varemærkes renommé, til en påstand om omgørelse af den anfægtede afgørelse.

Retten fandt imidlertid, at Harmoniseringskontoret ikke havde været part i sagen for appelkammeret; at Harmoniseringskontoret i øvrigt som udsteder af den retsakt, hvis ulovlighed skulle efterprøves, kun kunne handle som sagsøgt; at appelkamrene udgør en integrerende del af Harmoniseringskontoret; og endelig at for at Harmoniseringskontoret kunne gives ret til at anfægte en afgørelse truffet af et appelkammer inden for rammerne af såkaldte »inter partes«-sager, skulle procesreglementet for Retten i Første Instans have givet andre parter i sagen for Retten, såsom intervenienter, mulighed for at nedlægge påstande om annullation eller omgørelse af den anfægtede afgørelse, selv vedrørende et punkt, som ikke er nævnt i Harmoniseringskontorets svarskrift.

15. Retten i Første Instans fandt således, at Harmoniseringskontoret ikke havde kompetence til at nedlægge påstand om annullation eller omgørelse af appelkamrenes afgørelser, og Retten afviste påstanden.

16. For så vidt angår sagens realitet gjorde Vedial gældende, at appelkammerets afgørelse indebar en tilsidesættelse af begrebet risiko for forveksling, således som det er fortolket af Domstolen, idet selskabet anførte, at det ældre varemærke i sig selv havde et meget stærkt særpræg, og at appelkammeret havde begået flere fejlvurderinger ved sammenligningen af de pågældende varemærker.

Hvad angår den fonetiske sammenligning, som er af relevans i denne sag, anførte Vedial, at appelkammeret ikke havde fastslået, at ligheden mellem tegnene vedrørte de omtvistede varemærkers dominerende bestanddele.

17. Harmoniseringskontoret understregede, at hvis Retten i Første Instans fastslog, at det ældre varemærkes dominerende bestanddel var fornavnet »HUBERT«, ville det være vanskeligt at benægte, at der var risiko for forveksling mellem de pågældende varemærker. Hvis Retten derimod fandt, at det ældre varemærke ikke var specielt særpræget, men udgjorde en helhed, hvoraf der ikke var nogen dominerende bestanddel, burde for-

6 — Den appellerede dom, præmis 11.

skellene mellem varemærkerne være tilstrækkelige til at udelukke enhver risiko for forveksling.

18. Retten anerkendte i dommen for det første, at appelkammeret med rette havde fundet, at visse af de omtvistede varer var identiske og andre af samme art.

19. Retten sammenlignede dernæst tegnene visuelt, fonetisk og begrebsmæssigt. Efter en omhyggelig analyse var det Rettens opfattelse, at de visuelle, fonetiske og begrebsmæssige forskelle mellem tegnene udgjorde en tilstrækkelig grund til at udelukke, at der var risiko for forveksling i den tilsigtede kundekreds' bevidsthed⁷.

20. Mere konkret udtrykte Retten i Første Instans sig på denne måde for så vidt angik den fonetiske undersøgelse:

»[...] fastslog appelkammeret, at det ældre varemærke har syv fonemer, og det ansøgte varemærke to. Desuden fandt det, at betoningen på fransk for det ældre varemærke foretages på første, tredje og femte stavelse,

og for det ansøgte varemærke på anden stavelse (punkt 31 i den anfægtede afgørelse).

Det skal bemærkes, at den af appelkammeret foretagne fonetiske analyse er korrekt. Det skal således fastslås, at den fælles bestanddel i de to tegn kun udgøres af det andet ord i ordkombinationen, som indgår i det ældre varemærke, der er sammensat af to ord og et tal. Heraf følger, at de omhandlede varemærker fra et fonetisk synspunkt ikke er sammenlignelige⁸.

Retsforhandlingerne for Domstolen

21. Vedials appelskrift blev indført i Domstolens register den 7. marts 2003.

Der er indleveret skriftlige indlæg af appellanten og Harmoniseringskontoret. Der er ikke afholdt retsmøde i sagen.

Sagen blev den 23. marts 2004 overgivet til Domstolens Anden Afdeling, der afsluttede behandlingen den 7. juni 2004.

7 — Den appellerede dom, præmis 63.

8 — Præmis 55 og 56.

Gennemgang af appelanbringenderne

havde fundet, at varemærket »Saint-Hubert 41« havde et stærkt særpræg på grund af den velkendthed, det havde opnået i Frankrig.

22. Appellanten har til støtte for sin appel påberåbt sig to principale anbringender og et subsidært anbringende.

Den appellerede dom tilsidesatte således dispositionsmaksimen ved i strid med parternes enighed at fastslå, at varemærkerne ikke lignede hinanden.

Det første appelanbringende

23. Vedial har med det første principale anbringende gjort gældende, at Retten i Første Instans tilsidesatte princippet om dispositionsmaksimen, hvorefter parterne har rådighed over sagen og kan afgrænse dens genstand.

26. Harmoniseringskontoret har rejst tvivl om dispositionsmaksimens rækkevidde inden for rammerne af en sag af forvaltningsretlig karakter, såsom sager vedrørende EF-varemærker.

24. Ifølge sagsøgeren forudsætter dette princip, at når der ikke er uenighed mellem parterne om et givet punkt, kan retten ikke ændre dette, medmindre punktet er i strid med grundlæggende retsprincipper.

Endvidere har Harmoniseringskontoret fremhævet særegenhederne ved den omhandlede klagesag, som er kendetegnet ved, at Harmoniseringskontoret ikke giver møde for appelkammeret, og hvis genstand er den retlige efterprøvelse af den afgørelse, der er truffet.

25. Vedial har påstået, at parterne på tidspunktet for den mundtlige forhandling ved Retten i Første Instans var enige om, at de omtvistede tegn lignede hinanden, selv om det kun var fonetisk set, og at der var risiko for forveksling for det tilfælde, at det ikke kunne foreholdes appelkammeret, at det

I den foreliggende sag behandlede Retten i henhold til sagsøgerens påstand det retlige begreb risiko for forveksling uden ved fortolkningen at være bundet af parternes opfattelse.

Endelig har Harmoniseringskontoret bemærket, at dets påstande for Retten i Første Instans ikke svarede til en aftale. Harmoniseringskontoret har til støtte herfor påberåbt sig to anbringender: for det første støttes dets holdning af appelkammerets afgørelse, og for det andet har France Distribution, der var modpart i sagen for Harmoniseringskontoret, og som intervenerede for Retten i Første Instans, ikke erklæret sig enig i dette spørgsmål.

delsen af partsautonomien⁹. Det tilkommer parterne, der har rådighed over sagen, ikke alene at anlægge sagen eller at afslutte den, men også at fastlægge dens genstand. Der er i sidste ende tale om den processuelle stadfæstelse af muligheden for at råde over egne rettigheder, der materielt giver sig udslag i kontraktsviljens forrang. Dette princip er begrundet i det forhold, at en — også potentiel eller formodet — indehaver af rettigheder over en genstand skal bevare denne mulighed for at råde med henblik på at gøre den retligt gældende og, helt eller delvist, kræve den eller overdrage den, ved at hæve sagen eller ved at tage bekræftende til genmæle, hvorved tvisten kort sagt defineres.

27. Hvis dette anbringende tages til følge, skal følgende efterprøves:

— i hvilket omfang finder dispositionsmaksimen anvendelse i retssager om retlig efterprøvelse af Harmoniseringskontorets afgørelser, der er truffet i en indsigelsessag, og i givet fald

— om det i den foreliggende sag kan udledes, at dette princip er tilsidesat.

29. Et andet princip, der adskiller sig fra dispositionsmaksimen i streng forstand — men som ikke desto mindre er nært forbundet hermed¹⁰ — er princippet om, at parterne fastlægger tvistens genstand (»Beibringungsgrundsatz«), som betyder, at det er parterne, der fremlægger sagens faktum i den form og i det omfang, som de har interesse i, hvilket således bestemmer dens genstand og binder retten, der er forpligtet til at træffe afgørelse i overensstemmelse med påstandene og de beviser, parterne har fremlagt¹¹.

30. I den civile retspleje skal det for effektivt at kunne gøre dispositionsmaksimen gæl-

28. Princippet om dispositionsmaksimen er meget nyttigt, når der skal redegøres for kendetegnene ved en — i almindelighed civilretlig — sag og er udtryk for anerken-

9 — W. Zeiss og K. Schreiber, *Zivilprozessrecht*, Mohr Siebeck, 2003, s. 64 ff.

10 — Og hvis navn princippet har lånt, i hvert fald i spansk teori.

11 — F. Ramos Méndez, *Derecho procesal civil*, Bosch, Barcelona, 1986, s. 347 og 348.

dende fastslås, dels at sagsøgeren har rådighed over tvisten, dels at tvistens genstand er dispositiv¹². Selv i civilretten er der situationer, hvor der ved siden af personers rettigheder er en tilsvarende eller fremherskende almen interesse, som indebærer en tilpasning, begrænsning eller ophævelse af princippet virkning. Dette er typisk tilfældet i visse sager inden for familieretten, hvori statsadvokatens deltagelse viser, at tvisten overskrider grænserne for en individuel fastlæggelse af de retlige forholds form¹³.

skal eller kan supplere anbringenderne, er begrænset som følge af domstolens forpligtelse til ikke at gå ud over sagens genstand og til at træffe afgørelse på grundlag af de faktiske omstændigheder, der er fremført. Denne begrænsning er begrundet i, at initiativet til en sag tilkommer parterne, idet domstolen kun kan handle af egen drift i undtagelsestilfælde, hvor almene hensyn kræver det. Dette princip beror på en retsopfattelse, som er fælles for de fleste af medlemsstaterne, med hensyn til forholdet mellem statsmagten og borgerne, det indebærer en beskyttelse af retten til kontradiktion, og det sikrer en hensigtsmæssig sagsbehandling, navnlig således, at forsinkelser som følge af en stillingtagen til nye anbringender undgås«.

31. Der er intet grundlag for at udelukke anvendelsen af dette grundlæggende princip i de processuelle regler for sager af forvaltningsretlig karakter, såsom sagerne for Harmoniseringskontoret. Anvendelsen i en konkret sag afhænger imidlertid af, om parterne kan påberåbe sig rettigheder til godet eller til den interesse, der er genstand for kravet, det vil sige det forhold, at de reelt har rådighed over tvisten¹⁴.

Domstolen ønskede med denne udtalelse at begrunde princippet tilstedeværelse i national ret med det formål at fritage de nationale retsinstanser fra forpligtelsen til af egen drift i sager, de behandler, at inddrage et nyt anbringende om tilsidesættelse af fællesskabsregler, hvorved de giver afkald på deres egen passivitet. Det forekommer imidlertid indiskutabelt, at dispositionsmaksimen også finder anvendelse ved Fællesskabets retsinstanser, selv om det skal tilpasses den særlige art af den tvist, som instansen skal behandle.

32. Domstolen har anerkendt princippet således¹⁵: »det nationale retsprincip om, at en domstol i en borgerlig sag af egen drift

12 — Samme sted, s. 348.

13 — O. Jauernig, *Zivilprozessrecht*, Beck, München, 1993, s. 72.

14 — V. Gimeno Sendra m.fl., *Derecho procesal administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, s. 63 og 64.

15 — Dom af 14.12.1995, forenede sager C-430/93 og C-431/93, Van Schijndel og Van Veen, Sml. I, s. 4705, præmis 20 og 21.

33. Princippet gyldighed illustreres af den mulighed, der er fastsat i artikel 77 i Domstolens procesreglement, for, at parterne

kan forlige sagen og frafalde ethvert krav. I så fald bestemmer præsidenten blot, at sagen slettes af registeret.

støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retshandlingerne (artikel 42, stk. 2).

Procesreglementet udelukker kun principets generelle anvendelse i annullationssager (artikel 230 EF) eller i sager, hvor en institutions undladelse skal fastslås (artikel 232 EF), netop fordi der skal foretages en objektiv bedømmelse af den pågældende retsakt.

Det følger af ovenstående, at Fællesskabets retsinstanser også er bundet af den faktiske ramme og de retlige anbringender, som parterne har gjort gældende.

Hvis sagsøgeren hæver sagen for Fællesskabets retsinstanser, har det ligeledes den følge, at sagen slettes af registeret (procesreglementets artikel 78).

34. Det er imidlertid væsentligt, at procesreglementet ikke indeholder nogen generel bestemmelse om sagsøgtes bekræftende genmæle. Forklaringen skal måske søges i, at det i en fællesskabsretlig tvist er usædvanligt, at parterne har fuld rådighed over tvisten.

Andre forhold, som i større eller mindre grad viser forskellige aspekter af dispositionsmaksimen ved Domstolen, er for eksempel procesreglementets bestemmelser om, at tvistens genstand fastlægges i stævningen, eller for så vidt angår traktatbrudssager i Kommissionens obligatoriske forudgående udtalelse, ligesom forbuddet mod at ændre tvistens genstand under en appel (artikel 113, stk. 2) eller den manglende mulighed for at fremsætte nye anbringender, medmindre de

Dette er naturligvis tilfældet med præjudicielle spørgsmål, hvor der er en dialog mellem retsinstanserne. Det er alene den nationale ret, der kan anmode om en præjudiciel afgørelse. Traktatbrudssager, annullationsspørgsmål eller passivitetsspørgsmål kan heller ikke afgøres med, at sagsøgte tager bekræftende til genmæle¹⁶.

16 — Jf. dog dom af 23.5.2000, sag C-58/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3811, og af 17.6.2001, sag C-255/03, Kommissionen mod Belgien, ikke trykt i Samling af Afgørelser, hvori Domstolen synes at lade forstå, at en medlemsstat kan tage bekræftende til genmæle over for Kommissionens påstand om, at der er begået et traktatbrud. Der er imidlertid ikke tale om relevant retspraksis i det omfang, det er mere sandsynligt, at Domstolen i de to tilfælde foretrak en elliptisk argumentation, idet den fandt, at den påståede tilsidesættelse var åbenlys.

35. Det skal imidlertid undersøges, om disse parametre skal anvendes i sager, hvor en afgørelse vedrørende varemærker truffet af Harmoniseringskontoret i en indsigelsessag, anfægtes.

36. Kan parterne råde over en tvist med disse kendetegn?

For at besvare dette ganske abstrakte spørgsmål skal det fastslås, om der står andre retlige interesser på spil end parternes interesse.

37. På grundlag af Domstolens faste praksis om varemærkets funktion kan det, i det mindste foreløbigt, udledes, at dette instrument inden for den intellektuelle ejendomsret ikke kun tjener til at beskytte de virksomheder, der er indehavere heraf, idet Domstolen altid har fundet, at varemærkets væsentligste funktion er at »garantere oprindelsen af den vare eller tjenesteydelse, der er omfattet af varemærket, over for forbrugeren eller den endelige bruger, som dermed bliver i stand til uden risiko for forveksling at adskille varen eller tjenesteydelsen fra varer eller tjenesteydelser med en anden oprindelse«, og har tilføjet, »at varemærket, for at det kan udøve sin funktion som en væsentlig bestanddel af den ordning med loyal konkurrence, som skal gennemføres efter trak-

taten, skal udgøre en garanti for, at alle varer eller tjenesteydelser, der er forsynet med det, er blevet fremstillet under kontrol af én bestemt virksomhed, der er ansvarlig for deres kvalitet«¹⁷.

38. Domstolen har ved fortolkningen af betingelsen om konkret fornødent særpræg i forbindelse med undersøgelsen af de i artikel 5, stk. 1, litra b), i direktiv 89/104/EØF¹⁸ omhandlede absolutte registreringshindringer udtalt, at bestemmelsen har til formål at garantere, at varemærket er »egnet til at identificere den vare, for hvilken der ansøges om registrering, som hidrørende fra en bestemt virksomhed, og dermed til at adskille denne vare fra andre virksomheders«¹⁹.

39. Det kan let udledes af denne retspraksis, at der ved siden af varemærkeindehaverens interesse, er en almen interesse, som består i, at forbrugeren ved hjælp af dette tegn får kendskab til varernes forretningsmæssige oprindelse. I så fald består den almene interesse i at undgå risikoen for forveksling.

17 — Dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 28.

18 — Rådets første direktiv af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), der på alle punkter er identisk med den tilsvarende bestemmelse i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

19 — Dom af 4.5.1999, forenede sager C-108/97 og C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Sml. I, s. 2779, præmis 46, af 18.6.2002, sag C-299/99, Philips, Sml. I, s. 5475, præmis 35, af 8.4.2003, forenede sager C-53/01 — C-55/01, Linde m.fl., Sml. I, s. 3161, præmis 40, og af 12.2.2004, sag C-218/01, Henkel, Sml. I, s. 1725, præmis 48.

Denne risiko opstår i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, såfremt der på et givet marked findes to identiske eller lignende varemærker, som betegner varer, der ligeledes er identiske eller af samme art.

40. Denne løsning, som ganske vist er fristende, undermineres af den måde, hvorpå fællesskabslovgiver har udformet indsigelsesproceduren.

41. I overensstemmelse med det, der er fastsat i afsnit IV, anden, tredje og fjerde afdeling, i forordning nr. 40/94, foretager Harmoniseringskontoret, når det har efterprøvet, at et tegn, der er søgt registreret, ikke er omfattet af de absolutte registreringshindringer, en søgning på de ældre EF-varemærker eller ansøgninger, hvis indehavere kan rejse indsigelse mod registreringen i henhold til artikel 8. De nationale myndigheder, der svarer til Harmoniseringskontoret, forholder sig på samme måde med hensyn til gyldige varemærker på deres respektive områder.

42. Harmoniseringskontoret skal herefter offentliggøre registreringsansøgningen ved at underrette alle indehavere af ældre EF-varemærker og nationale varemærker i søgningsrapporterne om offentliggørelsen.

43. I henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94 er det kun indehaverne af ældre varemærker, der kan rejse indsigelse mod registreringen af et nyt tegn med begrundelsen i artikel 8, som omfatter den risiko for forveksling, der er omtvistet i denne sag. Hverken Harmoniseringskontoret, de nationale myndigheder eller noget andet offentligt organ er beføjet til at indlede denne procedure.

44. Heraf følger, at hvis ikke indehaveren af det ældre varemærke tager initiativet, er der intet til hinder for at registrere tegn, der kan medføre forveksling i forbrugers bevidsthed, eller endog tegn, der er identiske med andre allerede registrerede varemærker, og som skal betegne varer af samme art [tilfældet i artikel 8, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94]. Indehaveren af det ældre varemærke kan ligeledes frit råde over sin ret til at rejse indsigelse.

45. Denne ordning, der lader overholdelsen af de relative registreringshindringer være helt op til de private erhvervsdrivende, kan i visse tilfælde være til hinder for, at varemærket opfylder sit formål, der er at garantere forbrugeren en bestemt forretningsmæssig oprindelse. Man må imidlertid forstå, at lovgiver, der var bevidst om den forretningsmæssige virkelighed, besluttede, at denne ordning sandsynligvis i praksis var mere effektiv, og accepterede den risiko, jeg har antydnet, som værende af mindre betydning.

46. Da indehaveren af det ældre varemærke frit kan råde over sin rettighed i forbindelse med registreringen, ville det på samme måde være helt ulogisk at anvende andre kriterier ved den efterfølgende retlige kontrol.

47. Der er derfor ikke tvivl om, at indehaveren af det ældre varemærke har den samme rådighedsret ved Fællesskabets retsinstanser, og dette i samme omfang, som under forvaltningssagen.

48. Dette er årsagen til, at procesreglementet for Retten i Første Instans — når den nævnte indehaver er intervenient — giver ham samme rettigheder som den part, der formelt er sagsøgt, nemlig Harmoniseringskontoret som ophavsmand til den anfægtede afgørelse. Der er fastsat noget tilsvarende for indehaveren af det yngre varemærke, når han anfægter en afgørelse fra appelkammeret, hvorved indsigelsessagen blev afgjort til hans ugunst. Artikel 134 bestemmer nemlig, at parterne under sagen for appelkammeret bortset fra sagsøgeren kan deltage i sagen for Retten som intervenienter (stk. 1), og at de i så fald har »samme rettigheder under sagen som de oprindelige parter« og kan nedlægge påstande og fremføre anbringender, der er selvstændige i forhold til de oprindelige parter (stk. 2).

49. Det følger af ovenstående, at indehaveren af det ældre varemærke uden forbehold kan råde over sin ret til at rejse indsigelse, også ved retsinstanser, i overensstemmelse med den retsstilling, som forordning nr. 40/94 tildeler ham under forvaltningssagen.

50. Endvidere kan det modsætningsvist udledes, at Harmoniseringskontoret ikke har denne ret. Harmoniseringskontorets rolle som sagsøgt er begrænset og udtømmes med forsvaret af lovligheden af den afgørelse, som et af dets organer, nemlig det pågældende appelkammer, har truffet. Harmoniseringskontoret kan hverken anfægte afgørelsens gyldighed, således som Retten med rette anførte i den appellerede dom²⁰, eller endnu mindre have rådighed over tvisten, idet forordning nr. 40/94 ikke giver Harmoniseringskontoret mulighed for at rejse indsigelse mod registreringen af et tegn, der er omfattet af en relativ registreringshindring i artikel 8.

51. På baggrund af ovenstående må det første appelanbringende forkastes, uden at der tages stilling til den nøjagtige rækkevidde af den påståede enighed, som parterne nåede til for Retten i Første Instans: Harmoniseringskontoret har ikke »rådighed over tvi-

20 — Jf. punkt 12-14 ovenfor.

sten«, og det har dermed ikke den tilhørende mulighed for at afgrænse sagens genstand.

enhver mulighed for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det ældre varemærke.

Det andet appelanbringende

52. Det andet appelanbringende, der ligesom det første appelanbringende er gjort gældende som et principalt anbringende, omhandler det forhold, at Retten i det mindste burde have genåbnet de mundtlige forhandlinger for at meddele parterne, at den ikke kunne tilslutte sig parternes enighed om, at der var en fonetisk lighed mellem de omtvistede varemærker.

53. Dette anbringende kan kun tages til følge, hvis det er godtgjort, at Retten støttede sin afgørelse på argumenter, der ikke blev fremført under sagen. Det ville for eksempel være tilfældet, hvis Retten havde støttet sig på artikel 8, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94.

54. I denne sag blev Retten i Første Instans anmodet om at tage stilling til, hvorvidt appelkammeret havde anvendt begrebet risiko for forveksling korrekt. Det er tilstrækkeligt at sige, at argumentationen i den appellerede doms præmis 41 ff. behandler dette spørgsmål og konkludere, at appelkammeret ikke begik nogen fejl ved at afvise

Hvad angår den hævdede fonetiske lighed begrænsede Retten sig til at undersøge korrektheden af det af appelkammeret anvendte kriterium, idet Retten udtalte, at de omtvistede varemærker ikke var sammenlignelige (den appellerede dom, præmis 56), eller at de ikke kunne anses for identiske eller lignende (præmis 62), mens appelkammeret havde anført, at der ikke var en høj grad af lighed mellem de to tegn (afgørelsens punkt 33). Denne forskellige formulering er uden betydning, eftersom den ikke indebærer nogen retlig følge for anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, navnlig fordi appelkammeret selv tilsluttede sig den hypotese — som Retten i Første Instans efterfølgende forkastede — at det ældre varemærke var meget velkendt i Frankrig.

55. Det forhold, som er understreget i den appellerede dom, at Harmoniseringskontoret i sine påstande for Retten forkastede appelkammerets udtalelse, idet det anerkendte, at »hvis det ældre varemærke med rette kunne opfattes som et velkendt varemærke, måtte det heraf sluttes, at der foreligger risiko for forveksling med det ansøgte varemærke« (præmis 31), ændrer ikke grænserne for en tvist, som — således som jeg har forklaret ved gennemgangen af det første anbringende — Harmoniseringskontoret ikke kan råde over.

56. Af disse årsager skal det andet appelanbringende forkastes.

Det tredje appelanbringende

57. Med det tredje appelanbringende, som appellanten subsidiært har gjort gældende, kritiseres den appellerede dom for en ukorrekt anvendelse af begrebet »risiko for forveksling« og »relevant kundekreds« med henblik på artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Vedral har gjort fire klagepunkter gældende.

58. Den første fejl består i, at det i præmis 62 anføres, at kundekredsen, når den ser de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke og af det ældre varemærke, ikke tillægger dem den samme handelsmæssige oprindelse. Ifølge appellanten omfatter risikoen for forveksling ligeledes muligheden for, at kundekredsen tror, at der er en økonomisk forbindelse mellem virksomhederne.

59. Denne påstand er i bedste fald irrelevant. Da Retten i Første Instans i den appellerede

doms præmis 48 til 59 var nået til det resultat, at tegnene ikke havde nogen lighed med hinanden (som det i kategoriske vendinger blev bemærket i præmis 65), er der hverken risiko for forveksling eller risiko for, at der antages at være en forbindelse, som appellanten har henvist til. Når der ikke er en sådan lighed, er det helt unødvendigt at spørge, om kundekredsen troede, at de varer, der blev angivet ved det yngre varemærke, stammede fra en virksomhed, der var økonomisk forbundet med indehaveren af det ældre varemærke.

Herudover udtaltes det i dommen fra førsteinstansen — i præmis 62 — at »[d]er er følgelig ingen risiko for, at den tilsigtede kundekreds fastslår en forbindelse mellem de varer, der angives ved hvert af de to mærker, som fremkalder forskellige forestillinger«.

60. Den anden fejl findes i præmis 63, hvori det anføres, at »selv om der i visse henseender dels er identitet, dels lighedspunkter mellem de af de omtvistede varemærker omfattede varer, udgør de visuelle, fonetiske og begrebsmæssige forskelle mellem tegnene en tilstrækkelig grund til at udelukke, at der er risiko for forveksling i den tilsigtede kundekreds' bevidsthed«, mens den korrekte fremgangsmåde ifølge appellanten havde været at anvende en helhedsvurdering af det pågældende tegn og at bedømme, om der var en sådan identitet eller lighed, at den kunne medføre risiko for forveksling.

61. Dette argument må afvises af lignende grunde som dem, der er redegjort for vedrørende det første klagepunkt: Retten fandt, at tegnene ikke havde nogen lighed med hinanden, og appellanten har ikke gyldigt anfægtet denne forudsætning. Det er således overflødigt at redegøre for, under hvilke betingelser to forskellige tegn kan give anledning til risiko for forveksling.

62. Den tredje fejl, som appellanten har påpeget i forhold til den appellerede dom, består i den fejlagtige anvendelse af reglen om indbyrdes afhængighed. Ifølge Vedral må Domstolen, når den finder, at Retten i Første Instans har fastslået en vis lighed, i det mindste fonetisk, mellem tegnene, gå ud fra, at denne svage lighed opvejes af varernes lighed og det ældre varemærkes stærke særpræg, og følgelig konstatere, at der foreligger en risiko for forveksling.

63. Dette led i anbringendet er klart ubegrundet, idet det bygger på en forkert forudsætning, eftersom Retten aldrig fastslog, at der var den hævdede fonetiske lighed mellem tegnene. Retten udtalte derimod, at tegnene ikke kunne anses for identiske eller for at ligne hinanden (præmis 65), hvilket appellanten ikke har bestridt. Denne påstand skal derfor forkastes.

64. Endelig har Vedral kritiseret præmis 62 i den appellerede dom for at tilsidesætte begrebet risiko for forveksling, idet appellanten er af den opfattelse, at den relevante kundekreds er sammensat af forbrugere, der kan tænkes at købe de pågældende varer, og ikke af alle de personer, som konfronteres med varemærket.

65. Dette argument har ikke større relevans end de foregående. Da tegnene ikke ligner hinanden, er det uden interesse nøjagtigt at afgrænse den kundekreds, som udsættes for en risiko for forveksling, som pr. definition ikke kan opstå.

På baggrund af denne betragtning er det pågældende begreb blevet korrekt præciseret i den appellerede doms præmis 62. I henhold til Domstolens praksis er den relevante kundekreds ved vurderingen af et varemærkes særpræg gennemsnitsforbrugeren af de varer eller tjenesteydelser, der er tale om²¹.

66. Det tredje anbringende kan derfor ikke tiltrædes og må forkastes som irrelevant og åbenbart ugrundet.

21 — Jf. de i fodnote 19 omtalte domme, Philips, præmis 63, Henkel, præmis 50, og Linde m.fl., præmis 50, i forbindelse med direktiv 89/104.

Sagens omkostninger

67. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, der finder anvendelse i en appelsag i overensstemmelse med artikel 118, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger. Jeg foreslår derfor, at appellantens tilpligtes at betale sagens omkostninger, da alle appellantens anbringender er forkastet.

Forslag til afgørelse

68. Da alle de påberåbte anbringender er irrelevante af de anførte grunde, foreslår jeg Domstolen at forkaste appellen af Rettens dom og følgelig pålægge appellantens at bære sagens omkostninger.