

RETTENS DOM (Tredje Afdeling)

24. november 2005 *

I sag T-346/04,

Sadas SA, Tourcoing (Frankrig), ved avocat A. Bertrand,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

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

* Processprog: fransk.

LTJ Diffusion SA, Colombes (Frankrig), ved advokats F. Fajgenbaum og S. Lederman,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 7. juni 2004 af Første Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 393/2003-1) vedrørende en indsigelsessag mellem Sadas SA og LTJ Diffusion SA,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Jaeger, og dommerne V. Tiili og O. Czúcz,
justitssekretær: fuldmægtig I. Natsinas,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 17. august 2004,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 31. januar 2005,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 20. januar 2005,

efter retsmødet den 6. juli 2005,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

- 1 Den 9. september 1996 indgav sagsøgeren en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i medfør af Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret.
- 2 Varemærket, der er søgt registreret, er ordmærket ARTHUR ET FELICIE.
- 3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 16, 24 og 25 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 — efter den begrænsning, som sagsøgeren har foretaget under indsigelsessagen — til følgende beskrivelse:

— klasse 16: »Postordrekatalog«

- klasse 24: »Vævede stoffer til tekstilfabrikation; senge- og bordtæpper«
- klasse 25: »Beklædningsgenstande, fodtøj (dog ikke ortopædisk fodtøj), hovedbeklædning; alle varer er til børn og sælges pr. postordre og i specialforretninger, der distribuerer katalogvarerne«.
- 4 Varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 24/98 af 6. april 1998.
- 5 Den 2. juli 1998 rejste intervenienten i medfør af artikel 42 i forordning nr. 40/94 indsigelse mod registrering af det ansøgte varemærke. Indsigelsen var dels støttet på den franske registrering med nr. 17 731 af 16. juni 1983, der blev fornyet den 14. juni 1993, dels på den internationale registrering med nr. 539 689 af 31. maj 1989, der har retsvirkning i Tyskland, Østrig, Spanien og i Benelux-landene. De to ældre figurmærker er udformet på følgende måde:
- 
- 6 Indsigelsen var rettet mod en del af de varer, der er omhandlet af EF-varemærkeansøgningen, nemlig varer, der henhører under klasse 24 og 25. Indsigelsen var støttet på alle de varer, som de ældre varemærker betegner, nemlig »tekstilvarer, konfektion såvel som beklædning efter mål, herunder også støvler, sko og hjemmesko«, der henhører under klasse 25.

- 7 Til støtte for indsigelsen blev anført de grunde, der nævnes i artikel 8, stk. 1, litra a) og b), i forordning nr. 40/94.
- 8 Ved afgørelse af 8. oktober 1999 (herefter »Indsigelsesafdelingens afgørelse af 8. oktober 1999«) forkastede Indsigelsesafdelingen indsigelsen. Den fandt, at de omtvistede tegn hverken var identiske eller lignede hinanden, og at der, da intervenienten ikke havde fremlagt nogen oplysninger af betydning for bedømmelsen af risikoen for forveksling, såsom dokumenter, der gjorde det muligt at vurdere kendskabet til de ældre varemærker i de omhandlede lande, ikke kunne være nogen risiko for forveksling, som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, uanset om de varer, som de omhandlede varemærker betegnede, var af samme eller lignende art, og at det derfor ikke var nødvendigt at foretage en sammenligning af varerne.
- 9 Den 7. december 1999 indgav intervenienten en klage over Indsigelsesafdelingens afgørelse af 8. oktober 1999 til Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 57-62 i forordning nr. 40/94.
- 10 Ved afgørelse af 19. juni 2002 afslog Tredje Appellkammer klagen i relation til artikel 8, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94 og annullerede Indsigelsesafdelingens afgørelse af 8. oktober 1999, for så vidt som den forkastede indsigelsen med den begrundelse, at der ikke var nogen risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker. Appellkammeret fastslog, at der var væsentlige lighedspunkter mellem varemærkerne og hjemviste sagen til Indsigelsesafdelingen, således at denne kunne tage stilling til, om der var en risiko for forveksling, hvis der blev taget hensyn til bl.a. en sammenligning af varerne, den begrænsning af listen over de varer, som sagsøgeren gjorde krav på, samt betydningen af de nye dokumenter, som de to parter havde fremlagt, og som efter appellkammerets opfattelse kunne indgå i sagsakterne.

- 11 Ved afgørelse af 22. april 2003 (herefter »Indsigelsesafdelingens afgørelse«) tog Indsigelsesafdelingen delvis indsigelsen til følge. Indsigelsesafdelingen fastslog for det første, at de omhandlede varemærker ikke var identiske, og at artikel 8, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94 ikke fandt anvendelse. Den fastslog for det andet, at der for varer, der henhører under klasse 25, var en risiko for forveksling, herunder en risiko for, at der antages at være en forbindelse mellem varemærkerne. Indsigelsesafdelingen konstaterede endvidere, at det ældre franske varemærke nød en vis anerkendelse på det franske marked.
- 12 Den 18. juni 2003 indgav sagsøgeren en klage over Indsigelsesafdelingens afgørelse til Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 57-62 i forordning nr. 40/94.
- 13 Ved afgørelse af 7. juni 2004 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Første Appellkammer klagen. Det fandt — i betragtning af de væsentlige lighedspunkter mellem varemærkerne, den omstændighed, at de berørte varer var af samme art, og det ældre varemærkes anerkendelse på markedet — at de visuelle og fonetiske forskelle, der var en følge af, at det ansøgte varemærke indeholdt ordene »et« og »Félicie«, ikke var af en sådan art, at det kunne afvises, at der hos de franske forbrugere kunne opstå en risiko for forveksling med hensyn til varer, der henhører under klasse 25.

Parternes påstande

- 14 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse ændres.

- Indsigelsesafdelingens afgørelse annulleres.
- Intervenienten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

15 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

- Harmoniseringskontoret frifindes.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

16 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

- Den anfægtede afgørelse stadfæstes.
- Indsigelsesafdelingens afgørelse stadfæstes.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger i henhold til artikel 81 i forordning nr. 40/94.

Hvorvidt dokumenterne, der først er fremlagt for Retten, kan admitteres

- 17 Intervenienten har gjort gældende, at bilag 15 og bilag 21-30 til stævningen er nye sagsakter, idet de ikke har været fremlagt for Harmoniseringskontoret. Dokumenterne kan derfor ifølge intervenienten ikke admitteres.
- 18 Bilag 22-24 og bilag 26 og 27 indeholder udskrifter fra internetsider, der er udskrevet efter, at sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret var afsluttet. Bilag 25 indeholder resultaterne af en opinionsundersøgelse, der er blevet foretaget af meningsmålingsinstituttet Ipsos (herefter »Ipsos' opinionsundersøgelse«) mellem den 22. og den 28. juli 2003, og som heller ikke indgik i Harmoniseringskontorets sagsakter. Desuden har bilag 16, der indeholder resultaterne af en søgning på internettet fra den 17. juni 2003, heller ikke været fremlagt for Harmoniseringskontoret.
- 19 Disse bilag, der for første gang er blevet fremlagt for Retten, kan således ikke tages i betragtning. Et søgsmål ved Retten har til formål at efterprøve lovligheden af afgørelser truffet af Harmoniseringskontorets appelkamre, jf. artikel 63 i forordning nr. 40/94, hvorfor Rettens opgave ikke er at foretage en fornyet undersøgelse af de faktiske omstændigheder i lyset af dokumenter, der for første gang fremlægges for Retten. Der skal derfor ses bort fra nævnte dokumenter, og det er uforholdsmæssigt at undersøge deres beviskraft (Rettens dom af 18.2.2004, sag T-10/03, Koubi mod KHIM — Flabesa (CONFORFLEX), Sml. II, s. 719, præmis 52, af 29.4.2004, sag T-399/02, Eurocermex mod KHIM (formen på en ølflaske), Sml. II, s. 1391, præmis 52, af 10.11.2004, sag T-396/02, Storck mod KHIM (et bolsjes form), Sml. II, s. 3821, præmis 24, og af 21.4.2005, sag T-164/03, Ampafrance mod KHIM — Johnson & Johnson (monBeBé), Sml. II, s. 1401, præmis 29).
- 20 Bilag 15 og 21 gengiver henholdsvis en afgørelse af 25. juli 2001 truffet af Første Appellkammer og en dom af 23. januar 2004 afsagt af Tribunal de grande instance de

Paris. Selv om disse bilag fremlægges for første gang for Retten, er disse dokumenter ikke egentlige beviser, men angår Harmoniseringskontorets afgørelsespraksis og den nationale retspraksis. En sådan praksis har en part ret til at henvise til, også selv om den er af senere dato end sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret.

- 21 Bilag 28-30 består af aktstykker, som i henhold til Rettens procesreglement skal fremlægges, nemlig et udskrift fra handels- og selskabsregistret, som vedrører sagsøgeren, en kopi af et identitetsbevis for selskabets repræsentant og dennes fuldmagt. Disse bilag kan derfor admitteres.

Realiteten

- 22 Sagsøgeren har til støtte for søgsmålet i det væsentlige som det eneste anbringende anført, at artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er blevet tilsidesat.
- 23 Sagsøgeren har hovedsagelig gjort gældende, at appelkammeret har undladt at tage hensyn til flere faktorer, som ville have ført det til den konklusion, at der ikke er nogen risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker. Disse faktorer er navnlig den omstændighed, at det ældre varemærke i sig selv har en ringe grad af særpræg, da der er registreret et tocifret antal varemærker for tøj, som indeholder ordet »Arthur«, den omstændighed, at man på markedet havde kendskab til det ansøgte tegn, allerede før der blev rejst indsigelse, at de omhandlede varemærker har eksisteret side om side på det franske marked, at opbygningen af distributionen og distributionskanalerne er forskellig, at der er forskel på de varetyper, der udbydes til salg af sagsøgeren og intervenienten, og endelig Ipsos' opinionsundersøgelse, som viser, at det helt kan afvises, at der er en risiko for forveksling.

- 24 Harmoniseringskontoret og intervenienten har anført, at appelkammeret har foretaget en korrekt bedømmelse af risikoen for forveksling.
- 25 Retten bemærker, at det følger af 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, såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre mærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art. Risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke. I henhold til artikel 8, stk. 2, litra a), nr. ii) og iii), i forordning nr. 40/94 skal der ved ældre varemærker forstås varemærker, som er registreret i en medlemsstat, og varemærker, som er genstand for en international registrering med retsvirkning i en medlemsstat, hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EF-varemærkeansøgningen.
- 26 Ifølge fast praksis udgør 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, en risiko for forveksling.
- 27 Ifølge samme retspraksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling i henhold til den opfattelse, som den relevante kundekreds har af de pågældende varemærker og de omhandlede varer eller tjenesteydelser, under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde, især den indbyrdes afhængighed mellem ligheden mellem varemærkerne 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).

Den relevante kundekreds

- 28 I det foreliggende tilfælde er de ældre varemærker et nationalt fransk varemærke og et internationalt varemærke, der har retsvirkning i Tyskland, Østrig, Spanien og i Benelux-landene. Den anfægtede afgørelse er udelukkende baseret på det ældre franske varemærke, hvad der ikke er bestridt af parterne. Rettens behandling må derfor begrænses til at angå risikoen for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det ældre franske varemærke (herefter »varemærket Arthur«) og dermed til Frankrig som geografisk område.
- 29 Sagsøgeren har anfægtet definitionen af den relevante kundekreds med henvisning til, at kundekredsen ikke er den samme for de varer, der markedsføres af intervenienten, som for dem, sagsøgeren markedsfører, da det kun er sagsøgerens varer, der er bestemt til børn mellem to og tolv år. Dette argument kan ikke tiltrædes. I det omfang det er voksne, der køber de beklædningsgenstande, der er bestemt til børn, må de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke, anses for at være henvendt til såvel voksne som børn. Det samme gælder for intervenientens varer, idet disse også kan omfatte beklædning bestemt til børn.
- 30 Eftersom de omhandlede varer er almindelige forbrugsvarer, er den tilsigtede kundekreds derfor den franske gennemsnitsforbruger, der må anses for at være almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet.

Sammenligning af varerne

- 31 Appellkammeret fandt, at de varer, der er dækket af det ældre varemærke, er af samme art som dem, sagsøgeren har gjort krav på.

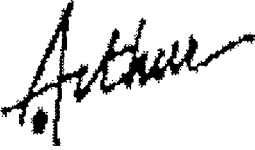
- 32 Sagsøgeren har anfægtet denne betragtning, idet selskabet har understreget, at selv om begge varemærker omfatter beklædningsgenstande, består de genstande, som intervenienten sælger, næsten udelukkende af hjemmebeklædning (underbenklæder, pyjamas, m.v.) til mænd, kvinder og børn, mens sagsøgeren sælger bytøj og sko, der udelukkende er bestemt til børn mellem to og tolv år. Det tøj, som sagsøgeren og intervenienten udbyder, har således ikke samme funktion. Desuden er afsætningsmetoderne ikke de samme, idet sagsøgeren distribuerer sine varer pr. postordre og ved fjernsalg, hvorimod intervenienten hovedsagelig sælger sine varer i varehuse og i butikker. Den ringe andel (5%) af salget, som intervenientens salg pr. postordre udgør, samt den ringe andel (5%) af salget, som sagsøgerens salg i butikker udgør, er ikke tilstrækkelig til, at det kan fastslås, at afsætningsmetoderne er de samme.
- 33 Ved bedømmelsen af ligheden mellem de pågældende varer eller tjenesteydelser skal der tages hensyn til alle de relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem varerne eller tjenesteydelserne. Disse faktorer omfatter navnlig deres art, deres anvendelsesformål og benyttelsen af dem, samt om de er i et konkurrenceforhold eller supplerer hinanden (jf. analogt Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 23).
- 34 Eftersom de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, indbefatter de varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen, antages disse varer desuden at være af samme art (jf. i denne retning Rettens dom af 23.10.2002, sag T-104/01, Oberhauser mod KHIM — Petit Liberto (Fifties), Sml. II, s. 4359, præmis 32 og 33).
- 35 Det bemærkes, at sammenligningen af varer skal omfatte de varer, der er omfattet af registreringen af de omhandlede varemærker, og ikke de varer, i forhold til hvilke varemærket reelt er blevet brugt, medmindre det i forbindelse med en begæring i henhold til artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 viser sig, at det ældre varemærke kun har været anvendt for en del af de varer, for hvilke det er registreret. I så fald anses det ældre varemærke kun som registreret for denne del af varerne.

Der er imidlertid ikke fremsat en sådan begæring i det foreliggende tilfælde. De varer, der er omfattet af det ældre varemærke, og som skal tages i betragtning ved en sammenligning af varerne, er således samtlige de varer, for hvilke det pågældende varemærke er registreret.

- 36 I det foreliggende tilfælde er de varer, for hvilke det ældre varemærke er blevet registreret »tekstilvarer, konfektion såvel som beklædning efter mål, herunder også støvler, sko og hjemmesko«, der henhører under klasse 25. De varer, som sagsøgeren har gjort krav på, og som er omhandlet i denne sag, er »beklædningsgenstande, fodtøj (dog ikke ortopædisk fodtøj), hovedbeklædning; alle disse varer er til børn og sælges pr. postordre og i specialforretninger, der distribuerer katalogvarerne«, der henhører under klasse 25.
- 37 Det bemærkes, at sidstnævnte varer er indeholdt i den førstnævnte varegruppe. Den varegruppe, for hvilke det ældre varemærke er registreret, er nemlig hverken begrænset til bestemte aldersklasser eller til en bestemt afsætningsmetode.
- 38 Da de varer, der er dækket af det ældre varemærke, ligeledes kan være bestemt til børn, kan henvisningen til denne bestemte kundekreds i ansøgningen om EF-varemærket — som Harmoniseringskontoret med rette har fastslået — ikke ændre det forhold, at de omhandlede varer er af samme art. Det bemærkes endvidere, at der i registreringsansøgningen om det ældre varemærke ikke er angivet nogen bestemt afsætningsmetode, hvilket indebærer, at de varer, der er dækket af det ældre varemærke, også — i lighed med de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke — kan distribueres pr. postordresalg, bl.a. via et katalog.
- 39 Det skal derfor fastslås, at appelkammeret ikke har begået nogen fejl ved at fastslå, at de varer, som de omtvistede varemærker betegner, er af samme art.

Sammenligning af tegnene

- 40 Som det fremgår af retspraksis, skal helhedsvurderingen af risikoen for forveksling for så vidt angår de omtvistede varemærkers visuelle, lydlige 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).
- 41 Sagsøgeren har anført, at de omhandlede tegn ikke ligner hinanden, hvorimod Harmoniseringskontoret og intervenienten har påstået, at de ligner hinanden.
- 42 Det er følgende tegn, der skal sammenlignes:

	ARTHUR ET FELICIE
Det ældre varemærke	Det ansøgte varemærke

- 43 Det bemærkes, at appelkammeret i den anfægtede afgørelse kun har anført en betragtning om de »væsentlige lighedspunkter mellem varemærkerne«. Den

begrundelse, der danner grundlag for appelkammerets betragtning, fremgår af Indsigelsesafdelingens afgørelse og er affattet som følger:

»Det ligger fast, at ordet »[A]rthur« er fælles for de to varemærker. Dette ord er det eneste ord i det ældre varemærke og er den visuelle og lydlige bestanddel, der er fremtrædende i EF-varemærkeansøgningen. Selv om der er anvendt en særlig kalligrafi til det ældre varemærke, skal der ikke tillægges det figurative aspekt af det ældre varemærke for stor betydning. Ordet »[A]rthur« i det ældre varemærke er fuldt ud læsbart. Det er endog den bestanddel af varemærket, der har dominans og særpræg. Det er klart, at tilføjelsen af ordet »[F]élicie« i ansøgningen om EF-varemærket er en bestanddel, der adskiller de to mærker, men ordets betydning formindskes af den omstændighed, at det er placeret til sidst. Den almindeligt opmærksomme gennemsnitsforbrugers opmærksomhed vil først og fremmest blive fanget af den bestanddel, der er fremtrædende: ordet »[A]rthur«. På det begrebsmæssige plan kan [appelkammeret] ikke udelukke den tanke, at ansøgningen om EF-varemærket i offentlighedens bevidsthed kan opfattes som en udvidelse af det varesortiment, der går under varemærkebetegnelsen Arthur. Ansøgningen om EF-varemærket kan opfattes som en variant af det ældre varemærke, der skal vise, at varemærket fremover også henvender sig til kvinder. [Appelkammeret] er derfor af den opfattelse, at der er væsentlige lighedspunkter mellem varemærkerne.«

- 44 Sagsøgeren har gjort gældende, at det varemærke, som selskabet søger registreret, er et sammensat varemærke, der består af tre ord og er anmeldt i form af trykte blokbogstaver af skrifttypen »bâton simple«, hvorimod det ældre varemærke består af et enkelt ord, der er anmeldt i form af en sammenhængende håndskreven signatur, hvor der er sat et punktum mellem de to ben på bogstavet »a«. Den forskellige fremtræden af det fælles ord »Arthur«, hvis særpræg i sig selv er svagt, samt forekomsten af ordet »Félicie« i det ansøgte varemærke udgør ifølge sagsøgeren bestanddele, der i væsentlig grad adskiller de to mærker. Den fremtrædende placering af ordet »Arthur« i det ansøgte varemærke bliver desuden i vidt omfang reduceret i kraft af den tyngde, der ligger i ordene »et« og »Félicie«, selv om de står sidst.

- 45 Disse argumenter kan ikke tiltrædes.

- 46 Ordbestanddelen »Arthur« skal anses for at være den dominerende bestanddel af det ældre varemærke, da de figurative elementer forbliver af sekundær betydning, idet punktummet er uden betydning, og den særlige kalligrafi ikke gør det muligt at fastslå oprindelsen af de betegnede varer uafhængigt af ordet »Arthur«. Hvad angår det ansøgte varemærke består det af den sideordnende konjunktion »et« og af to ord »Arthur« og »Félicie«, som, hvis det ikke var for deres placering, ikke umiddelbart kunne tillægges forskellig vægt. Da det pågældende mærke imidlertid begynder med ordet »Arthur«, kan dette anses for at være den dominerende bestanddel af det ansøgte varemærke.
- 47 På det visuelle plan kan sammenligningen af tegnene — da de figurative bestanddele af det ældre varemærke er subsidiære i forhold til ordbestanddelen — foretages udelukkende på grundlag af ordbestanddelen, dog under skyldig hensyntagen til princippet om, at risikoen for forveksling med hensyn til ligheden mellem tegnene skal bedømmes på grundlag af det helhedsindtryk, som tegnene giver. Da det ældre varemærke Arthur fuldt ud er indeholdt i det ansøgte varemærke ARTHUR ET FELICIE, er den forskel, der opstår ved, at ordene »et« og »Félicie« er tilføjet sidst i det ansøgte varemærke, derfor ikke tilstrækkelig væsentlig til at fjerne den lighed, der opstår ved, at der i begge indgår det ansøgte varemærkes dominerende bestanddel, dvs. ordet »Arthur«. Da varemærket ARTHUR ET FELICIE er søgt registreret som ordmærke, er der endvidere intet til hinder for at anvende det med forskellige skrifttyper, som f.eks. i en form, der svarer til det ældre varemærkes form. Det følger heraf, at de omhandlede tegn skal anses for visuelt at ligne hinanden.
- 48 På det fonetiske plan har sagsøgeren gjort gældende, at udtalen af varemærket ARTHUR ET FELICIE, der indeholder seks stavelser, er »meget rigere og længere« end varemærket Arthur, der indeholder to stavelser. Varemærkerne skulle derfor være meget forskellige både med hensyn til deres sekvenser og deres respektive rytme, som med hensyn til antallet af ordbestanddele.
- 49 Disse argumenter kan ikke tiltrædes. Den fuldstændige optagelse af det tegn, der er omfattet af det ældre varemærke, i den dominerende bestanddel af det ansøgte

varemærke medfører en væsentlig fonetisk lighed (jf. i denne retning Rettens dom af 6.10.2004, forenede sager T-117/03 — T-119/03 og T-171/03, New Look mod KHIM – Naulover (NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE og NLCollection), Sml. II, s. 3471, præmis 37).

- 50 På det begrebsmæssige plan har sagsøgeren gjort gældende, at varemærket ARTHUR ET FELICIE i modsætning til varemærket Arthur betegner et par af forskelligt køn.
- 51 Det bemærkes, at det ældre varemærke består af det mandlige fornavn Arthur, hvorimod det ansøgte varemærke består af det samme mandlige fornavn, den sideordnende konjunktion »et« og et kvindeligt fornavn. I betragtning af at varemærkerne indeholder det samme mandlige fornavn, kan en vis begrebsmæssig lighed ikke udelukkes, selv om det ansøgte varemærke synes at omhandle et par. Tilføjelsen af et kvindeligt fornavn til fornavnet Arthur kan nemlig give det indtryk, at der er tale om en udvidelse eller en variant af det varemærke, der udelukkende består af fornavnet Arthur.
- 52 Det må følgelig konstateres, at appelkammeret ikke har begået nogen fejl ved at fastslå, at der består væsentlige lighedspunkter mellem de omhandlede tegn.
- 53 Der må herefter foretages en helhedsvurdering af de omhandlede tegn for at fastslå, om der består en risiko for forveksling mellem dem.

Risiko for forveksling

- 54 Det følger af fast retspraksis, at der er større risiko for forveksling, jo stærkere det ældre varemærkes særpræg er (jf. analogt Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 24). Der tilkommer derfor de varemærker,

som har et stærkt særpræg, enten i sig selv eller fordi de er kendt på markedet, en videre beskyttelse end de mærker, hvis særpræg er mindre (jf. analogt Canon-dommen, præmis 18, og Domstolens dom af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 20).

- 55 For at kunne tage stilling til et varemærkes særpræg og dermed, om det har en høj grad af særpræg, skal der foretages en samlet vurdering af, om varemærket er mere eller mindre egnet til at identificere de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, som hidrørende fra en bestemt virksomhed og dermed til at adskille disse varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders (jf. analogt Domstolens dom af 4.5.1999, forenede sager C-108/97 og C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Sml. I, s. 2779, præmis 49, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 22).
- 56 Ved denne vurdering skal der bl.a. tages hensyn til mærkets egentlige beskaffenhed, herunder om det indeholder bestanddele, der beskriver de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, varemærkets markedsandel, intensiteten, den geografiske udstrækning og varigheden af brugen af dette varemærke, størrelsen af de investeringer, som virksomheden har foretaget for at fremme varemærket, den andel af de relevante omsætningskredse, der identificerer varerne eller tjenesteydelserne som hidrørende fra en bestemt virksomhed på grund af varemærket, samt erklæringer fra industri- og handelskamre eller andre faglige sammenslutninger (jf. analogt Windsurfing Chiemsee-dommen, præmis 51, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 23).
- 57 Det ældre varemærkes særpræg og det forhold, at mærket er velkendt, skal således tages i betragtning ved bedømmelsen af, om ligheden mellem tegnene eller mellem varerne og tjenesteydelserne er tilstrækkelig til at fremkalde risiko for forveksling (jf. analogt Canon-dommen, præmis 24, Rettens dom af 22.10.2003, sag T-311/01, Éditions Albert René mod KHIM — Trucco (Starix), Sml. II, s. 4625, præmis 61, og af 22.6.2004, sag T-66/03, »Drie Mollen sinds 1818« mod KHIM — Nabeiro Silveira (Galáxia), Sml. II, s. 1765, præmis 30).

- 58 I det foreliggende tilfælde fandt appelkammeret, at det ældre varemærke Arthur havde et stærkt særpræg, ikke blot i sig selv, men også i kraft af den udstrakte brug af varemærket. På det tidspunkt, hvor varemærkeansøgningen blev indgivet, dvs. i 1983, blev det ikke påvist, at der i Frankrig eksisterede andre varemærker, der indeholdt fornavnet Arthur, hverken alene eller i forbindelse med et andet ord, som betegnelse for varer, der henhører under klasse 25, idet de varemærker, som sagsøgeren har henvist til, alle er blevet registreret senere. Det blev heller ikke påvist, at dette fornavn var et af de fornavne, der ofte blev anvendt inden for modeverdenen. Da der ifølge appelkammeret ikke kunne fastslås en begrebsmæssig forbindelse mellem de varer, der er omfattet af det ældre varemærke og fornavnet Arthur, var dette varemærke i sig selv af en art, som ikke kunne anses for at have et svagt særpræg. Appelkammeret fastslog desuden, at varemærket i kraft af den brug, der var gjort af det siden dets registrering, utvivlsomt havde opnået en vis grad af bekendthed, navnlig hvad angår undertøj og hjemmetøj bestemt til voksne såvel som til børn.
- 59 Sagsøgeren har bestridt, at det ældre varemærke har et stærkt særpræg i sig selv. Sagsøgeren har derimod ikke som sådan bestridt, at det ældre varemærke er kendt på markedet, men udelukkende, at dette renommé i sig selv skulle være tilstrækkeligt til at skabe en risiko for forveksling.
- 60 Det bemærkes, at et varemærke kan have et stærkt særpræg enten i sig selv, eller fordi det er kendt på markedet. Da sagsøgeren ikke har bestridt, at det ældre varemærke er velkendt, hvilket blev fastslået af Harmoniseringskontoret efter en undersøgelse af de beviser, som intervenienten på eget initiativ havde fremlagt i den forbindelse, må dette således anses for godtgjort, og der tilkommer derfor det ældre varemærke en videre beskyttelse end de mærker, hvis særpræg er mindre, også selv om varemærket ikke i sig selv har et stærkt særpræg. Der er under disse omstændigheder ingen grund til at undersøge, om det ældre varemærke i sig selv har et svagt særpræg på grund af den omstændighed, at varemærket skulle have eksisteret side om side med et tocifret antal varemærker for tøj, der indeholder ordet »Arthur«, således som det er blevet gjort gældende af sagsøgeren.

- 61 Selv om der skal tages hensyn til det ældre varemærkes særpræg for at bedømme risikoen for forveksling (jf. analogt Canon-dommen, præmis 24), er det nemlig kun et blandt flere momenter, der skal tages i betragtning ved denne bedømmelse. Selv hvor der foreligger et ældre varemærke med en svag grad af særpræg, kan der være risiko for forveksling, bl.a. som følge af ligheden mellem tegnene og mellem de omfattede varer eller tjenesteydelser (jf. i denne retning Rettens dom af 16.3.2005, sag T-112/03, L'Oréal mod KHIM — Revlon (FLEXI AIR), Sml. II, s. 949, præmis 61).
- 62 Det er yderligere nødvendigt at tage stilling til, om den omstændighed, at det ældre varemærke angiveligt, som påstået af sagsøgeren, har eksisteret side om side med sagsøgerens franske varemærke ARTHUR ET FELICIE, udelukker enhver risiko for forveksling i det foreliggende tilfælde.
- 63 Det er ganske vist ikke fuldstændig udelukket, at den omstændighed, at varemærkerne eksisterer side om side, kan mindske den af Harmoniseringskontoret konstaterede risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker. En sådan mulighed kan imidlertid kun tages i betragtning, hvis EF-varemærkeansøgeren i det mindste i løbet af sagen ved Harmoniseringskontoret vedrørende relative registreringshindringer i tilstrækkelig grad har bevist, at denne eksistens side om side beror på, at der i den relevante kundekreds' bevidsthed ikke er en risiko for forveksling mellem det franske varemærke ARTHUR ET FELICIE og intervenientens ældre varemærke, der danner grundlag for indsigelsen, og forudsat at det franske varemærke ARTHUR ET FELICIE og de omtvistede varemærker er identiske (jf. i denne retning dom af 11.5.2005, sag T-31/03, Grupo Sada mod KHIM — Sadia (GRUPO SADA), Sml. II, s. 1667, præmis 86).
- 64 I det foreliggende tilfælde er det tilstrækkeligt at fastslå, at sagsøgerens franske varemærke og intervenientens ældre varemærke ikke er identiske. Sagsøgeren har i øvrigt ikke godtgjort, at eksistensen side om side beroede på, at der ikke var nogen risiko for forveksling. Det fremgår af sagsakterne, at det franske varemærke blev registreret i 1994, og at intervenienten i 1998 anlagde en sag om varemærkekrænkelse ved tribunal de grande instance de Paris mod det franske varemærke ARTHUR ET FELICIE. Ved dom af 23. januar 2004 annullerede tribunal de grande instance dette varemærke. Dommen blev stadfæstet ved dom af 11. maj 2005 afsagt

af cour d'appel de Paris. Dette viser klart, at der ikke var tale om, at varemærkerne eksisterede fredeligt side om side. Denne betragtning ændres ikke af den omstændighed, at sagen om varemærkekrænkelse først blev anlagt fire år efter registreringen af det franske varemærke ARTHUR ET FELICIE, for så vidt som sagsøgeren ikke har godtgjort, at intervenienten faktisk havde haft kendskab til det pågældende mærke lige fra det tidspunkt, hvor det blev søgt registreret, dvs. fra før 1998.

65 I øvrigt er sagsøgerens argumenter vedrørende kendskabet til det ansøgte varemærke utilstrækkelige. Ifølge disse argumenter har sagsøgeren lige siden tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om ARTHUR ET FELICIE som varemærke i Frankrig og markedsføringen af tøj under dette mærke i sagsøgerens katalog fra 1994 foretaget en ukontroversiel udnyttelse af varemærket, uden at der har været nogen mellemværender, og især uden at der er blevet fremsat krav fra tredjemand, der kunne forstyrre denne udnyttelse. Mellem 1994 og 1998 blev der omdelt over 11 millioner kataloger i Frankrig, hvilket førte til en omsætning på over 35 mio. EUR for varemærket ARTHUR ET FELICIE, der således ifølge sagsøgeren er blevet et rigtigt kendt mærke, som offentligheden forbinder med kataloget Vertbaudet og med sagsøgeren, hvilket dermed viser, at der ikke er nogen risiko for forveksling.

66 Sagsøgeren har herved henvist til Ipsos' opinionsundersøgelse, hvoraf det ifølge sagsøgeren fremgår, at der i offentlighedens bevidsthed ikke var nogen risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker. Dette bekræftes i øvrigt af en søgning på internettet, da der ikke opnås nogen søgeresultater, hvor begge varemærker forekommer. Som det er fastslået ovenfor, er disse dokumenter imidlertid først blevet fremlagt for Retten og må derfor lades ude af betragtning.

67 Hvad angår omstændighederne vedrørende de omhandlede varers markedsføring må det af sagsøgeren anførte argument, hvorefter de varer, der er dækket af det ældre varemærke, næsten udelukkende sælges i butikker og i varehuse, hvorimod det ansøgte varemærke udelukkende omfatter varer, der sælges pr. postordre, forkastes. Som det nemlig allerede blev bemærket i forbindelse med sammen-

ligningen af varerne, er der intet til hinder for, at de varer, der er dækket af det ældre varemærke, ligeledes sælges pr. postordre. Det fremgår i øvrigt af sagsakterne, at næsten 5% af intervenientens salg sker pr. postordre. Det bemærkes desuden, at sammenligningen mellem de omhandlede varer skal ske på grundlag af en beskrivelse af de varer, der er omfattet af registreringen af det ældre varemærke. Denne beskrivelse indeholder imidlertid ingen begrænsning af de metoder, der kan anvendes til afsætning af de varer, der er omfattet af det ældre varemærke.

- 68 Det bemærkes desuden, at det i tøjbranchen er almindeligt, at det samme varemærke har forskellige udformninger afhængigt af arten af den vare, som det betegner. I branchen er det ligeledes almindeligt, at den samme virksomhed benytter undermærker, dvs. tegn, der er afledt fra et hovedvaremærke, og som har en dominerende bestanddel til fælles med dette, for at adskille virksomhedens forskellige produktionslinjer (kvinder, mænd, unge) (Rettens dom i Fifties-sagen, præmis 49, dom af 3.7.2003, sag T-129/01, Alejandro mod KHIM — Anheuser-Busch (BUDMEN), Sml. II, s. 2251, præmis 57, og dommen i sagen NLSHORT, NLJEANS, NLACTIVE og NLCollection, præmis 51). Under disse omstændigheder er det tænkeligt, at den relevante kundekreds betragter det tøj, der betegnes med de omtvistede varemærker, som nok tilhørende to forskellige varesortimenter, men dog som stammende fra den samme virksomhed (jf. i denne retning Fifties-dommen, præmis 49). Det er derfor med rette, at appelkammeret har fastslået, at kundekredsen kunne tro, at de varer, som varemærket ARTHUR ET FELICIE betegner, er en del af et nyt varesortiment og markedsføres af indehaveren af mærket Arthur eller af en virksomhed, der er økonomisk forbundet med denne (jf. i denne retning BUDMEN-dommen, præmis 57). Det er nemlig ubestridt, at intervenienten for visse varer under kategorien damelingerie har omdannet sit varemærke til et figurmærke, der indeholder ordbestanddelen »La fiancée d'Arthur« (Arthurs forlovede).

- 69 Under disse omstændigheder og i betragtning af, at der er tale om varer af samme art, at der er en vis lighed mellem de tilsvarende tegn, og at det ældre varemærke har et stærkt særpræg, i det mindste på grund af dets renommé på markedet, må det fastslås, at appelkammeret ikke begik nogen fejl, da det konkluderede, at der består en risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker. I modsætning til det af

sagsøgeren anførte under retsmødet, er det, som det klart fremgår af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, og som det følger af fast retspraksis, ikke nødvendigt at påvise, at der faktisk sker en forveksling, men kun, at der er en risiko for forveksling.

- 70 Hvad endelig angår de nationale afgørelser og domme, som parterne har henvist til, skal det blot konstateres, at EF-varemærkesystemet er et selvstændigt system, der består af en helhed af regler og forfølger formål, der er særlige for det, og at dets anvendelse derfor er uafhængig af alle nationale systemer (Rettens dom af 5.12.2000, sag T-32/00, *Messe München mod KHIM (electronica)*, Sml. II, s. 3829, præmis 47). Muligheden for at registrere et tegn som EF-varemærke skal følgelig udelukkende bedømmes på grundlag af de relevante fællesskabsbestemmelser.
- 71 Hvad angår Harmoniseringskontorets praksis fremgår det af retspraksis, at de afgørelser vedrørende registrering af et tegn som EF-varemærke, som appelkamrene skal træffe i henhold til forordning nr. 40/94, træffes i henhold til en bunden kompetence og ikke på grundlag af skønsmæssige beføjelser. Spørgsmålet, om et tegn kan registreres som EF-varemærke, skal derfor kun bedømmes på grundlag af denne forordning, således som den er fortolket af Fællesskabets retsinstanser, og ikke på grundlag af appelkamrenes tidligere praksis (Rettens dom af 27.2.2002, sag T-106/00, *Streamserve mod KHIM (STREAMSERVE)*, Sml. II, s. 723, præmis 66, af 20.11.2002, forenede sager T-79/01 og T-86/01, *Bosch mod KHIM (Kit Pro og Kit Super Pro)*, Sml. II, s. 4881, præmis 32, og af 9.3.2005, sag T-33/03, *Osotspa mod KHIM — Distribution & Marketing (Hai)*, Sml. II, s. 763, præmis 69).
- 72 Sagsøgerens eneste anbringende skal derfor forkastes, og det er uforholdende for Retten at tage stilling til, om påstandene om henholdsvis annullation og om stadfæstelse af Indsigelsesafdelingens afgørelse kan antages til realitetsbehandling.

Sagens omkostninger

- 73 I henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale Harmoniseringskontorets omkostninger i overensstemmelse med dets påstand. Intervenientens påstand vedrørende sagens omkostninger vedrører udelukkende omkostningerne ved Harmoniseringskontoret. Intervenienten pålægges derfor at bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Tredje Afdeling)

- 1) Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) frifindes.
- 2) Sagsøgeren betaler sagens omkostninger med undtagelse af de af intervenienten afholdte omkostninger.

3) Intervenienten bærer sine egne omkostninger.

Jaeger

Tiili

Czúcz

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 24. november 2005.

E. Coulon

M. Jaeger

Justitssekretær

Afdelingsformand