

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (fjärde avdelningen)
den 18 februari 2004 *

I mål T-10/03,

Jean-Pierre Koubi, Marseille (Frankrike), företrädd av advokaten K. Manhaeve,
med delgivningsadress i Luxemburg

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och
modeller), företrädd av S. Laitinen och S. Pétrequin, båda i egenskap av ombud,

svarande,

* Rättegångsspråk: franska.

svarande,

Fabricas Lucia Antonio Betere, SA (Flabesa), Madrid (Spanien), företrätt av advokaten I. Valdelomar,

angående en talan om ogiltigförklaring av det beslut som fattats av fjärde överklagandenämnden vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) den 16 oktober 2002 (ärende R 542/2002-4) angående ett invändningsförfarande mellan Jean-Pierre Koubi och Fabricas Lucia Antonio Betere, SA (Flabesa),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(fjärde avdelningen),

sammansatt av ordföranden H. Legal samt domarna V. Tiili och M. Vilaras,

justitiesekreterare: biträdande justitiesekreteraren B. Pastor,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter förhandlingen den 20 november 2003,

följande

Dom

Målets bakgrund

- 1 Sökanden ansökte den 13 maj 1999 om registrering av ett gemenskapsvarumärke enligt rådets förordning nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3) i ändrad lydelse vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån).
- 2 Det varumärke ansökan avsåg var ordtecknet CONFORFLEX.
- 3 De varor och tjänster som ansökan avsåg ingår i klass 20 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvaras av följande lydelse: "sängmöbler".
- 4 Denna ansökan om gemenskapsvarumärke offentliggjordes i Bulletinen för gemenskapsvarumärken nr 93/99 av den 22 november 1999.

- 5 Den 21 februari 2000 framställde Fabricas Lucia Antonio Betere, SA (nedan kallad intervenienten) en invändning mot registreringen med stöd av artikel 42.1 i förordning nr 40/94. Grunden för invändningen var att det förelåg förväxlingsrisk enligt artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 mellan det varumärke som ansökan avsåg och fyra äldre varumärken som innehades av intervenienten.
- 6 I beslut av den 23 mars 2001 slog invändningsenheten fast att intervenienten inte visat att två av de fyra äldre varumärkena verkligen använts. Den har således endast beaktat följande två varumärken:

— Det figurmärke, avbildat nedan, som i Spanien registrerats med nr 1 951 681.



— Det figurmärke, avbildat nedan, som i Spanien registrerats med nr 2 147 672.



- 7 De varor som de äldre varumärkena registrerats för omfattas av klass 20 i Niceöverenskommelsen, och har beskrivits på följande sätt: ”Sängar, madrasser och ullkuddar med stoppning av ull, halm, hästtagel och liknande material, madrasser av blandade material med elastiska resårer, kuddar och madrasser av skumgummi, skum och varje form av polyuretanskum, vaggor, divaner, halmmadrasser med trä- och metallstomme, våningssängar, sängbord, strand- och campingmöbler, alla slags möbler, inklusive möbler av metall, bäddsoffor, kontorsmöbler, madrasser med metall- och rörfjädring, luftmadrasser för icke-medicinska ändamål, madrasser och resår-madrasser för sängkläder, sängramar (i trä), bäddartiklar med undantag för sängöverkast, bäddanordningar (dock ej av metall), sänghjul av andra material än metall, resår-madrasser för sängar, sjukhussängar, vattensängar för icke-medicinskt bruk, möbler, speglar, ramar, varor som inte ingår i andra klasser av trä, kork, vass, vide, horn, ben, elfenben, fiskben, skal, bärnsten, pärlemor, sjöskum, ersättningar för samtliga dessa material eller av plast.”
- 8 Invändningsenheten avslög invändningen med motiveringen att det inte förelåg någon förväxlingsrisk mellan varumärkena, eftersom de inte liknade varandra.
- 9 Intervenienten överklagade den 18 maj 2001 i enlighet med artikel 59 i förordning nr 40/94 invändningsenhetens beslut.
- 10 Genom beslut av den 16 oktober 2002 (nedan kallat det omtvistade beslutet), som delgavs sökanden den 7 november samma år, biföll fjärde överklagandenämnden vid harmoniseringsbyrån överklagandet och ogiltigförklarade således invändningsenhetens beslut samt avslög ansökan om gemenskapsvarumärke. Enligt överklagandenämnden innehöll de ifrågavarande kännetecknen samma hänvisning till flexibilitet och uppvisade starka begreppsmässiga likheter, vilka inte bedömts av invändningsenheten. Överklagandenämnden angav vidare att även om uttrycket flex är suggererande har sökanden inte visat att det använts ofta av

andra företag på den spanska marknaden för att ange sängmöbler. Mot denna bakgrund och med hänsyn till att de berörda varorna är identiska slog överklagandenämnden fast att det föreligger en förväxlingsrisk mellan det varumärke ansökan avser och de äldre varumärkena.

Förfarande och parternas yrkanden

- 11 Sökanden har genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 13 januari 2003 väckt talan i förevarande mål.
- 12 Intervenienten och harmoniseringsbyrån har den 16 april respektive den 12 maj 2003 inkommit med sina svarsinlagor till förstainstansrättens kansli.
- 13 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det omtvistade beslutet, och

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

14 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

15 Intervenienten har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan,

— avslå ansökan om registrering av varumärket, och

— fatta ett för intervenienten förmånligt beslut angående rättegångskostnaderna.

Bedömning

16 Sökanden har till stöd för sin talan åberopat att artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 har åsidosatts.

Parternas yttranden

- 17 Sökanden har inledningsvis hänvisat till domstolens dom av den 11 november 1997 i mål C-251/95, SABEL (REG 1997, s. I-6191), och anført att det skall göras en helhetsbedömning av förväxlingsrisken bland allmänheten, med beaktande av samtliga relevanta omständigheter i fallet, i synnerhet av den fonetiska, visuella och begreppsmässiga likheten mellan varumärkena, samt av varumärkenas särskiljningsförmåga.
- 18 Sökanden har för det första gjort gällande att kännetecknen i fråga inte liknar varandra.
- 19 De äldre varumärkena består visuellt av en eller flera figurdelar och en orddel, medan det varumärke ansökan avser endast består av ett ordtecken, där uttrycket flex dessutom inte framhävts.
- 20 Enligt sökanden är den omständigheten att de äldre varumärkenas enda stavelse är identisk med den tredje stavelsen i det sökta gemenskapsvarumärket inte tillräcklig för att de skall anses likna varandra fonetiskt. Konsumenterna fäster i allmänhet större uppmärksamhet vid början av ett varumärke än vid slutet, vilket också slagits fast av en överklagandenämnd i ett förfarande angående varumärkena INCEL och LINZEL (Vertex Pharmaceuticals Inc. mot Almirall-Prodesfarma SA, beslut R 793/2001-2 av den 16 oktober 2002). Dessutom betonas den första stavelsen i ordmärket när det uttalas på spanska, där betoningen är betydligt mer markerad i första stavelsen än i de andra och tredje stavelserna.

- 21 Begreppsmässigt bygger de äldre varumärkena på svansymbolen i lika stor utsträckning som de hänför sig till begreppet flexibilitet, medan det varumärke som är föremål för ansökan avser att sätta begreppen komfort och flexibilitet ”i perspektiv”, med betoning på begreppet komfort, som suggereras genom den första stavelsen.
- 22 Sökanden har för det andra påpekat att det endast föreligger en likhet mellan varumärkena i fråga om uttrycket flex, som är gemensam för de två varumärkena och som av överklagandenämnden ansetts vara den dominerande delen i dessa varumärken. För det fall detta skulle vara riktigt menar sökanden att detta uttryck måste vara särskiljande för att påverka bedömningen av förväxlingsrisken. Enligt domen i det ovannämnda målet SABEL ökar nämligen förväxlingsrisken när särskiljningsförmågan hos det äldre varumärket är hög.
- 23 Sökanden har, med hänvisning till domstolens dom av den 22 juni 1999 i mål C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer (REG 1999, s. I-3819), anfört att vid bedömningen av ett varumärkes särskiljningsförmåga skall hänsyn tas till samtliga relevanta faktorer, särskilt varumärkets inneboende egenskaper, inbegripet huruvida det har beskrivande element avseende de varor eller tjänster med avseende på vilka det har registrerats.
- 24 Uttrycket flex hänvisar klart och omedelbart till begreppet eller egenskapen flexibilitet. Det utgör stammen i de spanska orden flexibilidad och flexible, och är på så sätt det kortaste uttrycket för att suggerera denna egenskap.
- 25 Sökanden har gjort gällande att flexibilitet är en väsentlig egenskap för alla bäddartiklar. I ett stort antal gemenskapsvarumärken samt internationella och spanska varumärken har uttrycket flex därför använts för att ange denna typ av varor.

- 26 Uttrycket flex, som suggererar egenskapen flexibilitet, är således vanligt förekommande i många varumärken. Sökanden har anfört att särskiljningsförmågan hos de äldre varumärkena inte får bygga på ett allmänt brukligt uttryck, även om det är dominerande. Det kan inte rimligen fastställas föreligga en förväxlingsrisk mellan två varumärken när likheten mellan dessa utgörs av ett allmänt brukligt uttryck. Eftersom den enda likheten mellan märkena utgörs av ordtecknet flex, som är allmänt brukligt i fråga om bäddartiklar, föreligger det inte någon förväxlingsrisk mellan de äldre varumärkena och det varumärke som ansökan avser.
- 27 Sökanden har slutligen anfört dels att invändningsenhetens konstaterande att intervenienten inte visat att de äldre varumärkena varit kända inte ifrågasatts i det omtvistade beslutet, dels att dessa varumärken överlåtits till det spanska bolaget Flex Equipos De Descanso, SA, som således är innehavare av dessa varumärken.
- 28 Harmoniseringsbyrån har gjort gällande att de nya handlingar som sökanden ingett till förstainstansrätten för att visa att uttrycket flex saknar särskiljningsförmåga skall lämnas utan avseende av förstainstansrätten enligt dess dom av den 12 december 2002 i mål T-247/01, eCopy mot harmoniseringsbyrån (ECOPY) (REG 2002, s. II-5301). Även om förstainstansrätten skulle beakta dessa handlingar visar de inte att uttrycket flex användes i samband med möbler, och särskilt sängmöbler, av andra företag på den spanska marknaden när ansökan om gemenskapsvarumärke inkom, och att det uttrycket därför saknar särskiljningsförmåga.
- 29 Harmoniseringsbyrån har vidare anfört att det, med hänsyn till att det rör sig om varor av samma slag och med hänsyn till likheten mellan de ifrågavarande

kännetecknen, var korrekt av överklagandenämnden att slå fast att det förelåg förväxlingsrisk, inbegripet risken för att varumärket associeras med de äldre varumärkena, inom det territorium där dessa är skyddade, det vill säga i Spanien.

- 30 Intervenienten har inledningsvis anfört att förstainstansrätten skall lämna de handlingar som bifogats ansökan för att visa att uttrycket flex saknar särskiljningsförmåga utan avseende, eftersom dessa inte företetts innan målet i förstainstansrätten inleddes och syftet med det förfarandet inte är att inleda ett nytt invändningsförfarande. Intervenienten har vidare gjort gällande att uttrycket flex har en hög särskiljningsförmåga i sig.
- 31 Intervenienten har anfört att de ifrågavarande kännetecknen skall anses likna varandra, till följd av den totala likheten i visuellt, fonetiskt och begreppsmässigt hänseende mellan de två orddelarna, det vill säga uttrycket flex, som är gemensamma för de två kännetecknen och särskiljande. Förväxlingsrisken förstärks av de ifrågavarande kännetecknens avsaknad av betydelse och av det anseende de äldre varumärkena åtnjuter i Spanien, vilket framgår av handlingar som bifogats intervenientens svarsinlägga.
- 32 Enligt intervenienten medför slutligen den omständigheten att risken för att varumärket associeras med det äldre varumärket, som omnämns i förordning nr 40/94, att en förväxlingsrisk kan föreligga även när allmänheten inte nödvändigtvis förväxlar två varumärken, utan endast deras grundläggande beståndsdelar. Det föreligger sålunda en risk för att varumärket associeras med ett äldre varumärke när allmänheten uppfattar den grundläggande beståndsdel i två kännetecken som en hänvisning till innehavaren av det äldre varumärket. Allmänheten är benägen att tro att den beståndsdel som lagts till den grundläggande beståndsdel, som är gemensam för de två kännetecknen i fråga, tjänar till att särskilja en viss vara från den grupp av varor som identifieras genom denna grundläggande beståndsdel, och att alla dessa varor härrör från samma företag. I förevarande mål är allmänheten benägen att uppfatta CONFORFLEX som ett annat varumärke som innehas av det företag som distribuerar de varor som identifieras genom varumärket FLEX.

Förstainstansrättens bedömning

Inledande anmärkningar

- 33 Sökanden har såväl i sin ansökan som vid förhandlingen hävdad att intervenienten inte längre innehar de äldre varumärkena, eftersom dessa överlåtits till ett annat bolag som bildats enligt spansk rätt. Förutom att inga handlingar har presenterats till stöd för detta påstående och att det inte bekräftats av harmoniseringsbyrån, som inte erhållit någon anmälan om överlåtelse av dessa varumärken, har intervenienten i sin svarsinlaga angivit sig vara innehavare av dessa varumärken, och intervenientens namn har uttryckligen angivits i det omtvistade beslutet. Mot denna bakgrund och med hänsyn till artikel 134.1 i förstainstansrättens rättegångsregler skall bolaget Fabricas Lucia Antonio Betere anses vara intervenient i förevarande mål.

Yrkandet att ansökan om registrering av varumärket skall avslås

- 34 Intervenientens andra yrkande är i sak att förstainstansrätten skall förelägga harmoniseringsbyrån att avslå ansökan om registrering av varumärket.
- 35 Harmoniseringsbyrån är enligt artikel 63.6 i förordning nr 40/94 skyldig att vidta de åtgärder som krävs för att följa domstolens dom. Det ankommer därför inte på förstainstansrätten att rikta förelägganden till harmoniseringsbyrån. Det åligger harmoniseringsbyrån att rätta sig efter domslutet och domskälen i denna dom. Intervenientens andra yrkande skall således avvisas (förstainstansrättens dom av den 31 januari 2001 i mål T-331/99, Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld mot harmoniseringsbyrån (Giroform), REG 2001, s. II-433, punkt 33, och av den 27 februari 2002 i mål T-34/00, Eurocool Logistik mot harmoniseringsbyrån (EUROCOOL), REG 2002, s. II-683, punkt 12).

Yrkandet om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet

- 36 Enligt artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 skall, när innehavaren av ett äldre varumärke framför en invändning, det varumärke som ansökan gäller inte kunna registreras "om det, på grund av att det är identiskt med eller liknar det äldre varumärket och de varor eller tjänster som omfattas av varumärkena är identiska eller är av liknande slag, föreligger en risk att allmänheten förväxlar dem inom det område där det äldre varumärket är skyddat, inbegripet risken för att varumärket associeras med det äldre varumärket". Enligt artikel 8.2 a ii i förordning nr 40/94 avses med äldre varumärken de varumärken som har registrerats i en medlemsstat för vilka ansökan om registrering gjorts tidigare än ansökan om registrering av gemenskapsvarumärket.
- 37 Risken för att allmänheten skall förväxla varumärken, som är ett villkor för tillämpning av den ovannämnda bestämmelsen, föreligger när det finns en risk att allmänheten kan tro att varorna eller tjänsterna i fråga kommer från samma företag, eller i förekommande fall från företag som ekonomiskt är knutna till varandra (domstolens dom av den 29 september 1998 i mål C-39/97, Canon, REG 1998, s. I-5507, punkt 29, och domen i det ovannämnda målet Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 17, samt förstainstansrättens dom av den 23 oktober 2002 i mål T-104/01, Oberhauser mot harmoniseringsbyrå — Petit Liberto (Fifties), REG 2002, s. II-4359, punkt 25). Förväxlingsrisken skall avgöras genom en helhetsbedömning med hänsyn till samtliga relevanta faktorer i det enskilda fallet (domarna i de ovannämnda målen Canon, punkt 16, Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 18, och Fifties, punkt 26).
- 38 Denna helhetsbedömning förutsätter ett visst samspel mellan de faktorer som beaktas och, i synnerhet, varumärkenas likhet och likheten mellan de varor eller tjänster som de avser. Således kan en låg grad av likhet mellan de varor eller tjänster som avses kompenseras av att varumärkena i hög grad liknar varandra eller vice versa (domarna i de ovannämnda målen Canon, punkt 17, Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 19, och Fifties, punkt 27).

- 39 Dessutom har det intryck som varumärket gör hos genomsnittskonsumenten av varor eller tjänster av det slag som är i fråga avgörande betydelse vid helhetsbedömningen av förväxlingsrisken. Den bedömningen skall, mot bakgrund av varornas art, det vill säga bäddartiklar, som är vanliga konsumtionsvaror, och att de äldre varumärkena registrerats och skyddats i Spanien, i förevarande mål göras med utgångspunkt i genomsnittskonsumenten i denna medlemsstat. En normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument uppfattar vanligtvis ett varumärke som en helhet och ägnar sig inte åt att undersöka dess olika detaljer (domarna i de ovannämnda målen SABEL, punkt 23, Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 25, och Fifties, punkt 28). Hänsyn skall dessutom tas till att genomsnittskonsumenten sällan har möjlighet att göra en direkt jämförelse mellan de olika varumärkena utan måste förlita sig på en oklar bild som han har i minnet, och att dennes uppmärksamhet kan variera beroende på vilken kategori av varor eller tjänster det är fråga om (domarna i de ovannämnda målen Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 26, och Fifties, punkt 28).
- 40 Mot denna bakgrund skall förstainstansrätten jämföra för det första de ifrågavarande varorna, och för det andra de motstående kännetecknen.
- 41 När det gäller jämförelsen mellan varorna, ingår de varor som omfattas av det varumärke för vilket registrering söktes, det vill säga "sängmöbler", som ingår i klass 20, i den mycket omfattande kategori varor som de äldre varumärkena avser och som ingår i samma varuklass. Denna kategori omfattar alla slags möbler, inklusive bäddartiklar.
- 42 Såsom överklagandenämnden har slagit fast (punkt 14 i det omtvistade beslutet) är de varor som omfattas av det varumärke som registreringsansökan avser identiska med de varor som de äldre varumärkena omfattar. Sökanden har heller inte invänt mot överklagandenämndens bedömning i denna del.

- 43 Vad för det andra gäller jämförelsen mellan kännetecknen framgår det av rättspraxis att helhetsbedömningen av risken för förväxling skall, vad gäller de aktuella varumärkenas visuella, fonetiska och begreppsmässiga likhet, grunda sig på det helhetsintryck som varumärkena ger, i synnerhet med hänsyn till deras särskiljande och mest dominerande beståndsdelar (domarna i de ovannämnda målen SABEL, punkt 23, och Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 25).
- 44 Överklagandenämnden har i det omtvistade beslutet (punkt 13) understrukit orddelens dominans i de äldre varumärkena och slagit fast att de motstående kännetecknen uppvisar starka begreppsmässiga likheter, vilka uppväger de visuella och fonetiska skillnader som nämnts i invändningsenhetens beslut (punkt 19).
- 45 Uttrycket flex utgör den dominerande beståndsdel i det helhetsintryck som de äldre varumärkena ger. Orddelen, som är den mest framträdande identifieringsfaktorn för allmänheten, dominerar uppenbart över figurdelen, som är försumbar och obetydlig när det gäller det varumärke som registrerats med nr 1 951 681. Vidare har genomsnittskonsumenten ofta endast en oklar bild av varumärket i minnet, vilket förstärker betydelsen av de beståndsdelar som är särskilt iögonfallande och enkla att lägga på minnet, såsom uttrycket flex i förevarande mål, vilket utgör stammen i de spanska orden flexibilidad och flexible.
- 46 Denna jämförelse mellan den dominerande orddelen i de äldre varumärkena och det ordmärke som ansökan gäller visar att det finns en visuell likhet mellan dem (domen i det ovannämnda målet Fifties, punkt 37). Den skillnad som uppkommer genom att orddelen confor läggs till i det varumärke som ansökan avser är nämligen inte tillräckligt viktig för att motverka likheten som uppkommer genom att den dominerande delen, det vill säga uttrycket flex, sammanfaller. Den omständigheten att de äldre varumärkena innehåller figurdelar medför likväl, även om de är av liten betydelse, att de motstående kännetecknen skiljer sig åt vid en visuell bedömning av dem.

- 47 Med hänsyn till vad som ovan anförts om likheterna i fråga om den dominerande beståndsdel mellan de äldre varumärkena och det varumärke som ansökan avser, uppvisar de motstående kännetecknen en viss fonetisk likhet. Tillägget av uttrycket confor till uttrycket flex i det varumärke som ansökan avser medför emellertid att de motstående kännetecknen vid en helhetsbedömning uppvisar olikheter.
- 48 När det gäller den begreppsmässiga bedömningen utgör den gemensamma orddelen flex i de motstående kännetecknen stammen i de spanska orden flexibilidad och flexible. Kännetecknen sammanfaller således också vad gäller semantiskt innehåll, genom att de för spanska konsumenter klart hänvisar till begreppet flexibilitet. Tillägget av uttrycket confor till uttrycket flex i det varumärke som ansökan avser, medför endast att denna uppfattning kompletteras och förstärks. Såsom harmoniseringsbyrån har påpekat hänvisar orddelen confor nämligen uppenbart till begreppet komfort, som när det gäller bäddartiklar associeras med begreppet flexibilitet. Det föreligger således en stor likhet mellan de ifrågavarande varumärkena.
- 49 Av det ovanstående följer att de varor som omfattas av de ifrågavarande kännetecknen är identiska och att dessa kännetecknen uppvisar en stor begreppsmässig likhet.
- 50 Såväl sökanden som intervenienten har, när det gäller bedömningen av förväxlingsrisken, i sina inlagor framhållit vikten av de äldre varumärkenas särskiljningsförmåga, och har hänvisat till domen i det ovannämnda målet SABEL. Det framgår nämligen av denna dom, och av domarna i de ovannämnda målen Lloyd Schuhfabrik Meyer och Canon, att ett äldre varumärkes särskiljningsförmåga, som skall fastställas med hänsyn antingen till varumärkets inneboende egenskaper eller till att det är allmänt känt, skall beaktas vid bedömningen av huruvida likheten mellan de varor eller tjänster som täcks av de två varumärkena är tillräckligt stor för att det skall föreligga en förväxlingsrisk

(domarna i de ovannämnda målen Canon, punkterna 18 och 24, och Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 20). Domstolen har vidare fastslagit att eftersom förväxlingsrisken är större ju högre det äldre varumärkets särskiljningsförmåga visar sig vara (domen i det ovannämnda målet SABEL, punkt 24), åtnjuter varumärken som antingen i sig eller på grund av att de är kända på marknaden har hög särskiljningsförmåga ett mera omfattande skydd än varumärken med lägre särskiljningsförmåga (se domarna i de ovannämnda målen Canon, punkt 18, och Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 20).

- 51 Sökanden har gjort gällande att förekomsten på den spanska marknaden av ett stort antal nationella varumärken och gemenskapsvarumärken som registrerats för bäddartiklar och som innehåller uttrycket flex, visar att detta uttryck är allmänt brukligt och således inte kan användas för att ange kommersiellt ursprung. Eftersom likheten mellan de ifrågavarande kännetecknen endast utgörs av en gemensam del som är allmänt bruklig föreligger det ingen förväxlingsrisk mellan dessa kännetecken. Intervenienten har anfört att de äldre varumärkena är mycket välkända i Spanien.
- 52 Sökanden har, till stöd för sina påståenden, ingivit en rad handlingar som visar registreringar i Spanien eller på gemenskapsnivå av varumärken med uttrycket flex för vissa bäddartiklar. Det är emellertid ostridigt att dessa handlingar inte företetts förrän vid förstainstansrätten. De skall således lämnas utan avseende, utan att det är nödvändigt att pröva deras bevisvärde (se, för ett motsvarande synsätt, förstainstansrättens dom av den 4 november 2003 i mål T-85/02, Díaz mot harmoniseringsbyrån och Granjas Castelló (CASTILLO), REG 2003, s. II-4835, punkt 46, domen i det ovannämnda målet ECOPY, punkterna 45–48, och dom av den 5 mars 2003 i mål T-237/01, Alcon mot harmoniseringsbyrån och Dr. Robert Winzer Pharma (BSS), REG 2003, s. II-411, punkt 62). Detsamma gäller de handlingar som intervenienten ingett till förstainstansrätten för att visa att företagets varumärken är välkända i Spanien. Vad sökanden har anfört om att den gemensamma orddelen i de två ifrågavarande varumärkena är allmänt brukligt och vad intervenienten har anfört om att dess äldre varumärken är välkända skall således lämnas utan avseende.

- 53 Sökanden har, angående graden av särskiljningsförmåga hos de äldre varumärkena, vidare med hänvisning till domen i det ovannämnda målet Lloyd Schuhfabrik Meyer (punkterna 22 och 23) anfört att uttrycket flex beskriver en väsentlig egenskap hos alla bäddartiklar, det vill säga flexibilitet, och att det därför inte skall anses ha särskiljningsförmåga.
- 54 Harmoniseringsbyrån har anfört att även om uttrycket flex är suggererande, finns det giltiga registreringar tillsammans med en figur i en medlemsstat för de äldre varumärken som innehåller detta uttryck. De medför således exklusiva rättigheter som kan åberopas mot tredje man (punkt 17 i det omtvistade beslutet).
- 55 I den mån detta inte innebär ett erkännande av att uttrycket flex är suggererande, är detta irrelevant. Det framgår av såväl artikel 8 i förordning nr 40/94 som domstolens rättspraxis, enligt vilken skyddet för ett registrerat varumärke är avhängigt av huruvida det föreligger en förväxlingsrisk (domen i det ovannämnda målet Canon, punkt 18), att en tidigare nationell registrering medför att innehavaren av det aktuella varumärket har rätt att i förekommande fall invända mot registreringen av ett kännetecken som hos allmänheten kan medföra en förväxlingsrisk, utan att registreringen i sig påverkar bedömningen av huruvida en sådan risk föreligger. Förstainstansrättens uppgift är emellertid inte att ompröva registreringen av de äldre varumärkena, utan endast att avgöra huruvida särskiljningsförmågan hos dessa är hög eller låg.
- 56 Även om uttrycket flex från allmänhetens synpunkt kan anses suggerera en egenskap, nämligen flexibilitet, hos de ifrågavarande varorna, medför detta inte att de äldre varumärkena skall anses ha en hög särskiljningsförmåga, vilket harmoniseringsbyrån medgav vid förhandlingen.

- 57 Denna felaktiga bedömning av överklagandenämnden påverkar emellertid inte målets utgång, eftersom slutsatsen att det föreligger en förväxlingsrisk alltså är riktig (se, för ett motsvarande synsätt, dom av den 15 januari 2003 i mål T-99/01, *Mystery Drinks mot harmoniseringsbyrå och Karlsberg Brauerei (MYSTERY)*, REG 2003, s. II-43, punkt 36).
- 58 Eftersom de faktorer som är relevanta för bedömningen av huruvida en förväxlingsrisk föreligger är ömsesidigt beroende, är den omständigheten att varorna som beskrivs är identiska, tillsammans med den omständigheten att det råder en stor begreppsmässig likhet mellan de motstående kännetecknen, tillräcklig för att slå fast att det föreligger en sådan förväxlingsrisk i förevarande mål.
- 59 Vid en helhetsbedömning av förväxlingsrisken skall det framhållas att genomsnittskonsumenten endast bevarar en oklar bild av varumärket i minnet och tillmäter den framträdande delen i det aktuella varumärket stor betydelse. Den dominerande orddelen flex i de äldre varumärkena har således stor betydelse vid en helhetsbedömning av dessa varumärken. En konsument som ser ett märke för bäddartiklar lägger nämligen märke till och minns den betecknande och dominerande delen i kännetecknet, vilken gör det möjligt för konsumenten att vid ett senare köp identifiera den tidigare köpta varan (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovannämnda målet *Fifties*, punkt 47).
- 60 Eftersom genomsnittskonsumenten särskilt minns den dominerande betecknande delen i de äldre varumärkena, nämligen uttrycket flex, finns det en risk för att han, när han finner likadana bäddartiklar av varumärket CONFORFLEX, kommer att tro att de aktuella varorna har samma kommersiella ursprung. Förutom att de motstående kännetecknen helt överensstämmer semantiskt, kan uttrycket confor objektivt anses beskriva en väsentlig egenskap hos bäddartiklar, nämligen komfort, och således sakna särskiljningsförmåga. Tillägget av uttrycket confor till uttrycket flex gör det således inte möjligt för konsumenterna att i tillräcklig utsträckning särskilja de motstående kännetecknen. Även om genomsnittskonsumenten kan uppfatta vissa fonetiska eller visuella skillnader mellan de två

kännetecken som tvisten rör, motverkas dessa skillnader i hög grad av den höga begreppsmässiga likheten mellan dessa kännetecken. Risken att konsumenterna tror att det finns ett samband mellan de två varumärkena är följaktligen mycket påtaglig (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovannämnda målet Fifties, punkt 48).

- 61 Det är vidare fullt möjligt att ett företag med verksamhet på marknaden för bäddartiklar använder undervarumärken, det vill säga kännetecken som härrör från ett huvudvarumärke och som har en med detta gemensam dominerande del, för att särskilja sina olika produktserier, bland annat varor av olika kvalitet. Mot denna bakgrund är det, såsom harmoniseringsbyrån har anfört i sina inlagor, tänkbart att den relevanta målgruppen uppfattar att varorna som avses med de motstående kännetecknen visserligen härrör från två skilda varusortiment men att de kommer från samma företag (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovannämnda målet Fifties, punkt 49).
- 62 Det var således korrekt av överklagandenämnden att slå fast att det föreligger en förväxlingsrisk mellan det varumärke som ansökan gäller och de äldre varumärkena i enlighet med artikel 8.1 b i förordning nr 40/94. Talan skall följaktligen ogillas.

Rättegångskostnader

- 63 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom sökanden har tappat målet, skall harmoniseringsbyråns och intervenientens yrkanden bifallas i enlighet med deras yrkanden.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN

följande dom:

- 1) Talan ogillas.

- 2) Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.

Legal

Tiili

Vilaras

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 18 februari 2004.

H. Jung

Justitiesekreterare

H. Legal

Ordförande