Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

8. oktober 2014*

»EF-varemærker — indsigelsessag — ansøgning om EF-figurmærke, der gengiver en stjerne i en cirkel — ældre EF- og nationalt figurmærke, der gengiver en stjerne i en cirkel — relativ registreringshindring — risiko for forveksling — det ældre varemærkes særpræg — artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning (EF) nr. 207/2009 — fortabelse af det ældre EF-varemærke — opretholdelse af søgsmålsinteressen — ikke delvist ufornødent at træffe afgørelse«

I sag T-342/12,

Max Fuchs, Freyung (Tyskland), ved advokat C. Onken,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) ved J. Crespo Carrillo, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

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

Les Complices SA, Montreuil-sous-Bois (Frankrig),

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 8. maj 2012 af Femte Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (sag R 2040/2011-5) vedrørende en indsigelsessag mellem Les Complices SA og Max Fuchs,

har

RETTEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M.E. Martins Ribeiro, og dommerne S. Gervasoni (refererende dommer) og L. Madise,

justitssekretær: ekspeditionssekretær J. Palacio González,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 1. august 2012,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 15. november 2012,

* Processprog: engelsk.

under henvisning til replikken, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 13. marts 2013,

og efter retsmødet den 4. juni 2014,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 28. december 2006 indgav sagsøgeren, Max Fuchs, i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), med senere ændringer (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)), en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«).

2 Varemærket, der blev søgt registreret, er følgende figurtegn:



3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 18, 24, 25 og 26 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse:

— klasse 18: »sports- og fritidsartikler, nemlig tasker, skuldertasker, rygsække«

— klasse 24: »vævede stoffer og tekstilvarer, nemlig etiketter af førnævnte varer«

— klasse 25: »beklædningsgenstande, særlig til udendørs brug bukser, jakker, skjorter, T-shirts, veste, anorakker, pullovere, sweatshirts, frakker, sokker, undertøj, tørklæder, halstørklæder og handsker, hovedbeklædning, sko, støvler, bælter«

— klasse 26: »knapper, lynlåse, emblemer, bånd, bæltespænder«.

4 EF-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-varemærketidende* nr. 36/2007 af 23. juli 2007.

5 Den 22. oktober 2007 rejste Les Complices SA indsigelse i henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 41 i forordning nr. 207/2009) mod registreringen af det ansøgte varemærke for alle de ovenfor i præmis 3 nævnte varer.

6 Indsigelsen var for det første støttet på det nedenfor gengivne ældre EF-figurmærke for bl.a. varer i klasse 18 og 24 svarende til følgende beskrivelse:

— klasse 18: »læder og læderimitationer, håndtasker, selskabstakser, sportstasker, rejsetasker, bagage, damepunge, portemonnæer, kortholdere, checkhæfteholdere, tegnebøger, skoletasker, kufferter og rejsetasker; paraplyer, parasoller, læderremme«

— klasse 24: »vævede stoffer og tekstilvarer; gardiner og vægophæng af tekstilmaterialer; badelinned, badehåndklæder, vaskehandsker og klude af tekstil til fjernelse af makeup; sengelinned, sengetæpper, lagener, hovedpudebetræk, vattæpper til senge, rejsetæpper, dyner; bordlinned, ikke af papir, duge, ikke af papir, dækkeservietter, ikke af papir og bordservietter af tekstilmateriale«.



7 For det andet var indsigelsen støttet på det nedenfor gengivne ældre franske figurmærke for bl.a. varer i klasse 25 svarende til følgende beskrivelse: »beklædningsgenstande, fodtøj og hovedbeklædning«.



8 De registreringshindringer, der blev påberåbt til støtte for indsigelsen, var dem, der er omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009] og i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009).

9 Den 17. februar 2011 begrænsede sagsøgeren sin registreringsansøgning til følgende varer:

— klasse 18: »fritidsudstyr, nemlig tasker, skuldertasker, rygsække med undtagelse af sportstasker«

— klasse 24: »vævede stoffer og tekstilvarer, nemlig etiketter af førnævnte varer«

— klasse 25: »militærtøj og beklædningsgenstande til udendørs brug fremstillet af tekniske tekstiler og andre tekniske komponenter, herunder bukser, jakker, skjorter, T-shirts, veste, anorakker, pullovere, sweatshirts, frakker, sokker, undertøj, tørklæder, halstørklæder, handsker; hovedbeklædning, bælter«.

10 Den 30. juni 2011 forkastede indsigelsesafdelingen indsigelsen for varerne i klasse 24 og gav medhold i indsigelsen for alle de andre varer.

11 Den 9. august 2011 indgav sagsøgeren i henhold til artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009) en klage til Harmoniseringskontoret over indsigelsesafdelingens afgørelse, for så vidt som den ikke gav sagsøgeren medhold.

12 Ved afgørelse af 8. maj 2012 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afviste Femte Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen. Efter at appelkammeret havde vurderet, at den relevante kundekreds bestod af gennemsnitsforbrugere i alle Unionens medlemsstater med hensyn til varerne i klasse 18 og af franske gennemsnitsforbrugere med hensyn til varerne i klasse 25, fastslog dette nærmere bestemt, at der forelå en risiko for forveksling mellem de omtvistede tegn, med hensyn til varerne i klasse 18 og 25, med den begrundelse, at varerne var af samme eller lignende art, og idet tegnene lignede hinanden på det visuelle plan, var identiske på det begrebsmæssige plan, og idet forbrugerne i forhold til det fonetiske plan – selv om det i princippet ikke var muligt at foretage en sammenligning – kunne referere til de omtvistede tegn ved at betegne dem med udtrykket »stjerne«. Hvad angår de ældre varemærkers særpræg vurderede appelkammeret, at en femtakket stjerne udgør det tegn, der mest almindeligt bruges til at gengive en stjerne. Appelkammeret har imidlertid lagt til grund, at de mindre visuelle forskelle mellem tegnene såvel som deres begrebsmæssige lighed alligevel vil medføre en risiko for forveksling for en kundekreds, som har et middelhøjt opmærksomhedsniveau.

Parternes påstande

13 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Indsigelsen forkastes i sin helhed.

— Harmoniseringskontoret og Les Complices SA tilpligtes at betale sagens omkostninger.

14 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

15 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 18. november 2013 har sagsøgeren dels oplyst Retten om afgørelsen af 24. oktober 2013, hvorved Harmoniseringskontorets annullationsafdeling erklærede det ældre EF-varemærke fortabt med virkning fra den 24. juni 2013, dels anført, at indsigelsen burde anses for at være uden genstand, idet den støttede sig på det ældre EF-varemærke. Retten anmodede Harmoniseringskontoret om at fremsætte sine bemærkninger til denne påstand om, at det er ufornødent at træffe afgørelse.

16 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 26. november 2013 har Harmoniseringskontoret anført, at annullationsafdelingens afgørelse af 24. oktober 2013 stadig kunne indbringes for appelkammeret og ikke var blevet endelig. Harmoniseringskontoret har understreget, at det under alle omstændigheder tilkommer Retten at påkende den anfægtede afgørelse, idet indsigelsen var støttet på det ældre franske varemærke.

17 Som svar på et spørgsmål fra Retten har Harmoniseringskontoret herudover ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 13. januar 2014 anført, at afgørelsen truffet af Harmoniseringskontorets annullationsafdeling den 24. oktober 2013 var blevet endelig, idet den anden part i sagen for appelkammeret ved Harmoniseringskontoret ikke havde indgivet nogen klage over den nævnte

afgørelse inden for den frist, der er fastsat i artikel 60 i forordning nr. 207/2009. Harmoniseringskontoret præciserede ikke, hvilke processuelle konsekvenser Retten skulle drage af, at afgørelsen var blevet endelig.

18 Ved kendelse af 9. januar 2014 har Retten udskudt afgørelsen af denne indsigelse til afgørelse i forbindelse med sagens realitet.

Retlige bemærkninger

Om sagens genstand

19 Ved afgørelse truffet den 24. oktober 2013 erklærede Harmoniseringskontorets annullationsafdeling det ældre EF-varemærke fortabt med virkning fra den 24. juni 2013 på grundlag af bestemmelserne i artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009. Denne afgørelse er blevet endelig, idet selskabet, Les Complices, der var den anden part i sagen for appelkammeret, ikke indgav nogen klage over nævnte afgørelse inden for den frist, der er fastsat i artikel 60 i forordning nr. 207/2009. Det skal endvidere bemærkes, at dette ældre EF-varemærke udgjorde det eneste grundlag for den indsigelse, som den anden part indgav i sagen for appelkammeret for varer i klasse 18.

20 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 18. november 2013 har sagsøgeren anført, at indsigelsen burde anses for at være uden genstand, idet den støttede sig på det ældre EF-varemærke. Under retsmødet har sagsøgeren præciseret, at denne dog fastholdt alle sine påstande i forhold til annullationen af den anfægtede afgørelse, herunder i det omfang disse var baseret på det ældre EF-varemærke.

21 Under retsmødet har Harmoniseringskontoret ligeledes anført, at fortabelsen af det ældre EF-varemærke fandt sted, efter at den anfægtede afgørelse blev truffet, og at Retten derfor stadig havde anledning til at træffe afgørelse i sagen i sin helhed.

22 Retten skal dog af egen drift undersøge spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgerens søgsmålsinteresse stadig består, for så vidt som den anfægtede afgørelse træffer afgørelse om den indsigelse, der er støttet på det ældre EF-varemærke for varer i klasse 18. Idet betingelserne for at antage en sag til realitetsbehandling, herunder spørgsmålet om, hvorvidt der mangler søgsmålsinteresse, er ufravigelige procesforudsætninger (kendelse af 7.10.1987, Giovani di Muro mod Rådet og ØSU, sag 108/86, Sml., EU:C:1987:426, præmis 10, og af 10.3.2005, Gruppo ormeggiatori del porto di Venezia m.fl. mod Kommissionen, forenede sager T-228/00, T-229/00, T-242/00, T-243/00, T-245/00 – T-248/00, T-250/00, T-252/00, T-256/00 – T-259/00, T-265/00, T-267/00, T-268/00, T-271/00, T-274/00 – T-276/00, T-281/00, T-287/00 og T-296/00, Sml., EU:T:2005:90, præmis 22), påhviler det nemlig Retten af egen drift at efterprøve, om sagsøgerne fortsat har en retlig interesse i at opnå, at den anfægtede afgørelse annulleres.

23 Det er derfor hensigtsmæssigt at fastslå, om annullationen af den anfægtede afgørelse, for så vidt som den er baseret på det ældre EF-varemærke, stadig efter at dette varemærke er blevet erklæret fortabt, kan bibringe sagsøgeren en fordel. Ifølge fast retspraksis skal sagsøgerens søgsmålsinteresse for så vidt angår sagens genstand nemlig foreligge på tidspunktet for sagens anlæggelse, idet sagen i modsat fald afvises. Sagens genstand skal som søgsmålsinteressen bestå indtil retsafgørelsen, idet det i modsat fald findes ufornødent at træffe afgørelse, hvilket forudsætter, at søgsmålet med sit resultat kan bibringe parten en fordel (kendelse af 9.2.2007, Wilfer mod KHIM, sag C-301/05 P, Sml., EU:C:2007:91, præmis 19, og dom af 7.6.2007, Wunenburger mod Kommissionen, sag C-362/05 P, Sml., EU:C:2007:322, præmis 42). Hvis sagsøgerens søgsmålsinteresse imidlertid forsvandt i løbet af sagen, ville en afgørelse fra Retten om sagens realitet ikke bibringe denne en fordel (dom Wunenburger mod Kommissionen, EU:C:2007:322, præmis 43). Den omstændighed, at den anfægtede afgørelse var blevet

irrelevant efter anlæggelse af sagen, medfører dog ikke en forpligtelse for Retten til at fastslå, at det er ufornødent at træffe afgørelse som følge af, at sagen mangler genstand, eller som følge af manglende søgsmålsinteresse på tidspunktet for afsigelse af dommen (dom Wunenburger mod Kommissionen, EU:C:2007:322, præmis 47).

24 For det første skal det anføres, at fortabelsen af det varemærke, som en indsigelse er støttet på – når denne først finder sted, efter at appelkammeret har truffet en afgørelse om at tage en indsigelse, der er støttet på nævnte varemærke, til følge – hverken udgør en tilbagetrækning eller en ophævelse af sidstnævnte afgørelse. Som Harmoniseringskontoret i øvrigt anførte under retsmødet, anses i henhold til artikel 55, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 i tilfælde af fortabelse de retsvirkninger, der i henhold til denne forordning er knyttet til det ældre EF-varemærke, for bortfaldet med virkning fra det tidspunkt, hvor begæring om fortabelse er indgivet. Indtil denne dato har alle de retsvirkninger, der følger af denne beskyttelse, som fastsat i denne forordnings afdeling 2, derimod været knyttet til EF-varemærket. Følgelig var det ældre EF-varemærke på den dato, hvor den anfægtede afgørelse blev truffet, omfattet af alle de retsvirkninger, der følger af disse bestemmelser. Hvis det antages, at sagens genstand forsvandt, når der under sagen fremkom en afgørelse om fortabelse, ville Retten skulle tage hensyn til forhold, der var opstået, efter at den anfægtede afgørelse blev truffet, og som hverken har betydning for denne afgørelses retmæssighed eller indvirkning på den indsigelsessag, som den nærværende sag er en følge af.

25 Retten har allerede lagt til grund, at det i forbindelse med et søgsmål til prøvelse af appelkammerets afgørelse i en indsigelsessag ikke tilkommer den at tage hensyn til en efterfølgende afgørelse om fortabelse, der vedrører det varemærke, som indsigelsen var støttet på, idet afgørelsen om fortabelse ikke kunne have haft nogen virkning for det forudgående tidsrum (dom af 4.11.2008, Group Lottuss mod KHIM – Ugly (COYOTE UGLY), sag T-161/07, Sml., EU:T:2008:473, præmis 47-50). I en anden dom, hvor registreringen af det ældre varemærke var udløbet efter appelkammerets afgørelse (dom af 15.3.2012, Cadila Healthcare mod KHIM – Novartis (ZYDUS), sag T-288/08, Sml., EU:T:2012:124, præmis 21-23), som er blevet stadfæstet af Domstolen (kendelse af 8.5.2013, Cadila Healthcare mod KHIM, sag C-268/12 P, Sml., EU:C:2013:296, præmis 33), fandt Retten ligeledes, at påstanden om, at det fastsloges, at det var ufornødent at træffe afgørelse, skulle afvises.

26 For det andet ville bortfaldet af den anfægtede afgørelse ex tunc, i tilfælde af at denne blev annulleret af Retten, kunne bibringe sagsøgeren en fordel, som han ikke ville opnå ved, at det blev fastslået, at det var ufornødent at træffe afgørelse. Hvis Retten skulle fastslå, at det var delvist ufornødent at træffe afgørelse i forhold til varerne i klasse 18, ville sagsøgeren nemlig kun kunne indgive en ny ansøgning om registrering af sit varemærke til Harmoniseringskontoret, uden at en indsigelse over for denne ansøgning nu kunne indgives på grundlag af det ældre EF-varemærke, der var erklæret fortabt. Hvis Retten derimod skulle træffe afgørelse i sagen og give medhold i søgsmålet hvad angår disse varer, ville der i betragtning af, at der ikke forelå nogen risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker, følgelig ikke være noget til hinder for registreringen af det ansøgte varemærke.

27 For det tredje er det vigtigt at sondre imellem det tilfælde, hvor indsigelsen er tilbagetaget, hvilket sker på indsigerens initiativ og gør det muligt at fjerne enhver registreringshindring for det ansøgte varemærke, og det tilfælde, hvor et varemærke på begæring af tredjemand fortabes, og dets retsvirkninger bliver begrænset af artikel 55 stk. 1, i forordning nr. 207/2009. Således kan den løsning, som Retten er nået frem til i det tilfælde, hvor indsigelsen under en sag for denne blev tilbagetaget, og som bestod i at erklære, at genstanden for annullationssøgsmålet til prøvelse af en afgørelse vedrørende indsigelsen truffet af appelkammeret var bortfaldet (kendelse af 3.7.2003, sag T-10/01, Lichtwer Pharma mod KHIM – Biofarma (Sedonium), Sml., EU:T:2003:182, præmis 14-17), ikke overføres på den foreliggende sag

28 Endelig er den blotte omstændighed, at klagen over indsigelsesafdelingens afgørelse og søgsmålet til prøvelse af appelkammerets afgørelse har opsættende virkning i medfør af artikel 58, stk. 1, andet punktum, og artikel 64, stk. 3, i forordning nr. 207/2009, ikke nok til at rejse tvivl om sagsøgerens

søgsmålsinteresse i den foreliggende sag. Det skal bemærkes, at det nemlig i henhold til artikel 45 i forordning nr. 207/2009 kun er, når en eventuel indsigelse er blevet forkastet ved en endelig afgørelse, at varemærket registreres som EF-varemærke. Når indsigelsesafdelingen eller appelkammeret derfor tager en indsigelse til følge, fører en sådan afgørelse til, at det ansøgte varemærke ikke bliver registreret, så længe der ikke er faldet dom i det søgsmål, der er anlagt til prøvelse af denne afgørelse.

29 Følgelig bevarer sagsøgeren på trods af vedtagelsen af en endelig afgørelse om fortabelse af det ældre EF-varemærke, som indsigelsen var støttet på, en retlig interesse i at begære den anfægtede afgørelse prøvet, herunder for så vidt som der heri er truffet afgørelse om den indsigelse, der er støttet på dette varemærke, for varer i klasse 18.

Om realiteten

30 Sagsøgeren har til støtte for sit søgsmål påberåbt sig et eneste anbringende om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009].

31 Sagsøgeren har anført, at der på trods af, at de omhandlede varer er af samme art, ikke foreligger en risiko for forveksling mellem de omtvistede tegn. Han har for det første gjort gældende, at idet de ældre varemærkers grad af særpræg er særdeles svag, er selv en minimal forskel mellem de ældre varemærker og det ansøgte varemærke tilstrækkelig til at udelukke enhver risiko for forveksling. På det visuelle plan har han gjort gældende, at de omtvistede tegn indeholder forskelle, der er så meget mere væsentlige, idet de ikke vedrører den bestanddel af de ældre varemærker, der mangler fornødent særpræg. Sagsøgeren har anført, at det ikke er muligt at foretage en fonetisk sammenligning af tegnene, idet der er tale om rent figurative varemærker. Endelig kan tegnene ikke siges at være identiske på det begrebsmæssige plan, idet den eneste bestanddel, som de har til fælles, ikke har fornødent særpræg.

32 Harmoniseringskontoret har bestridt sagsøgerens argumenter.

33 I henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009] er det varemærke, der søges registreret, hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, 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 varemærke 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.

34 Ifølge fast retspraksis 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. Ifølge samme retspraksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling, henset til, hvordan gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer eller tjenesteydelser opfatter varemærkerne, og under hensyntagen til alle de relevante faktorer, i det foreliggende tilfælde især tegnenes indbyrdes afhængighed, ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkerne (jf. dom af 9.7.2003, sag T-162/01, Laboratorios RTB mod KHIM – Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), Sml., EU:T:2003:199, præmis 30-33 og den deri nævnte retspraksis).

35 Appelkammerets vurdering af risikoen for forveksling mellem de omtvistede tegn skal således bedømmes i lyset af disse principper.

Den relevante kundekreds

36 Ifølge retspraksis skal der i forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling tages hensyn til gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer, som er almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Der må også tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau kan variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om (jf. dom af 13.2.2007, sag T-256/04, Mundipharma mod KHIM – Altana Pharma (RESPICUR), Sml., EU:T:2007:46, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

37 I den foreliggende sag konstaterede appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 14 med rette, og uden at dette er blevet anfægtet af sagsøgeren, at de varer, der er omfattet af de omtvistede tegn, var almindeligt anvendte modeartikler, i hvilken forbindelse den kundekreds, som varerne er rettet imod, bestod af gennemsnitsforbrugeren, som var almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Som appelkammeret i øvrigt med rette anførte i nævnte punkt, ville risikoen for forveksling, idet der var tale om varer i klasse 18, og idet det ældre varemærke var et EF-varemærke, skulle vurderes i forhold til kundekredsen i samtlige medlemsstater. Hvad angår varerne i klasse 25 fastslog appelkammeret ligeledes med rette, at risikoen for forveksling skulle vurderes i forhold til kundekredsen på det franske område, idet det ældre varemærke var et nationalt, fransk varemærke.

Sammenligningen af varerne

38 Appelkammeret konstaterede i den anfægtede afgørelses punkt 15 ligeledes med rette, og uden at dette er blevet anfægtet af sagsøgeren, at de omtvistede varer i klasse 18 og 25 var af samme eller lignende art.

Sammenligningen af tegnene

39 Det skal indledningsvis bemærkes, at helhedsvurderingen af risikoen for forveksling for så vidt angår den visuelle, lydlige og begrebsmæssige lighed af de omtvistede tegn skal være støttet på det helhedsindtryk, disse giver, idet der navnlig skal tages hensyn til deres særprægede og dominerende bestanddele. Den opfattelse, som gennemsnitsforbrugeren har af de pågældende varer og tjenesteydelser, spiller en afgørende rolle i helhedsvurderingen af den nævnte risiko. I denne henseende opfatter gennemsnitsforbrugeren normalt et varemærke som en helhed og foretager ikke en undersøgelse af dets forskellige detaljer (jf. dom af 12.6.2007, KHIM mod Shaker, sag C-334/05 P, Sml., EU:C:2007:333, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).

40 I den anfægtede afgørelses punkt 17-19 anførte appelkammeret, at de omhandlede tegn lignede hinanden på det visuelle plan, var identiske på det begrebsmæssige plan, og at forbrugerene i forhold til det fonetiske plan – selv om det i princippet ikke var muligt at foretage en sammenligning – kunne referere til de omtvistede tegn ved at betegne dem med udtrykket »stjerne«.

– Den visuelle lighed

41 I den anfægtede afgørelses punkt 17 har appelkammeret anført, at de omtvistede tegn består af den figurative gengivelse af en femtakket stjerne med identisk form placeret i en cirkel, idet størrelsesforholdene mellem stjernen og cirklen er identiske. De eneste forskelle mellem de nævnte tegn er stjernens farve, som er hvid i de ældre varemærker og sort i det ansøgte varemærke, den faktiske omstændighed, at cirklens baggrund er farvet sort i de ældre varemærker, og at cirklen i det ansøgte varemærke er dannet af en stiplet sort linje og ikke en kontinuerlig linje som for de ældre varemærker. Disse ligheder opvejer forskellene mellem tegnene, der som helhed ligner hinanden.

42 Sagsøgeren har gjort gældende, at de omtvistede tegn visuelt ikke ligner hinanden. Han har navnlig påberåbt sig en afgørelse truffet den 18. december 2002 af indsigelsesafdelingen ved Harmoniseringskontoret i en sag mellem den anden part i sagen for appelkammeret og en tredjepart, under hvilken indsigelsesafdelingen vurderede, at der ikke var nogen visuel lighed mellem to omtvistede tegn i den sag, som havde ført til denne afgørelse.

43 Uden at det er nødvendigt at gengive forskellene mellem de omtvistede tegn og forskellene mellem de tegn, der var genstand for den sag, der lå til grund for den afgørelse truffet af indsigelsesafdelingen, som sagsøgeren har påberåbt, skal der mindes om, at de afgørelser, som appelkamrene ved Harmoniseringskontoret skal træffe i henhold til forordning nr. 207/2009 vedrørende registrering af et tegn som EF-varemærke, træffes under udøvelse af en bunden kompetence og ikke på grundlag af en skønsmæssig beføjelse. Lovligheden af appelkamrenes afgørelser skal derfor udelukkende bedømmes på grundlag af denne forordning og ikke på grundlag af disses tidligere afgørelsespraksis (dom af 26.4.2007, Alcon mod KHIM, sag C-412/05 P, Sml., EU:C:2007:252, præmis 65, og af 24.11.2005, Sadas mod KHIM – LTJ Diffusion (ARTHUR ET FELICIE), sag T-346/04, Sml., EU:T:2005:420, præmis 71).

44 Hvad angår den visuelle sammenligning af de omtvistede tegn er det korrekt, at de nævnte tegn i deres helhed ligner hinanden visuelt, idet de gengiver en femtakket stjerne pladseret i en cirkel, og idet størrelsesforholdet i forhold til hver af de to bestanddele er det samme. Den omstændighed, at cirklen i det ansøgte varemærke er dannet af en stiplet linje, er ikke tilstrækkelig til, at det kan lægges til grund, at der ikke er tale om en cirkel. I øvrigt udgør den omstændighed, at det ansøgte varemærke gengiver en sort stjerne på en hvid baggrund, imens de ældre varemærker består af en hvid stjerne på en sort baggrund, kun en lille forskel, der ikke kan gøre det muligt at antage, at de to figurbestanddele ikke ligner hinanden.

45 Det følger af det ovenstående, at appelkammeret med rette fastslog, at de omtvistede tegn i deres helhed lignede hinanden visuelt.

– Den fonetiske lighed

46 Sagsøgeren har kritiseret appelkammeret for at have foretaget en fonetisk sammenligning af de omtvistede tegn, hvilket imidlertid er umuligt, idet der er tale om figurmærker.

47 I medfør af fast retspraksis er en fonetisk sammenligning i princippet irrelevant i forbindelse med en undersøgelse af ligheden mellem figurmærker uden ordbestanddele (dom af 25.3.2010, Nestlé mod KHIM – Master Beverage Industries (Golden Eagle og Golden Eagle Deluxe), forenede sager T-5/08 – T-7/08, Sml., EU:T:2010:123, præmis 67, og af 7.2.2012, Dosenbach-Ochsner mod KHIM – Sisma (Gengivelse af elefanter i et rektankel), sag T-424/10, Sml., EU:T:2012:58, præmis 45 og 46).

48 I den foreliggende sag fremgår det af den anfægtede afgørelses punkt 18, at appelkammeret med rette vurderede, at det ikke var muligt at foretage en fonetisk sammenligning, idet det drejede sig om figurmærker. Selv om det ligeledes i samme punkt anførte, at det, idet de omtvistede tegn gengav en stjerne, var muligt, at forbrugerne mundligt ville referere til dem som sådan, blev denne betragtning ikke efterfulgt af en konklusion, der kan give indtryk af, at appelkammeret har konstateret en fonetisk lighed imellem de nævnte tegn. Derudover har appelkammeret i forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling ikke henvist til nogen fonetisk sammenligning af tegnene.

49 Sagsøgerens argument savner følgelig grundlag i de faktiske omstændigheder.

– Den begrebsmæssige lighed

50 Sagsøgeren har gjort gældende, at de omtvistede tegn ikke er identiske på det begrebsmæssige plan, da deres eneste fælles bestanddel er uden fornødent særpræg. Han har i denne henseende påberåbt sig en afgørelse truffet af appelkammeret den 15. april 2011, i hvilken dette vurderede, at det ikke var muligt ud fra geometriske figurer at udlede tilstedeværelsen af en fælles handelsmæssig oprindelse.

51 Hvad angår den afgørelse truffet af appelkammeret, som sagsøgeren har påberåbt sig, skal det, uden at det er nødvendigt at undersøge, om denne er relevant i den foreliggende sag, bemærkes, at lovligheden af appelkamrenes afgørelser udelukkende skal bedømmes på grundlag af forordning nr. 207/2009 og ikke på grundlag af disses tidligere afgørelsespraksis (jf. præmis 43 ovenfor).

52 I øvrigt er sagsøgerens argument, ifølge hvilket en femtakket stjerne ikke har fornødent særpræg, selv hvis dette måtte anses for godtgjort, under alle omstændigheder ikke tilstrækkeligt til, at det kan antages, at de omtvistede tegn, der begge gengiver en stjerne i en cirkel med mindre grafiske forskelle, formidler forskellige begreber. Appelkammeret har således i den anfægtede afgørelses punkt 19 med rette vurderet, at der var en begrebsmæssig lighed mellem de nævnte tegn.

53 På baggrund af ovenstående betragtninger skal appelkammerets konklusion om, at de omtvistede tegn ligner hinanden på det visuelle plan, at nævnte tegn er identiske på det begrebsmæssige plan, og at en fonetisk sammenligning af tegnene ikke er relevant, tiltrædes.

Helhedsvurderingen af risikoen for forveksling

54 Helhedsvurderingen indebærer en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning, og især ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkerne. En svag grad af lighed mellem de af varemærkerne omfattede varer eller tjenesteydelser kan således opvejes af en høj grad af lighed mellem varemærkerne og omvendt (dom af 29.9.1998, Canon, sag C-39/97, Sml., EU:C:1998:442, præmis 17, og af 14.12.2006, Mast-Jägermeister mod KHIM – Licorera Zacapaneca (VENADO med ramme m.fl.), forenede sager T-81/03, T-82/03 og T-103/03, Sml., EU:T:2006:397, præmis 74).

55 Med hensyn til helhedsvurderingen af risikoen for forveksling vurderede appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 22, at en femtakket stjerne ganske vist er det tegn, der mest almindeligt bruges til at gengive en stjerne, men at de små visuelle forskelle mellem de omtvistede tegn såvel som deres begrebsmæssige lighed gør, at der er risiko for forveksling hos en kundekreds, som har et middelhøjt opmærksomhedsniveau.

56 Sagsøgeren har anført, at de ældre varemærker mangler ethvert fornødent særpræg, men han har medgivet, at det, idet disse allerede var registrerede, i forbindelse med indsigelsessagen må antages, at de har en minimal grad af fornødent særpræg. Med henblik på at bestride de argumenter, der er indeholdt i punkt 16 og 17 i svarskriftet, gør sagsøgeren gældende, at Harmoniseringskontoret allerede havde antaget, at sådanne tegn ikke havde fornødent særpræg.

57 I denne henseende skal det først bemærkes, at det tilkommer Retten at bedømme lovligheden af den anfægtede afgørelse, og ikke hvorvidt svarskriftet er velbegrundet.

58 Dernæst skal det anføres, at sagsøgeren, således som han selv medgiver, ikke i forbindelse med en indsigelsessag kan påberåbe sig en absolut registreringshindring som værende til hinder for, at en national myndighed eller Harmoniseringskontoret gyldigt kan registrere et tegn. Det skal fremhæves, at de absolutte registreringshindringer som omhandlet i artikel 7 i forordning nr. 207/2009 nemlig ikke skal behandles inden for rammerne af en indsigelsessag, og at denne artikel ikke er blandt de bestemmelser, i forhold til hvilke lovligheden af en afgørelse, hvorved indsigelsen tages til følge, skal

vurderes (dom af 9.4.2003, Durferrit mod KHIM – Kolene (NU-TRIDE), sag T-224/01, Sml., EU:T:2003:107, præmis 72 og 75, og af 30.6.2004, BMI Bertollo mod KHIM – Diesel (DIESELIT), sag T-186/02, Sml., EU:T:2004:197, præmis 71). Hvis sagsøgeren mente, at det ældre EF-varemærke var blevet registreret i strid med bestemmelserne i nævnte artikel, ville det tilkomme ham at fremsætte en ugyldighedsbegæring i henhold til artikel 55 i denne forordning. Hvad derudover angår det ældre franske varemærke skal der mindes om, at gyldigheden af et nationalt varemærkes registrering ikke kan anfægtes under en indsigelsessag om registrering af et EF-varemærke (jf. herom dom af 24.5.2012, Formula One Licensing mod KHIM, sag C-196/11 P, Sml., EU:C:2012:314, præmis 40-47), men alene under en annullationssag, der iværksættes i den pågældende medlemsstat (dom DIESELIT, EU:T:2004:197, præmis 71).

59 Sagsøgeren har i øvrigt anført, at idet de ældre varemærker har en særdeles svag grad af særpræg, ville selv en minimal forskel mellem de ældre varemærker og det ansøgte varemærke være nok til at udelukke enhver risiko for forveksling, således som Harmoniseringskontoret i andre sager selv har anerkendt.

60 I denne henseende skal det bemærkes, at den omstændighed, at det ældre varemærke tillægges en svag grad af særpræg, ikke i sig selv udelukker, at det fastslås, at der er risiko for forveksling (jf. herom kendelse af 27.4.2006, L'Oréal mod KHIM, sag C-235/05 P, Sml., EU:C:2006:271, præmis 42-45). Selv om der skal tages hensyn til det ældre varemærkes særpræg for at bedømme risikoen for forveksling, er det nemlig kun ét blandt flere elementer, der skal tages i betragtning ved denne bedømmelse. Selv hvor der foreligger et ældre varemærke med en svag grad af særpræg, kan der således være risiko for forveksling, bl.a. som følge af ligheden mellem tegnene og mellem de omfattede varer eller tjenesteydelser (jf. dom af 16.3.2005, L'Oréal mod KHIM – Revlon (FLEXI AIR), sag T-112/03, Sml., EU:T:2005:102, præmis 61 og den deri nævnte retspraksis, og af 13.12.2007, Xentral mod KHIM – Pages jaunes (PAGESJAUNES.COM), sag T-134/06, præmis 70 og den deri nævnte retspraksis).

61 Endelig må sagsøgerens argument, ifølge hvilket appelkammeret ikke har lagt nok vægt på den omstændighed, at de ældre varemærker kun besad en meget svag grad af særpræg, forkastes. Det af sagsøgeren fremførte synspunkt ville nemlig indebære, at den faktor, der vedrører varemærkernes lighed, neutraliseres til fordel for den faktor, der bygger på de ældre varemærkers særpræg, som ville blive tillagt for stor betydning. Heraf ville følge, at eftersom de ældre EF-varemærker kun havde en svag grad af særpræg, ville der kun være risiko for forveksling i tilfælde af, at det varemærke, der søgtes registreret, fuldt ud gengav disse, og det uanset graden af lighed mellem de omhandlede tegn (kendelse L'Oréal mod KHIM, nævnt i præmis 60 ovenfor, EU:C:2006:271, præmis 45). Et sådant resultat ville dog ikke være i overensstemmelse med selve beskaffenheden af den helhedsvurdering, som de kompetente myndigheder skal foretage i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 (dom af 15.3.2007, T.I.M.E. ART mod KHIM, sag C-171/06 P, Sml., EU:C:2007:171, præmis 41).

62 Det må derfor fastslås, at der i nærværende sag foreligger en risiko for forveksling i betragtning af, at de omhandlede varer er af samme eller lignende art, og at de omtvistede tegn ligner hinanden. Som appelkammeret med rette konstaterede i den anfægtede afgørelses punkt 22, vil den relevante kundekreds, som har et middelhøjt opmærksomhedsniveau, som ikke har mulighed for at undersøge varemærkerne side om side, og hvis erindring af varemærkerne følgelig er ufuldstændig, formentlig ikke være i stand til at huske de små forskelle, der er imellem de nævnte tegn.

63 Henset til samtlige disse forhold må det fastslås, at appelkammeret ved at vurdere, at der forelå en risiko for forveksling mellem de omtvistede tegn, ikke har tilsidesat artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009].

64 Af alle disse grunde må det fastslås, at Harmoniseringskontoret bør frifindes, uden at det er nødvendigt at tage stilling til sagsøgerens anden påstand for Retten vedrørende afvisning af indsigelsen i sin helhed (jf. i den retning dom af 22.5.2008, NewSoft Technology mod KHIM – Soft (Presto! Bizcard Reader), sag T-205/06, Sml., EU:T:2008:163, præmis 70, og af 22.1.2009, Commercy KHIM – easyGroup IP Licensing (easyHotel), sag T-316/07, Sml., EU:T:2009:14, præmis 35 og 67).

Sagens omkostninger

65 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 pålægges derfor at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling):

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

2) Max Fuchs betaler sagens omkostninger.

Martins Ribeiro Gervasoni Madise

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 8. oktober 2014.

Underskrifter