

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

7. september 2006*

I sag T-168/04,

L & D, SA, Huercal de Almeria (Spanien), først ved avocat M. Knospe, derefter ved
avocats S. Miralles Miravet og A. Castedo Garcia,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design)
(KHIM) ved J. García Murillo, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

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

* Processprog: spansk.

Julius Sämann Ltd, Zug (Schweiz), ved advokats A. Castán Pérez-Gómez og E. Armijo Chávarri,

angående en påstand om delvis annullation af afgørelse truffet den 15. marts 2004 af Andet Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 326/2003-2) vedrørende en indsigelsessag mellem Julius Sämann Ltd og L & D, SA,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Fjerde Afdeling)

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

justitssekretær: assisterende justitssekretær B. Pastor,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 14. maj 2004,

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 21. december 2004,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 17. januar 2005,

og efter retsmødet den 12. januar 2006,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

- 1 Den 30. april 1996 indgav L & D, SA en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i Det Indre Marked (Varemærker og Design) (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 det nedenfor gengivne figurtegn, der indeholder en ordbestanddel:



- 3 De varer og tjenesteydelser, som varemærkeansøgningen vedrører, henhører under klasse 3, 5 og 35 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 i hver enkelt af disse klasser til følgende beskrivelse:

— klasse 3: »Parfumerivarer, æteriske olier, kosmetiske præparater«

— klasse 5: »Luftopfriskende præparater«

— klasse 35: »Annonce- og reklamevirksomhed, bistand ved forretningsledelse, bistand ved forretningsadministration, bistand ved varetagelse af kontor-opgaver«.

4 Varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 47/98 den 29. juni 1998.

5 Den 29. september 1998 rejste Julius Sämann Ltd i medfør af artikel 42 i forordning nr. 40/94 indsigelse mod registreringen af det ansøgte varemærke.

6 Indsigelsen var støttet på flere ældre varemærker.

- 7 Der var for det første tale om det nedenfor gengivne EF-figurmærke nr. 91 991, indgivet den 1. april 1996 og registreret for varer i klasse 5 i Nice-arrangementet:



- 8 For det andet var der tale om de nedenfor gengivne internationale og nationale figurmærker, hvoraf visse indeholdt ordbestanddele, som var gjort genstand for international registrering nr. 328 917, nr. 612 525, nr. 178 969, nr. 216 415, nr. 328 915, nr. 328 916, nr. 475 333 og nr. 539 068, østrigsk registrering nr. 109 639, svensk registrering nr. 217 829, nr. 225 214 og nr. 89 348, spansk registrering nr. 1 575 391, dansk registrering nr. 03 157/1964, finsk registrering nr. 109 644 og nr. 45 548 og tysk registrering nr. 984 362 for varer i klasse 3 og/eller 5 i Nice-arrangementet:



15.1986



11.02.11



01.10.69



00-11-1966



23.1987

- 9 Indsigelsen var støttet på alle de varer, der var beskyttet af de ældre varemærker, og vedrørte alle de varer og tjenesteydelser, der var omfattet af EF-varemærkeansøgningen.

- 10 Til støtte for indsigelsen påberåbte intervenienten sig de relative registreringshindringer i artikel 8, stk. 1, litra b), og i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94.
- 11 Ved afgørelse af 25. februar 2003 forkastede Indsigelsesafdelingen ved Harmoniseringskontoret indsigelsen i sin helhed.
- 12 Den 23. april 2003 indgav intervenienten i medfør af artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 en klage til Harmoniseringskontoret over Indsigelsesafdelingens afgørelse.
- 13 Ved afgørelse af 15. marts 2004 (herefter »den anfægtede afgørelse«) gav Andet Appellkammer ved Harmoniseringskontoret intervenienten delvist medhold i klagen.
- 14 Klagen blev, i det omfang den var støttet på artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, taget til følge for så vidt angik de omhandlede varer. Hvad derimod angik de omhandlede tjenesteydelser afslog appellkammeret klagen og stadfæstede Indsigelsesafdelingens afgørelse om afslag på indsigelsen mod registreringen. Appellkammeret afslog klagen, i det omfang den var støttet på artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94, med den begrundelse, at der ikke forelå bevis for, at det ældre varemærke var påført skade, eller for, at der var sket utilbørlig udnyttelse af dets særpræg.
- 15 Med hensyn til bedømmelsen af ligheden mellem de omtvistede varemærker foretog appellkammeret en sammenligning mellem på den ene side det varemærke, der var søgt registreret, og på den anden side det ældre EF-varemærke nr. 91 991 som

repræsentativt varemærke for de øvrige ældre varemærker. Appellammeret fandt, at dette ældre EF-varemærke havde fået fornødent særpræg som følge af brugen af og det udbredte kendskab til et andet ældre varemærke, hvis form i det væsentlige var identisk med formen på EF-varemærke nr. 91 991.

- 16 Appellammeret anførte, at de omtvistede varemærker begge bestod af et grantræ, der var gengivet med grene formet ved hjælp af bølgelinjer ned langs siderne og med en meget kort stamme, der var anbragt på en bredere del, der fungerede som sokkel.

- 17 Appellammeret henviste til, at den begrebsmæssige lighed kunne skabe en risiko for forveksling, navnlig når det ældre varemærke har en særlig grad af særpræg enten i sig selv, eller fordi det er kendt i offentligheden.

- 18 Ifølge appellammeret fremgik det af de fremlagte beviser, at det ældre varemærke var velkendt i det mindste i en del af Fællesskabet, navnlig i Italien, hvor varemærkets markedsandel blev anslået til mere end 50%, og at varemærket havde været gjort til genstand for langvarig brug på dette område.

- 19 Appellammeret udledte heraf, at den begrebsmæssige lighed mellem de omtvistede varemærker i det mindste i Italien ville kunne skabe en risiko for forveksling i den berørte kundekreds' bevidsthed. Forskellene mellem de omtvistede varemærker, der hovedsageligt består i, at grantræet i det varemærke, der er søgt registreret, udgør en ramme, hvori der er anbragt en animeret figur samt ordbestandsdelen »aire limpio«, gjorde det ikke muligt at undgå denne risiko for forveksling, da det varemærke, der er søgt registreret, kunne blive opfattet af den berørte kundekreds som en morsom og animeret variant af det ældre varemærke.

Parternes påstande

20 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

- Punkt 1 og 3 i den anfægtede afgørelses konklusion annulleres, for så vidt som det herved blev fastslået dels, at Indsigelsesafdelingens afgørelse skulle annulleres delvist, og at der skulle gives afslag på registrering af det ansøgte varemærke for varer i klasse 3 og 5, dels, at hver af parterne skulle bære deres egne omkostninger i forbindelse med indsigelsessagen og klagesagen.

- Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

21 Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.

- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

22 Sagsøgeren har gjort to anbringender gældende vedrørende henholdsvis tilside-sættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 og tilsidesættelse af samme forordnings artikel 73.

Første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

- 23 Sagsøgeren har gjort gældende, at appelkammerets bedømmelse af ligheden mellem de omtvistede varemærker er urigtig. Der er ingen lighed mellem disse varemærker, og det af appelkammeret konstaterede vedrørende det ældre varemærkes særpræg er derfor irrelevant.
- 24 To varemærker ligner hinanden, når der fra den berørte kundekreds' synsvinkel er en i det mindste delvis lighed mellem dem med hensyn til deres visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige aspekter. Når der er tale om sammensatte varemærker, er det nødvendigt at efterprøve, om ligheden vedrører en bestanddel, der er afgørende for helhedsindtrykket af disse varemærker, dvs. en bestanddel, der i sig selv kan dominere det billede af dette varemærke, som den tilsigtede kundekreds har i erindringen. Vurderingen af, hvorvidt en eller flere bestemte bestanddele i et sammensat varemærke har dominerende karakter, skal navnlig foretages under hensyntagen til hver af disse bestanddeles egenskaber i sig selv. Hvis sammenfaldet vedrører en bestanddel, der er beskrivende for de omhandlede varer, vil den ikke kunne være dominerende i helhedsindtrykket af dette varemærke, og det vil derfor ikke kunne fastslås, at der er lighed mellem varemærkerne.
- 25 Appellkammeret tog ikke hensyn til disse principper, idet det udelukkende henviste til, at der var en »fællesnævner« mellem de omtvistede varemærker, uden at tage stilling til det visuelle, fonetiske og begrebsmæssige sammenfald og uden at fastslå, hvilken betydning en eventuelt sammenfaldende bestanddel havde i helhedsindtrykket af det sammensatte varemærke, der er søgt registreret.

- 26 Hvad først angår det fonetiske plan indeholder det ældre varemærke ikke nogen ordbestanddel. Enhver fonetisk lighed er følgelig udelukket.
- 27 Hvad dernæst angår det visuelle plan er det ældre varemærke sammensat af en naturalistisk gengivelse af omridset af et grantræ, der er anbragt på en firkantet sokkel, mens det varemærke, der er søgt registreret, består af en tegning af en humoristisk figur, som har et særligt udseende og er iført en beklædningsgenstand, hvis omrids på en meget abstrakt måde leder tanken hen på et grantræ, og som henleder forbrugerens opmærksomhed på ordbestanddelen »aire limpio«. Varemærket, der er søgt registreret, er derfor i lige høj grad domineret af denne humoristiske figur og af ordbestanddelen »aire limpio«, hvilket således udelukker enhver visuel lighed.
- 28 Hvad endelig angår det begrebsmæssige plan gør den blotte lighed mellem de to tegns omrids det ikke muligt at fastslå, at der foreligger lighed. Den omstændighed, at omridset af den humoristiske figur kan minde om formen på et grantræ, er uden betydning, da lighederne mellem omridsene ikke er begrebsmæssige ligheder. Desuden er billedet af omridset skudt i baggrunden, idet grantræets form ændres så meget ved billedet af den humoristiske figur, at den blot bliver denne figurs frakke eller beklædning snarere end gengivelsen af et billede af et grantræ.
- 29 Sagsøgeren har på dette grundlag konkluderet, at der ikke er lighed mellem varemærkerne.
- 30 Subsidiært har sagsøgeren tilføjet, at såfremt det lægges til grund, at der er en begrebsmæssig lighed, vedrører sammenfaldet ikke en dominerende bestanddel i varemærket, da omridset af grantræet ikke kan dominere helhedsindtrykket af det varemærke, der er søgt registreret, som derimod er domineret af den opdigtede og usædvanlige gengivelse af en humoristisk figur og påskriften »aire limpio«. Desuden

er omridset beskrivende for de varer, der er omfattet af det varemærke, der er søgt registreret, og vil derfor i overensstemmelse med retspraksis ikke kunne være dominerende i helhedsindtrykket af dette varemærke.

- 31 Mere subsidiært har sagsøgeren gjort gældende, at såfremt Retten ikke udelukker enhver lighed mellem de omtvistede varemærker, vil der under alle omstændigheder ikke være risiko for forveksling, da det varemærke, der er søgt registreret, er tilstrækkeligt forskelligt fra det ældre varemærke.
- 32 Desuden kan det ældre varemærke ifølge sagsøgeren ikke nyde en udvidet beskyttelse, da det alene har en svag grad af særpræg.
- 33 For det første har det ældre varemærke ikke tilstrækkeligt særpræg af tre grunde. Dels er omridset af grantræet beskrivende for varer såsom lugtjernere og luftopfrisker. Denne vurdering bekræftes af de »praktiske retningslinjer for bedømmelse af varemærker, varer og tjenesteydelser«, der er udarbejdet af det britiske patentkontor. Dels består det ældre varemærke i det væsentlige kun af formen på den vare, som markedsføres under det. Det følger imidlertid af retspraksis, at varemærkets væsentligste funktion ikke kan opfyldes, når det omhandlede tegn er sammenfaldende med varens fremtræden. Dette er tilfældet i den foreliggende sag, idet de omhandlede varer alene består af en flad plade af et fedtfrit, porøst materiale, hvorpå der er påført et aromatisk stof, og hvis omrids svarer til varemærkets, således at disse varers overflade er fuldstændigt dækket af varemærket. Endelig er den udformning, der er dannet af omridset af et grantræ, nødvendig for at opnå det tekniske resultat, der tilsigtes med varen. Ifølge bestemmelserne i artikel 7 i forordning nr. 40/94 er udformninger, som er nødvendige for at opnå et teknisk resultat, imidlertid udelukket fra registrering som varemærke. Desuden viser beskrivelsen af varens funktioner, sådan som den fremgår af den amerikanske patentansøgning, der er indgivet af intervenienten, at den udformning som et kegleformet træ, som intervenienten anvender, opfylder en teknisk funktion, dvs. den gradvise og delvise udsending af lugtjernere, hvilket let kan

gennemføres ved hjælp af en udformning såsom formen på et grantræ — en form, der ligeledes fremgår af patentets tegninger. Sagsøgeren har udledt heraf, at intervenienten fremover bruger varemærkeretten til at forsøge at forbyde tredjemand at bruge en form, der tidligere var beskyttet af et patent.

34 For det andet har det ældre varemærkes svage grad af særpræg ikke efterfølgende kunnet styrkes som følge af et udbredt kendskab til det, der er opnået ved brug af varemærket i Italien. I denne henseende har sagsøgeren anført, at det udbredte kendskab til et varemærke ifølge retspraksis ikke kan godtgøres alene på grundlag af almindelige og abstrakte oplysninger, såsom bestemte procentsatser, og at argumenterne vedrørende salgstal og reklameinvesteringer ikke kan anvendes til at fastslå, at et varemærke har fornødent særpræg.

35 Appellkammerets konstateringer med hensyn til anerkendelsen af, at der er et udbredt kendskab til det ældre varemærke, er behæftet med flere fejl.

36 For det første kunne konstateringen af, at det ældre varemærke havde fået fornødent særpræg i Italien, ikke støttes alene på generelle oplysninger om reklameomfang og salgstal, for så vidt som der er tale om en billig dagligvare. Antallet af solgte varer har således ikke den samme bevisværdi som ved varige eller prestigefyldte varer eller varer af høj kvalitet.

37 For det andet var det med urette, at Harmoniseringskontoret støttede sig på det forhold, at intervenientens omsætning af lugtfjernere i Italien var højere end omsætningen af andre lugtfjernere til køretøjer og repræsenterede en markedsandel på mere end 50%. De salgstal i selskabet Nielsens kvartalsrapport, der er nævnt i den beedigede erklæring afgivet af intervenientens administrerende direktør, vedrører

ikke den vare, der er omfattet af EF-varemærke nr. 91 991, men vedrører hovedsageligt varer under betegnelsen »arbre magique«, der markedsføres under et andet varemærke end varemærke nr. 91 991. Desuden vedrører salgstallene 1997 og 1998, dvs. en periode længe efter indgivelsen af EF-varemærkeansøgningen. Tallene for reklameudgifterne i 1996 og 1997 er af samme grund uegnede, da disse reklamer vedrørte lugtjernere med betegnelsen »arbre magique« og vedrørte tiden efter den 30. april 1996, dvs. datoen for indgivelsen af EF-varemærkeansøgningen.

- 38 For det tredje var det med urette, at Indsigelsesafdelingen og appelkammeret for at godtgøre, at det ældre varemærke havde været gjort til genstand for langvarig brug i Italien, støttede sig på den omstændighed, at varemærket havde været brugt i Italien igennem en længere periode og — i en udformning, der i det væsentlige havde været den samme siden 1954 — nød beskyttelse på dette område i medfør af den internationale registrering nr. 178 969. Herved ligestillede de ukorrekt datoen for indgivelsen af varemærkeansøgningen med den faktiske brug af dette varemærke, selv om der ikke var blevet fremlagt nogen beviser for, at der var gjort brug af det internationale varemærke nr. 178 969 siden dets registrering. I øvrigt vedrører registrering nr. 178 969 et varemærke, der indeholder en hvid sokkel og ordbestandsdelen »car freshner«, mens registrering nr. 91 991 vedrører et rent figurmærke. Desuden vedrører registreringen i klasse 5 ikke de lugtjernende midler, der er omhandlet i det foreliggende tilfælde, men »desinfektionsmidler, produkter til bad, insekticider, kemiske præparater«.

- 39 Følgelig nyder det ældre varemærke i betragtning af dets svage grad af særpræg en begrænset beskyttelse, og mindre forskelle i forhold til det varemærke, der er søgt registreret, vil være tilstrækkeligt til at udelukke enhver risiko for forveksling mellem de to tegn. Selv hvis det antages, at der er en begrebsmæssig lighed, vil denne lighed således ikke være tilstrækkelig til at skabe en risiko for forveksling. Billedet af grantræet er nemlig ikke et motiv fra fantasien, og beviset for, at varemærke nr. 91 991 er velkendt, er ikke blevet ført.

- 40 Under retsmødet har sagsøgeren også fremlagt og påberåbt sig en dom afsagt den 5. april 2005 af Tribunal Supremo (højesteretten i Spanien), hvorved sagsøgeren endeligt blev tildelt rettighederne til det spanske varemærke Aire Limpio nr. 2 033 859.
- 41 Sagsøgeren har på dette grundlag påstået, at appelkammeret urigtigt lagde til grund, at der var lighed mellem de omtvistede varemærker, og at intervenientens varemærke havde fået fornødent særpræg som følge af brug. Der er således ifølge sagsøgeren ingen risiko for forveksling i forbrugerens bevidsthed.
- 42 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at helhedsvurderingen af varemærkerne for så vidt angår deres visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige lighed skal være baseret på helhedsindtrykket af dem, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller er dominerende. Ifølge Harmoniseringskontoret bør sagen for Retten være fokuseret på den opfattelse, som den italienske kundekreds vil have af de omtvistede varemærker.
- 43 For så vidt angår det visuelle plan har Harmoniseringskontoret anført, at det ældre varemærke består af gengivelsen af et omrids af et meget kortstammet grantræ, der har ujævne fremspring og indryk langs siderne og er anbragt på en bredere bund, der fungerer som sokkel. Det varemærke, der er søgt registreret, er sammensat af en morsom, animeret figur, hvis øverste del har en trekantet form med ujævne sider, som ligner toppen af et grantræ, mens figuren fornedet er anbragt på en tegning af to store sko. I den øverste trekantede del er der i midten en gengivelse af et animeret ansigt og to arme, der ser ud til at pege på ordkombinationen »aire limpio« skrevet med stiliserede typer. De omtvistede varemærker har visse ydre træk til fælles, nemlig en tegning med et trekantet udseende og med ujævne sider, og som fornedet efter en indsnævring består af en rektangulær bestanddel. Til trods for den kontrast, der skyldes det morsomme og animerede anstrøg og ordbestandsdelen »aire limpio«, har denne grafiske bestanddel en åbenbar dominerende karakter i helhedsindtrykket af tegnet og overskygger betydeligt ordbestandsdelen, der ikke kan ses særlig tydeligt.

- 44 Med hensyn til det fonetiske plan vil det ældre varemærke som et rent grafisk tegn kunne gengives mundtligt ved hjælp af en beskrivelse af tegnet, mens det varemærke, der er søgt registreret, vil blive omtalt ved hjælp af dets ordbestanddel, dvs. »aire limpio«.
- 45 Med hensyn til det begrebsmæssige plan har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at de omtvistede varemærker af den tilsigtede kundekreds vil blive forbundet med omridset af et meget kortstammet grantræ, hvis grene er formet ved hjælp af fremspring og indryk, og som er anbragt på en rektangulær bestanddel, der fungerer som sokkel. Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at den italienske kundekreds ikke vil tillægge udtrykket »aire limpio« nogen særlig betydning og kun vil identificere de to tegn ved hjælp af de to grafiske gengiversers semantiske indhold.
- 46 For så vidt angår bedømmelsen af det ældre varemærkes særpræg har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at dette varemærke ikke blot er en gengivelse af et grantræ. Der er tale om en grafisk gengivelse af en mere sammensat idé, dvs. udformningen af et grantræ med visse særlige kendetegn, såsom fremspringene og indrykningerne, en meget kort stamme, og placeringen på en rektangulær bund, der fungerer som sokkel.
- 47 Med hensyn til argumentet om, at formen på et grantræ er almindeligt anvendt ved markedsføringen af luftopfriskere, har sagsøgeren ikke under sagen for Harmoniseringskontoret fremlagt oplysninger, der godtgør, at den tilsigtede kundekreds på det italienske marked for denne type varer er vant til brugen af figurer, hvis form har lighedspunkter med omridset af et grantræ.
- 48 Selv om formen på varen faktisk skal være smallere foroven end forned, gør det tilsigtede tekniske resultat det ikke nødvendigt at anvende en form, der svarer til idéen med det ældre varemærke, men vil kunne opnås ved hjælp af en almindelig trekant med lige og jævne sider eller med en figur, der er smallere foroven end forned. Det ældre varemærkes form er således ikke den eneste, hvormed dette resultat kan opnås.

- 49 Hvad angår bedømmelsen af risikoen for forveksling har Harmoniseringskontoret understreget, at eftersom de omhandlede varer i det foreliggende tilfælde er dagligvarer, udviser gennemsnitsforbrugeren ikke nogen særlig opmærksomhed ved købet af dem.
- 50 Henset til den væsentlige betydning, omridset af grantræet har haft for den brug, der er gjort af det figurmærke, der indeholder ordbestandsdelen »arbre magique«, i Italien, og den omstændighed, at den grafiske bestanddel er dominerende, har Harmoniseringskontoret anført, at såvel udtrykket »arbre magique« som varemærkets allestedsnærværende og bemærkelsesværdige grafiske bestanddel (der svarer til gengivelsen af det ældre varemærke, hvorpå den anfægtede afgørelse er støttet) skal anses for velkendte og hyppigt anvendt af den berørte kundekreds. Harmoniseringskontoret er følgelig af den opfattelse, at appelkammeret med rette har lagt til grund, at det ældre EF-varemærke, som afgørelsen er støttet på, har en særlig grad af særpræg i Italien.
- 51 Harmoniseringskontoret har tilføjet, at reklamerne ifølge intervenienten blev udsendt før datoen for indgivelsen af registreringsansøgningen, og at en så stor markedsandel ikke kan være opnået meget hurtigt. Det er derfor ikke sandsynligt, at omsætningen i 1996 havde et ubetydeligt omfang.
- 52 Endelig er Harmoniseringskontoret af den opfattelse, at den begrebsmæssige lighed mellem de omtvistede varemærker i overensstemmelse med det princip, som er opstillet i Domstolens dom af 11. november 1997, SABEL (sag C-251/95, Sml. I, s. 6191, præmis 24), vil kunne skabe en risiko for forveksling i Italien, hvor det ældre varemærke har en særlig grad af særpræg, som de forskelle i stil og livfuldhed, der er mellem varemærkerne, ikke vil kunne udelukke. Det varemærke, der er søgt registreret, vil således kunne blive anset for en morsom og animeret variant af det ældre varemærke, der i stor udstrækning er kendt af den tilsigtede kundekreds.
- 53 Intervenienten har indledningsvis anført, at de bestanddele, der adskiller de omhandlede varemærker fra hinanden, ikke ændrer det generelle indtryk af lighed.

- 54 De varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, udbydes til salg på selvbetjeningshylderne på benzinstationer eller i supermarkeder og bliver købt hurtigt og uden forudgående overvejelser. Forbrugeren retter derfor sin opmærksomhed mod det første, han kommer i tanke om, når han ser varemærkerne, nemlig omridset af grantræet.
- 55 Hvad dernæst angår det fonetiske plan er den forskel, der består i påskriften »aire limpio«, uden betydning for forbrugers valg, da den pågældende alene vil rette sin opmærksomhed mod varens udseende eller ydre fremtræden.
- 56 Endelig ligner de omtvistede tegn også hinanden på det begrebsmæssige plan, da de gør brug af de samme billeder, som er sammenfaldende med hensyn til det, de søger at gengive, dvs. omridset af et lille grantræ, og som identificerer varen og angiver dens handelsmæssige oprindelse over for forbrugere.
- 57 Intervenienten har ligeledes anfægtet sagsøgerens beskrivelse af det varemærke, der er søgt registreret, hvorefter varemærket er en gengivelse af en humoristisk figur.
- 58 I øvrigt kan det i mangel af beviser for, at omridset af grantræet er blevet almindeligt på hvert enkelt af de relevante markeder, og/eller for, at domstolene i de pågældende lande har fastslået, at omridset ikke er gyldigt som varemærke, ikke gøres gældende, at omridset har en rent beskrivende karakter i forhold til luftopfriskende præparater og præparater til fjernelse af lugt.
- 59 Intervenienten er endvidere enig i appelkammerets bedømmelse, hvorefter risikoen for forveksling forøges som følge af det ældre varemærkes høje grad af særpræg, der skyldes det udbredte kendskab til det.

- 60 Intervenienten har bestridt argumentet om dels, at det ældre varemærke er sammenfaldende med formen på varen, dels, at denne form er nødvendig med henblik på at opnå et teknisk resultat. For det første må argumentet afvises, da det er fremsat for første gang for Retten. For det andet er dette klagepunkt under alle omstændigheder irrelevant, da de ældre varemærker ikke er tredimensionale varemærker, men figurmærker. Endelig har de grafiske bestanddele, der indgår i intervenientens varemærker, ikke en udformning, der er nødvendig for markedsføringen af varen.
- 61 Desuden var det med rette, at appelkammeret fandt, at det ældre varemærkes fornødne særpræg var opnået som følge af brug af varemærket, og sagsøgerens argumenter om det modsatte kan ikke lægges til grund.
- 62 Intervenienten har gjort flere yderligere argumenter gældende i denne henseende.
- 63 For det første mister salgshallene ikke deres bevisværdi, blot fordi der i det foreliggende tilfælde er tale om dagligvarer.
- 64 For det andet bliver varernes salgsprocenter på det italienske marked suppleret af andre beviser for, at varemærkerne er velkendte på dette marked.
- 65 For det tredje gør indholdet af rapporten fra selskabet Nielsen — selv om det er korrekt, at den vedrører 1997 og 1998 — det muligt i lyset af de øvrige fremlagte beviser at formode, at salgsprocenterne for de varer, der markedsføres under intervenientens varemærker, i de umiddelbart foregående år sandsynligvis var

sammenlignelige med tallene for perioden 1997-1998. For at afgøre, om et nationalt ældre varemærke, der er påberåbt over for ansøgningen om et yngre varemærke, har det fornødne særpræg, kan der desuden ikke ses bort fra et bevis, der godtgør, at der er gjort brug af det nationale varemærke, der er påberåbt til støtte for indsigelsen, i løbet af den periode, der lå umiddelbart efter datoen for indgivelsen af EF-varemærkeansøgningen og før det tidspunkt, hvor der blev rejst indsigelse.

- 66 Intervenienten har konkluderet, at appelkammeret med rette fandt, at der var en risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, for så vidt angår varerne i klasse 3 og 5.

Rettens bemærkninger

— Indledende betragtninger

- 67 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 varemærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre varemærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art. I henhold til artikel 8, stk. 2, litra a), i forordning nr. 40/94 forstås endvidere ved ældre varemærker EF-varemærker, varemærker, som er registreret i en medlemsstat, eller som er genstand for en international registrering, og hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EF-varemærkeansøgningen.

- 68 Desuden bemærkes, at selv om artikel 8 i forordning nr. 40/94 ikke indeholder en bestemmelse svarende til bestemmelsen i artikel 7, stk. 2, hvorefter det for at udelukke et varemærke fra registrering er tilstrækkeligt, at en absolut registreringshindring kun er til stede i en del af Fællesskabet, må det antages, at den samme løsning finder anvendelse i den foreliggende sag. Heraf følger, at registrering ligeledes er udelukket, selv om den relative registreringshindring kun er til stede i en del af Fællesskabet (Rettens dom af 3.3.2004, sag T-355/02, Mühlens mod KHIM — Zirh International (Sir/ZIRH), Sml. II, s. 791, præmis 36, og af 14.7.2005, sag T-312/03, Wassen International mod KHIM — Stroschein Gesundheitskost (Selenium Spezial A-C-E/SELENIUM-ACE), Sml. II, s. 2897, præmis 29).
- 69 I det konkrete tilfælde var indsigelsen mod registrering støttet på flere af intervenientens varemærker, der omfattede gengivelsen af et grantræ. Ved vurderingen af denne indsigelse støttede appelkammeret sig hovedsageligt på EF-varemærke nr. 91 991 som repræsentativt varemærke for de øvrige varemærker, der var påberåbt til støtte for indsigelsen.
- 70 I den anfægtede afgørelse fastslog appelkammeret, at de omtvistede varemærker navnlig lignede hinanden på det begrebsmæssige plan, og at der var en risiko for forveksling. Denne konklusion var støttet på konstateringen om, at det ældre EF-varemærke nr. 91 991, der havde været beskyttet siden den 1. april 1996 og bestod af formen på et grantræ, havde en særlig grad af særpræg i Italien. Denne konstatering var i sig selv baseret på anerkendelsen af, at der i Italien var gjort langvarig brug af og var et udbredt kendskab til det internationale varemærke ARBRE MAGIQUE, der havde den samme form som et grantræ og desuden indeholdt en ordbestanddel.
- 71 Det skal derfor først efterprøves, om appelkammeret gyldigt fandt, at det ældre EF-varemærke nr. 91 991 havde kunnet få en særlig grad af særpræg som følge af den langvarige brug af et andet registreret varemærke, dvs. varemærket ARBRE MAGIQUE, og at dette varemærke på grund af langvarig brug i Italien måtte anses for at være velkendt der.

— Det ældre EF-varemærkes særlige grad af særpræg

- 72 Det skal indledningsvis bemærkes, at det i retspraksis er anerkendt, at et varemærke har en særlig grad af særpræg enten i sig selv, eller fordi det er kendt i offentligheden (SABEL-dommen, nævnt i præmis 52 ovenfor, præmis 24).
- 73 Dernæst skal det bemærkes, at et varemærkes opnåelse af fornødent særpræg ligeledes kan følge af brugen af det som en bestanddel af et andet registreret varemærke. Det er tilstrækkeligt, at de relevante omsætningskredse som følge af denne brug faktisk opfatter den vare eller tjenesteydelse, som de ældre varemærker betegner, som hidrørende fra en bestemt virksomhed (jf. i denne retning Domstolens dom af 7.7.2005, sag C-353/03, Nestlé, Sml. I, s. 6135, præmis 30 og 32).
- 74 Følgelig må det også medgives, at et varemærkes særlige grad af særpræg kan opnås som følge af dets brug i lang tid og det udbredte kendskab til det som en bestanddel af et andet registreret varemærke, for så vidt som den tilsigtede kundekreds opfatter varemærket som en angivelse af, at varerne hidrører fra en bestemt virksomhed.
- 75 I det foreliggende tilfælde må spørgsmålet om, hvorvidt appelkammeret gyldigt fandt, at det ældre EF-varemærke nr. 91 991 havde kunnet få en særlig grad af særpræg som følge af brugen af det som en bestanddel af et andet registreret varemærke, derfor besvares bekræftende, såfremt det ældre EF-varemærke nr. 91 991 kan anses for at være en bestanddel af varemærket ARBRE MAGIQUE.
- 76 I denne henseende anførte appelkammeret med rette, at gengivelsen af omridset af grantræet, der spiller en betydningsfuld eller endda dominerende rolle i varemærket ARBRE MAGIQUE, svarer til tegnet i det ældre EF-varemærke nr. 91 991. Følgelig

var det med rette, at appelkammeret fandt, at det ældre EF-varemærke nr. 91 991 udgjorde en bestanddel af det ældre varemærke ARBRE MAGIQUE. Førstnævnte varemærke kan således have fået fornødent særpræg som følge af dets brug som en bestanddel af sidstnævnte varemærke.

- 77 Det var derfor korrekt, at appelkammeret vurderede alle beviser vedrørende brugen af og kendskabet til varemærket ARBRE MAGIQUE med henblik på at fastslå, om der var gjort langvarig brug af, var udbredt kendskab til og dermed forelå en særlig grad af særpræg for en bestanddel af dette varemærke, dvs. det ældre EF-varemærke nr. 91 991.
- 78 Med hensyn til appelkammerets egentlige undersøgelse af beviserne i det foreliggende tilfælde var det med rette, at det i den anfægtede afgørelse er anført, at det fremgår af beviserne i sagen, dvs. i det væsentlige den dokumentation, der blev fremlagt den 8. november 1999 i forbindelse med indsigelsen rejst af intervenienten, at det ældre varemærke nr. 91 991 som en bestanddel af et registreret varemærke, nemlig varemærket ARBRE MAGIQUE, har været genstand for langvarig brug i Italien, er velkendt der, og derfor har en særlig grad af særpræg.
- 79 I den anfægtede afgørelse blev der således taget hensyn til den langvarige brug af varemærket ARBRE MAGIQUE og til den omstændighed, at den årlige omsætning af de varer, der markedsføres under dette varemærke, overstiger 45 mio. enheder, og at omsætningen i Italien således i 1997 og i 1998 repræsenterede en markedsandel på over 50%. Desuden blev der i den anfægtede afgørelse taget hensyn til, at de reklameomkostninger, der afholdtes i Italien i 1996 og i 1997 til fremme af disse varer, havde oversteget 7 mia. italienske lire (ITL) (dvs. 3 615 198,29 EUR).
- 80 Den omstændighed, at salgshallene vedrører 1997 og 1998, og at reklameudgifterne vedrører 1996 og 1997, dvs. tidspunkter, der ligger efter datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af sagsøgerens varemærke, nemlig den 30. april 1996,

er ikke tilstrækkeligt til at fratage disse oplysninger deres beviskraft i forhold til konstateringen af, om det ældre varemærke nr. 91 991 er velkendt.

- 81 Ifølge retspraksis kan der nemlig tages hensyn til oplysninger, der vedrører tiden efter datoen for indgivelsen af en EF-varemærkeansøgning, hvis disse oplysninger giver mulighed for at drage konklusioner om situationen, sådan som den forelå på netop denne dato (Rettens dom af 15.12.2005, sag T-262/04, BIC mod KHIM (formen på en lighter med sten), Sml. II, s. 5959, præmis 82, jf. i denne retning Domstolens kendelse af 5.10.2004, sag C-192/03 P, Alcon mod KHIM, Sml. I, s. 8993, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis). Sådanne omstændigheder kan gøre det muligt at bekræfte eller bedre at vurdere rækkevidden af brugen af det omhandlede varemærke i den relevante periode (jf. analogt Domstolens kendelse af 27.1.2004, sag C-259/02, La Mer Technology, Sml. I, s. 1159, præmis 31).
- 82 Appellammeret kunne derfor gyldigt antage, at sådanne efterfølgende omstændigheder gav mulighed for at drage konklusioner om situationen, sådan som den forelå på datoen for sagsøgerens indgivelse af ansøgningen om registrering af varemærket, og for at bekræfte, at varemærke nr. 91 991 var velkendt på netop denne dato.
- 83 Det skal således især fremhæves, at en markedsandel på 50% i 1997 og i 1998 kun har kunnet opnås gradvist. Appellammeret begik derfor ikke en fejl ved i det væsentlige at antage, at situationen ikke var mærkbart anderledes i 1996.
- 84 Den omstændighed, at der er tale om oplysninger, der vedrører tiden efter sagsøgerens indgivelse af ansøgningen om registrering af varemærket, dvs. efter den 30. april 1996, er således ikke tilstrækkeligt til at fratage oplysningerne deres beviskraft i forhold til konstateringen af, om det ældre varemærke nr. 91 991 er velkendt.

- 85 Desuden kan sagsøgerens argument om, at appelkammeret, idet det alene støttede sig på generelle oplysninger om reklameomfang og salgstal, urigtigt lagde til grund, at det ældre varemærke havde en særlig grad af særpræg i Italien, ikke tiltrædes. Ifølge den retspraksis, sagsøgeren har påberåbt sig, kan et varemærkes fornødne særpræg ganske vist ikke godtgøres alene på grundlag af almindelige og abstrakte oplysninger, såsom bestemte procentforhold (Domstolens dom af 18.6.2002, sag C-299/99, Philips, Sml. I, s. 5475, præmis 62). Det skal imidlertid for det første bemærkes, at denne retspraksis vedrører spørgsmålet om, hvorvidt et varemærke, der er søgt registreret, har fået fornødent særpræg, og ikke — som i det foreliggende tilfælde — vurderingen af, hvorvidt et registreret varemærke, der allerede har fået fornødent særpræg, er velkendt. For det andet tog appelkammeret i det konkrete tilfælde ikke kun hensyn til generelle oplysninger, såsom bestemte procentforhold, for at afgøre, om varemærket var velkendt, men tog ligeledes hensyn til den langvarige brug af varemærket ARBRE MAGIQUE, hvilket sagsøgeren i øvrigt ikke har bestridt.
- 86 Sagsøgeren argument om, at appelkammeret med urette støttede sig på den omstændighed, at det ældre varemærke i en udformning, der i det væsentlige havde været den samme siden 1954, nød beskyttelse i medfør af registrering nr. 178 969, skal ligeledes forkastes. Sagsøgeren kan ikke med føje hævde, at appelkammeret ligestillede varemærkeansøgningstidspunktet med tidspunktet for den faktiske brug af varemærket CAR FRESHNER nr. 178 969, uden at der var blevet fremlagt nogen beviser for, at der var gjort brug af dette varemærke siden dets registrering. Som allerede anført og bekræftet af Harmoniseringskontoret under retsmødet, støttede appelkammeret sig således på den brug, som det var fastslået, at der var gjort af varemærket ARBRE MAGIQUE i Italien, og ikke på brugen af varemærket CAR FRESHNER. Det blev ganske vist konstateret i den anfægtede afgørelse, at varemærket CAR FRESHNER havde været registreret siden 1954, men med hensyn til den langvarige brug blev der i afgørelsen henvist til varemærket ARBRE MAGIQUE.
- 87 Det følger af det ovenfor anførte, at appelkammeret med rette var af den opfattelse, at det i tilstrækkelig grad var blevet godtgjort, at der i Italien var gjort langvarig brug af og var et udbredt kendskab til varemærket ARBRE MAGIQUE — og dermed varemærke nr. 91 991 — hvilke mærker blev opfattet som angivelser af, at varerne hidrører fra en bestemt virksomhed.

- 88 I betragtning af, at det ældre EF-varemærke nr. 91 991 er velkendt i Italien, hvilket navnlig skyldtes den langvarige brug af det som en bestanddel af varemærket ARBRE MAGIQUE og det udbredte kendskab til sidstnævnte varemærke på dette område, må det antages, at appelkammeret ikke begik en fejl ved at konkludere, at varemærket har en særlig grad af særpræg i Italien.

— Ligheden mellem varerne

- 89 I det foreliggende tilfælde er konstateringen i den anfægtede afgørelse af, at de varer, der er omfattet af det ældre varemærke og af det varemærke, der er søgt registreret i klasse 3 og 5, er af lignende art, ikke anfægtet af parterne.

- 90 I øvrigt er sagsøgerens argument om, at den internationale registrering af varemærket CAR FRESHNER for varer i klasse 5 ikke vedrører de lugtjernende midler, der er omhandlet i det foreliggende tilfælde, men »desinfektionsmidler; produkter til bad; insekticider; kemiske præparater«, ugrundet. Det er således ubestridt, at dette varemærke ligeledes er registreret for »luftopfriskende præparater [...] parfumer, æteriske olier [...]«, der henhører under klasse 3.

— Ligheden mellem varemærkerne

- 91 Ifølge retspraksis ligner to varemærker hinanden, såfremt der efter opfattelsen i den relevante kundekreds foreligger en i det mindste delvis lighed mellem dem i en eller flere relevante henseender (Rettens dom af 23.10.2002, sag T-6/01, Matratzen Concord mod KHIM — Hukla Germany (MATRATZEN/Matratzen Markt Concord), Sml. II, s. 4335, præmis 30).

- 92 Hvad angår det visuelle plan har den grafiske bestanddel, der er indeholdt i det varemærke, der er søgt registreret, i det foreliggende tilfælde en åbenbar dominerende karakter i helhedsindtrykket af tegnet og overskygger betydeligt ordbestanddelen. Betegnelsen »aire limpio« har i betragtning af, at de anvendte typer er af ringe størrelse, og af, at betegnelsen er anbragt inden i tegningen af et grantræ, en temmelig udvisket karakter i forhold til den grafiske bestanddel.
- 93 I modsætning til, hvad sagsøgeren har hævdet, er det helhedsindtryk, der fremkaldes af den grafiske udformning, ikke af en komisk figur, men snarere af et billede, der ligner et grantræ. Tegningen af den komiske figurs ansigt og arme er integreret i den midterste del af grantræet, og i bunden har tegningen af de to sko, der er adskilt med 180 grader, form som en sokkel. Det morsomme og animerede anstrøg i denne figurs træk giver den grafiske gengivelse af grantræet et fantasifuldt præg, hvorved det varemærke, der er søgt registreret, af kundekredsen ville kunne blive anset for en morsom og animeret variant af det ældre varemærke. Det varemærke, der er søgt registreret, består derfor af et tegn, hvis dominerende bestanddel er et omrids, der ligner et grantræ, som det ældre varemærke består af. Det er denne bestanddel, som primært vil blive opfattet af forbrugeren og være afgørende for hans valg, så meget desto mere som der i det foreliggende tilfælde er tale om dagligvarer, der sælges i selvbetjeningsbutikker.
- 94 Den grafiske gengivelse, der svarer til et grantræ, fremstår derfor på det visuelle plan som den dominerende bestanddel i helhedsindtrykket af det varemærke, der er søgt registreret.
- 95 På det begrebsmæssige plan er de omhandlede tegn begge knyttet til omridset af grantræet. Henset til det indtryk de giver og til, at udtrykket »aire limpio« ikke har

nogen bestemt betydning for den italienske kundekreds, må det bekræftes, at der er begrebsmæssig lighed mellem dem.

- 96 Det følger heraf, at det var med rette, at appelkammeret fandt, at de omtvistede tegn, idet de gjorde brug af billeder, som var sammenfaldende med hensyn til det, de søger at gengive, dvs. omridset af et grantræ, lignede hinanden på det begrebsmæssige plan. På det fonetiske plan er der en forskel som følge af, at det ældre varemærke, der er et rent grafisk varemærke, kan gengives mundtligt ved hjælp af en beskrivelse af tegnet, mens det varemærke, der er genstand for registreringsansøgningen, kan nævnes mundtligt ved at udtale dets ordbestanddel, dvs. »aire limpio«.

— Risiko for forveksling

- 97 Risiko for forveksling er ifølge fast retspraksis risikoen for, at det i kundekredsen kan antages, at de pågældende varer eller tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder. 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 tegn og de omhandlede varer eller tjenesteydelser. Der skal herved tages hensyn til alle de faktorer, der karakteriserer det foreliggende tilfælde, navnlig at ligheden mellem tegnene og ligheden mellem de pågældende varer og tjenesteydelser står i et indbyrdes afhængighedsforhold (jf. Rettens dom af 9.7.2003, sag T-162/01, Laboratorios RTB mod KHIM — Giorgio Beverly Hills (Giorgi/GIORGIO BEVERLY HILLS), Sml. II, s. 2821, præmis 30-32).
- 98 Helhedsvurderingen af risikoen for forveksling for så vidt angår de omtvistede tegns visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige lighed skal imidlertid være baseret på helhedsindtrykket af tegnene, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller er dominerende (Rettens dom af 14.10.2003, sag T-292/01,

Phillips-Van Heusen mod KHIM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (PASH/BASS), Sml. II, s. 4335, præmis 47).

- 99 Desuden skal det bemærkes, at der er større risiko for forveksling, jo stærkere det ældre varemærkes særpræg er. Det kan derfor ikke udelukkes, at den begrebsmæssige lighed, der skyldes, at to varemærker anvender billeder, hvis meningsindhold er det samme, kan skabe risiko for forveksling i et tilfælde, hvor det ældre varemærke har en særlig grad af særpræg, enten i sig selv, eller fordi det er kendt i offentligheden (SABEL-dommen, nævnt i præmis 52 ovenfor, præmis 24).
- 100 Eftersom de omhandlede varer i det foreliggende tilfælde er dagligvarer, er den relevante kundekreds gennemsnitsforbrugeren, som anses for at være almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer vil ikke udvise nogen særlig opmærksomhed ved købet af dem.
- 101 Forbrugeren vil således normalt selv vælge de omhandlede varer og vil derfor have en tendens til først og fremmest at stole på det billede af varemærket, der er påført disse varer, dvs. omridset af et grantræ.
- 102 I betragtning af dels, at de omhandlede varer er af lignende art, og at de omhandlede varemærker visuelt og begrebsmæssigt ligner hinanden, dels at det ældre varemærke har en særlig grad af særpræg i Italien, må det herefter konstateres, at appelkammeret ikke begik en fejl ved at konkludere, at der var risiko for forveksling.

- 103 Denne konklusion svækkes ikke af de argumenter, som sagsøgeren har anført.
- 104 For det første er sagsøgerens argument om, at det ældre varemærke har en svag grad af særpræg som følge af, at omridset af grantræet er beskrivende for de omhandlede varer, grundløst. Som Harmoniseringskontoret med rette har anført, er det ældre varemærke nemlig ikke blot en virkelighedstro gengivelse af et grantræ. Det gengivne grantræ er stiliseret og har andre særlige kendetegn. Det har en meget kort stamme, og det er placeret på en rektangulær bund, der fungerer som sokkel. Desuden har det ældre varemærke, som allerede fastslået, fået en særlig grad af særpræg i betragtning af, at det er velkendt. Endvidere er sagsøgerens argument vedrørende det britiske patentkontors retningslinjer, hvori det bekræftes, at omridset af grantræet har en beskrivende karakter i forhold til de omhandlede varer, irrelevant, eftersom EF-varemærkesystemet er et selvstændigt system, der består af en helhed af regler, og idet det forfølger formål, der er særlige for det, er dets anvendelse uafhængig af alle nationale systemer, og lovligheden af appelkamrenes afgørelser skal udelukkende vurderes på grundlag af forordning nr. 40/94, som denne fortolkes af Fællesskabets retsinstanser (Rettens dom af 11.5.2005, sag T-31/03, Grupo Sada mod KHIM — Sadia (Sadia/Grupo Sada), Sml. II, s. 1667, præmis 84).
- 105 For det andet skal sagsøgerens argumenter, hvormed det søges påvist, at det ældre varemærke skulle have været udelukket fra registrering, dels fordi det i det væsentlige kun bestod af formen på den vare, som markedsføres under dette varemærke, dels fordi det ældre varemærkes udformning, dvs. omridset af et grantræ, var nødvendig for at opnå det tekniske resultat, der tilsigtes med varen, forkastes. Sagsøgeren kan således under alle omstændigheder ikke i en indsigelsessag påberåbe sig en absolut registreringshindring som værende til hinder for, at en national myndighed eller Harmoniseringskontoret gyldigt kan registrere et tegn. De absolutte registreringshindringer i artikel 7 i forordning nr. 40/94 skal ikke behandles inden for rammerne af en indsigelsessag, og denne artikel er ikke blandt de bestemmelser, med hensyn til hvilke lovligheden af den anfægtede afgørelse skal vurderes (Rettens dom af 30.6.2004, sag T-186/02, BMI Bertollo mod KHIM — Diesel (DIESEL/dieselit), Sml. II, s. 1887, præmis 71).

106 Endelig bemærkes for det tredje, at den dom, som sagsøgeren under retsmødet fremlagde og påberåbte sig, der blev afsagt den 5. april 2005 af Tribunal Supremo, hvorved sagsøgeren endeligt blev tildelt rettighederne til det spanske varemærke Aire Limpio nr. 2 033 859, er uden relevans i det foreliggende tilfælde. Som det allerede er blevet præciseret, skal lovligheden af appelkamrenes afgørelser således udelukkende vurderes på grundlag af forordning nr. 40/94, som denne fortolkes af Fællesskabets retsinstanser (dommen i sagen Sadia/Grupo Sada, nævnt i præmis 104 ovenfor, præmis 84).

107 Det følger af det ovenfor anførte, at det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 skal forkastes som ugrundet.

Andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 73 i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

108 Sagsøgeren har gjort gældende, at den anfægtede afgørelse blev truffet i strid med artikel 73 i forordning nr. 40/94.

109 Ifølge denne artikel og ifølge retspraksis skal begrundelsen for en bebyrdende afgørelse give afgørelsens adressat de oplysninger, der er nødvendige for, at den pågældende kan afgøre, om afgørelsen er korrekt, og skal gøre det muligt for

Fællesskabets retsinstanser at udøve kontrol med hensyn til afgørelsens lovlighed (Rettens dom af 23.10.2002, sag T-388/00, Institut für Lernsysteme mod KHIM — Educational Services (Ils/ELS), Sml. II, s. 4301, præmis 59).

- 110 Såvel Indsigelsesafdelingen — i afgørelsen af 25. februar 2003 — som appelkammeret begrænsede allerede deres bedømmelse til på den ene side det varemærke, der er søgt registreret, og på den anden side til EF-varemærkeregistrering nr. 91 991. For at fastslå, at der forelå en relativ registreringshindring i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, støttede appelkammeret sig imidlertid også på dokumenter vedrørende andre varemærker. Begrundelsen for den anfægtede afgørelse vedrørte følgelig ældre varemærker, som appelkammeret selv havde udelukket fra den sammenlignende analyse til afgørelse af, om der var risiko for forveksling. Den anfægtede afgørelses begrundelse er derfor ufuldstændig, og appelkammeret har tilsidesat artikel 73 i forordning nr. 40/94.
- 111 Heroverfor har Harmoniseringskontoret — støttet af intervenienten — anført, at sagsøgeren havde haft muligheden for at imødegå indholdet af de dokumenter og beviser, som den anfægtede afgørelse var støttet på med henblik på at fastlægge det udbredte kendskab til og den langvarige brug af varemærke nr. 91 991 i Italien, da disse dokumenter havde været fremlagt under sagen for Indsigelsesafdelingen. Sagsøgeren har imidlertid ikke anfægtet rigtigheden af disse oplysninger.
- 112 For så vidt angår den omstændighed, at nævnte dokumenter omhandlede et varemærke, der af procesøkonomiske hensyn var blevet udelukket fra sammenligningen, betyder denne udelukkelse på ingen måde, at disse dokumenter var uden betydning for den italienske kundekreds' opfattelse af det ældre varemærke, som den anfægtede afgørelse er støttet på. Nærmere bestemt har Harmoniseringskontoret aldrig erklæret, at denne udelukkelse indebar, at de omtvistede dokumenter ikke ville blive taget i betragtning ved vurderingen af den italienske kundekreds' opfattelse af det varemærke, som den anfægtede afgørelse er støttet på, idet de to påberåbte varemærker er sammenfaldende med hensyn til deres grafiske bestanddel.

Sagsøgerens proceduremæssige rettigheder er således ikke blevet tilsidesat ved den anfægtede afgørelse, da sagsøgeren havde haft lejlighed til at udtale sig om de beviser og dokumenter, der blev anvendt til at fastlægge det udbredte kendskab til og den langvarige brug af det ældre varemærke.

Rettens bemærkninger

- 113 Harmoniseringskontorets afgørelser skal begrundes, jf. artikel 73 i forordning nr. 40/94. Desuden er det i regel 50, stk. 2, litra h), i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1) bestemt, at appelkammerets afgørelse skal indeholde begrundelserne for afgørelsen. Det bemærkes herved, at begrundelsespligten i henhold til disse bestemmelser svarer til den, der er fastsat i artikel 253 EF (Domstolens dom af 21.10.2004, sag C-447/02 P, KWS Saat mod KHIM, Sml. I, s. 10107, præmis 64, og Rettens dom af 28.4.2004, forenede sager T-124/02 og T-156/02, Sunrider Corporation mod KHIM — Vitakraft Werke Wührmann og Friesland Brands (VITAKRAFT og VITA/VITATASTE og BALANCE og BALANS/META BALANCE 44), Sml. II, s. 1149, præmis 72).
- 114 Det følger af fast retspraksis, at begrundelsen i henhold til artikel 253 EF klart og utvetydigt skal angive, hvilke overvejelser udstederen af akten har gjort sig. Formålet med begrundelsespligten er dels, at de berørte personer kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, for at de kan forsvare deres rettigheder, dels at Fællesskabets retsinstanser kan efterprøve beslutningens lovlighed (Domstolens dom af 14.2.1990, sag C-350/88, Delacre m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 395, præmis 15, og dommen i sagen KWS Saat mod KHIM, nævnt i præmis 113 ovenfor, præmis 65, samt dommen i sagen VITAKRAFT og VITA/VITATASTE og BALANCE og BALANS/META BALANCE 44, nævnt i præmis 113 ovenfor, præmis 73).

- 115 Dertil kommer, at det følger af artikel 73 i forordning nr. 40/94, at Harmoniseringskontorets afgørelser kun må støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om. Denne bestemmelse omhandler såvel forhold af faktisk og retlig art som beviser.
- 116 Retten til at blive hørt omfatter imidlertid de forhold af faktisk eller retlig art, som danner grundlag for beslutningsprocessen, men ikke det endelige standpunkt, som administrationen agter at indtage (Rettens dom af 7.6.2005, sag T-303/03, Lidl Stiftung mod KHIM — REWE-Zentral (Solevita/SALVITA), Sml. II, s. 1917, præmis 62).
- 117 I det foreliggende tilfælde angiver den anfægtede afgørelse klart og utvetydigt appelkammerets argumentation. Som det fremgår af ordlyden af den anfægtede afgørelse, der angiver de argumenter, der var påberåbt for appelkammeret af sagsøgeren, havde sidstnævnte haft lejlighed til at udtale sig om alle de oplysninger, som den anfægtede afgørelse var støttet på, og om appelkammerets anvendelse af beviserne vedrørende brugen af de ældre varemærker i forbindelse med dets bedømmelse.
- 118 Da det således ikke er godtgjort, at der er sket tilsidesættelse af artikel 73 i forordning nr. 40/94, skal det andet anbringende forkastes og Harmoniseringskontoret frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

- 119 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.

120 Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale Harmoniseringskontorets og intervenientens omkostninger i overensstemmelse med deres påstande herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Fjerde Afdeling)

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

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

Legal

Lindh

Wiszniewska-Białecka

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 7. september 2006.

E. Coulon

H. Legal

Justitssekretær

Afdelingsformand