RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

3. marts 2004 *

I sag T-355/02,

Mülhens GmbH & Co. KG, Köln (Tyskland), ved Rechtsanwalt T. Schulte-Beckhausen,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved S. Laitinen og L. Rampini, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

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

Zirh International Corp., New York, New York (USA), ved advokat B. Nuseibeh,

angående en påstand om annullation af afgørelsen, der blev truffet den 1. oktober 2002 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 657/2001-2) vedrørende en indsigelsessag mellem Mülhens GmbH & Co. KG og Zirh International Corp.,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, V. Tiili, og dommerne P. Mengozzi og M. Vilaras,

justitssekretær: fuldmægtig J. Plingers,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 22. oktober 2003,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Den 21. september 1999 indgav Zirh International Corp. (herefter »den anden part i sagen ved Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret, en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«).

2 Varemærket, der ønskes registreret, er ordmærket ZIRH.

3 De varer og tjenesteydelser, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 3, 5 og 42 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret.

4 Den 3. april 2000 blev denne varemærkeansøgning offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 27/2000.

5 Den 24. maj 2000 rejste sagsøgeren i medfør af artikel 42 i forordning nr. 40/94 indsigelse mod registreringen af dette EF-varemærke for alle de i ansøgningen omhandlede varer og tjenesteydelser. Indsigelsen støttedes på det nedenfor gengivne ældre EF-figurmærke, der indeholder ordbestanddelen »sir« (herefter »det ældre varemærke), og som vedrører varer, der henhører under klasse 3 i Nice-arrangementet, og som svarer til følgende beskrivelse: »Parfumerivarer, æteriske olier, kosmetiske præparater, hårvand, tandplejemidler, sæber«.



6 Den 2. oktober 2000 begrænsede den anden part i sagen ved Harmoniseringskontoret de klasser af varer og tjenesteydelser, der var omfattet af varemærkeansøgningen, således:

— »Sæbe; parfumerivarer; æteriske olier; kosmetik; hårvand; aftershavelotioner; baby-, krops- og ansigtspudder; baby- og hårshampoo; hårbalsam; barberbalsam, -creme, -gelé og -lotion; læbepomade og -gloss; bade- og brusegelé; hudcremer og -lotioner; deodoranter og antiperspiranter; ansigtsskrubbemidler; præparater til hårstyling; kropsolie; parfumer; hudrensecremer og -lotioner; fugtighedspræparater til huden; hud-, deodorant- og toiletsæbe; samt solpræparater med høj beskyttelsesfaktor og solbeskyttende præparater«, der henhører under klasse 3

— »Sundheds- og skønhedspleje; frisørtjenesteydelser; tjenesteydelser i forbindelse med skønhedssaloner; kosmetisk forskning og udvikling; forskning i og udvikling af parfumerivarer«, der henhører under klasse 42.

7 Sagsøgeren fastholdt sin indsigelse for alle varer og tjenesteydelser, der henhører under klasse 3 og 42.

8 Ved afgørelse af 29. juni 2001 blev indsigelsen forkastet af Harmoniseringskontorets indsigelsesafdeling i det væsentlige med den begrundelse, at de visuelle og begrebsmæssige forskelle var større end tegnenes fonetiske lighed, således at der ikke var en risiko for forveksling mellem de to varemærker.

9 Den 10. juli 2001 påklagede sagsøgeren indsigelsesafdelingens afgørelse til Harmoniseringskontoret i medfør af artikel 59 i forordning nr. 40/94 med anmodning om annullation af indsigelsesafdelingens afgørelse.

10 Ved afgørelse af 1. oktober 2002 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Harmoniseringskontorets Andet Appelkammer klagen. Appelkammeret stadfæstede indsigelsesafdelingens afgørelse mod henvisning til de samme grunde som denne. Appelkammeret fandt i det væsentlige, at selv om de omhandlede varer og tjenesteydelser blev markedført ad de samme distributionskanaler eller solgt fra de samme salgssteder, var forskellene mellem de to varemærker åbenbart større end de fonetiske ligheder, der kan være mellem de to mærker på visse af Den Europæiske Unions officielle sprog.

Retsforhandlingerne og parternes påstande

11 Ved stævning skrevet på tysk og indleveret til Rettens Justitskontor den 4. december 2002 har sagsøgeren anlagt nærværende sag.

12 Ved skrivelse af 6. januar 2003 gjorde den anden part i sagen ved Harmoniseringskontoret i medfør af artikel 131, stk. 2, første afsnit, i Rettens procesreglement indsigelse imod, at tysk blev anvendt som processprog ved Retten, og anmodede om, at engelsk blev processprog. Den anden part i sagen ved Harmoniseringskontoret gjorde i denne forbindelse gældende, at dette sprog, som andet sprog i varemærkeansøgningen i medfør af artikel 115, stk. 3, i forordning nr. 40/94 havde været behandlingssprog i indsigelsesafdelingen og ved appelkammeret.

13 Ifølge artikel 131, stk. 2, tredje afsnit, i Rettens procesreglement har Retten fastsat engelsk som processprog, da ansøgningen om registrering til Harmoniseringskontoret var blevet indgivet på engelsk.

14 Harmoniseringskontoret har indleveret sit svarskrift til Rettens Justitskontor den 13. maj 2003. Den anden part i sagen ved Harmoniseringskontoret har ikke indgivet svarskrift.

15 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Fjerde Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling.

16 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret mundtlige spørgsmål fra Retten i retsmødet den 22. oktober 2003.

17 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

18 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

Parternes argumenter

19 Sagsøgeren har fremført et eneste anbringende til støtte for sine påstande, nemlig en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

20 Sagsøgeren har anført, at den anfægtede afgørelse ikke i tilstrækkelig grad har undersøgt risikoen for forveksling mellem de to varemærker. Sagsøgeren har anført, at ifølge Domstolens praksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling i offentlighedens bevidsthed under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde. Denne helhedsvurdering 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 (Domstolens dom af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819).

21 Ifølge sagsøgeren er varerne, der er omfattet af de to varemærker, delvis identiske eller ligner hinanden. Desuden er der ligeledes en lighed mellem varerne, der er omfattet af det ældre varemærke, og de tjenesteydelser, som varemærket ZIRH søges registreret for. Sagsøgeren har anført, at der er en lighed mellem varerne og tjenesteydelserne, når det i kundekredsen kan antages, at de pågældende varer og tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed. Sagsøgeren har anført, at dette er tilfældet, da producenterne af de varer, der er omfattet af de to varemærker, ofte giver deres kunder tilladelse til at anvende disse varers varemærke til at kendetegne deres tjenesteydelser.

22 Sagsøgeren har konkluderet, at der er en rimelig grad af lighed mellem de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, og de varer og tjenesteydelser, som varemærkeansøgningen vedrører, og at en del af de omhandlede varer endda er identiske eller ligner hinanden meget.

23 Hvad angår risikoen for forveksling har sagsøgeren anført, at vurderingen hvad angår de pågældende varemærkers visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige lighed skal foretages på grundlag af varemærkernes helhedsindtryk, hvorved der navnlig skal tages hensyn til de bestanddele af varemærkerne, der har særpræg eller dominans.

24 Ifølge sagsøgeren er ordene »sir« og »zirh« i denne sag praktisk taget fonetisk identiske, og de har under alle omstændigheder en høj grad af fonetisk lighed. Sagsøgeren har gjort gældende, at denne lighed foreligger, selv når de to udtryk udtales på engelsk. Denne lighed er endnu større på de andre sprog, navnlig på fransk, spansk og tysk.

25 Sagsøgeren har i den forbindelse gjort gældende, at salget af de omhandlede varer ikke udelukkende sker på grundlag af deres visuelle aspekter. Hvad angår markedsføringsbetingelserne for de omhandlede varer har sagsøgeren anført, at parfumerne og de kosmetiske midler retter sig mod et vigtigt marked gennem

parfumerier og frisør- og skønhedssaloner, hvor kunderne ikke har mulighed for at betjene sig selv. Desuden efterspørges mange af varerne ofte som følge af mundtlige anbefalinger. Endelig sælges sådanne varer ligeledes pr. postordre, og detaljerne vedrørende denne form for salg gives telefonisk.

26 Harmoniseringskontorets vurdering, hvorefter forskellene mellem de to varemærker er større end de fonetiske ligheder mellem dem, og at der derfor ikke er risiko for forveksling, er ifølge sagsøgeren derfor ikke korrekt. Under henvisning til Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 20 ovenfor, har sagsøgeren anført, at en enkelt form for lighed — i denne sag fonetisk lighed — er tilstrækkeligt til at godtgøre, at der er risiko for forveksling mellem de to varemærker.

27 Sagsøgeren har ligeledes kritiseret Harmoniseringskontoret for ikke at have taget hensyn til princippet om, at det ved varemærker, der er sammensat af en ord- og en figurbestanddel, er det ordbestanddelen, der almindeligvis vejer tungest og kendetegner det samlede varemærke. I denne sag er ordbestanddelen den væsentligste del af det ældre varemærke, da våbenskjoldet udelukkende er udsmykning.

28 Harmoniseringskontoret har erkendt, at varerne, der henhører under klasse 3, og som EF-varemærkeansøgningen vedrører, ligner eller er identiske med de varer, der er omfattet af det ældre varemærke. Harmoniseringskontoret har ligeledes erkendt, at de tjenesteydelser, som EF-varemærkeansøgningen vedrører, og som henhører under klasse 42, i en vis grad er knyttet til varer, der er omfattet af det ældre varemærke, og som henhører under klasse 3, og at der derfor er en svag lighed mellem disse tjenesteydelser og sagsøgerens varer. Ifølge Harmoniseringskontoret køber en person imidlertid almindeligvis disse varer efter at have set dem.

29 Hvad angår den visuelle sammenligning af de omhandlede tegn har Harmoniseringskontoret anført, at det EF-varemærke, der søges registreret, er et ordmærke, mens det ældre varemærke er et figurmærke, der er sammensat af et ord og

figurative bestanddele. Ifølge Harmoniseringskontoret skal den heraldiske figur i det ældre mærke tages i betragtning ved sammenligningen, da en forbruger ved vurderingen af et sådan sammensat varemærke vil opfatte det i sin helhed og ikke opdele det i særskilte bestanddele. Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at våbenskjoldet i dette tilfælde alene ved dets forholdsvis dominerende størrelse og placering, idet det er anbragt oven på ordbestanddelen, tilstrækker blikket lige så meget som ordbestanddelen, hvis ikke mere. Ifølge Harmoniseringskontoret har figuren et vist særpræg, da dens træk er fantasifulde og ikke giver nogen direkte eller indirekte henvisning til de pågældende varer.

30 Hvad angår det fonetiske har Harmoniseringskontoret bekræftet, at de pågældende varemærker i mange medlemsstater fonetisk ligner hinanden. Det har nemlig gjort gældende, at det ældre varemærke i mange medlemsstater højst sandsynligt vil blive udtalt på engelsk, fordi »sir« er et velkendt engelsk ord, der vil kunne tænkes at være kendt af selv en ikke-engelsktalende kundekreds. Harmoniseringskontoret har tilføjet, at selv om det ansøgte varemærke på visse sprog vil kunne udtales forskelligt, vil forskellene i de engelsktalende lande og Spanien ikke være særligt udprægede.

31 Ifølge Harmoniseringskontoret er varemærkerne forskellige ud fra et begrebsmæssigt synspunkt, da det ældre varemærke opfattes som en henvisning til den meste kendte anvendelse af det engelske ord, mens det ansøgte EF-varemærke opfattes som et opfundet ord.

32 Endelig har Harmoniseringskontoret anført, at sagsøgerens fortolkning af Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 20 ovenfor, er forkert. Selv om der er fonetisk lighed, er der ifølge Harmoniseringskontoret ikke en systematisk risiko for forveksling. Tværtimod kan en vis lighed mellem et af de apekter, der skal tages i betragtning, kompenseres ved åbenbare forskelle mellem de andre aspekter, således at en relevant risiko for forveksling udelukkes, hvilket er tilfældet i nærværende sag.

Rettens bemærkninger

33 Det bestemmes i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, at hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, udelukket fra registrering, »såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre mærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art«. Det bestemmes endvidere, at »risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke«. Desuden skal der i henhold til artikel 8, stk. 2, litra a), nr. i), i forordning nr. 40/94 ved ældre varemærker forstås EF-varemærker, hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EF-varemærkeansøgningen.

34 I den foreliggende sag er det ældre varemærke et EF-varemærke, og det relevante område ved vurderingen af risikoen for forveksling udgør således hele Den Europæiske Union.

35 Det bemærkes, at ifølge anden betragtning til forordning nr. 40/94 giver fællesskabsordningen for varemærker nemlig virksomhederne ret til efter én og samme fremgangsmåde at opnå EF-varemærker, som nyder ensartet beskyttelse og har retsvirkning på hele Fællesskabets område, og at det hermed udtrykte princip om EF-varemærkets enhedskarakter gælder, medmindre andet fastsættes i den nævnte forordning. Det samme princip fastslås i artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 40/94, som bestemmer, at EF-varemærket har »enhedskarakter«, hvilket indebærer, at det »har samme retsvirkninger overalt inden for Fællesskabet«.

36 Det følger heraf, 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, finder den samme løsning 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.

37 Da de pågældende varer og tjenesteydelser er dagligvarer, består den tilsigtede kundekreds af almindeligt oplyste, rimeligt opmærksomme og velunderrettede europæiske gennemsnitsforbrugere.

38 Det er ligeledes ubestridt mellem parterne, at de varer og tjenesteydelser, der er omhandlet i varemærkeansøgningen, og som sagsøgeren har rejst indsigelse imod, til dels ligner, til dels er identiske med de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af det ældre varemærke.

39 Det fremgår af Domstolens praksis vedrørende fortolkningen af artikel 4, stk. 1, litra b), i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1) og af Rettens praksis vedrørende forordning nr. 40/94, at 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, udgør en risiko for forveksling (Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 29, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, jf. præmis 20 ovenfor, præmis 17, samt Rettens dom af 23.10.2002, sag T-104/01, Oberhauser mod KHIM — Petit Liberto (Fifties), Sml. II, s. 4359, præmis 25). Risikoen for forveksling i offentlighedens bevidsthed skal foretages ud fra en helhedsvurdering under hensyntagen til alle de relevante faktorer (Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 22, Canon-dommen, præmis 16, Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, jf. præmis 20 ovenfor, præmis 18, samt dom af 22.6.2000, sag C-425/98, Marca Mode, Sml. I, s. 4861, præmis 40, og Fifties-dommen, præmis 26).

40 Denne vurdering 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 (Canon-dommen, jf. præmis 39 ovenfor, præmis 17, Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, jf. præmis 20 ovenfor, præmis 19, og Marca Mode-dommen, jf. præmis 39 ovenfor, præmis 40). Den indbyrdes afhængighed mellem disse faktorer kommer til udtryk i syvende betragtning til forordning nr. 40/94, ifølge hvilken det er nødvendigt at fortolke begrebet lighed i forhold til risikoen for forveksling, som for sit vedkommende bl.a. må vurderes på grundlag af, hvor kendt mærket er på markedet, og hvor stor ligheden er mellem mærket og tegnet og mellem de pågældende varer eller tjenesteydelser (Fifties-dommen, jf. præmis 39 ovenfor, præmis 27, og Rettens dom af 14.10.2003, sag T-292/01, Phillips-Van Heusen mod KHIM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 45).

41 Det bemærkes endvidere, at opfattelsen hos gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer eller tjenesteydelser spiller en afgørende rolle i helhedsvurderingen af risikoen for forveksling. Gennemsnitsforbrugeren opfatter imidlertid normalt et varemærke som en helhed og undersøger ikke dets forskellige detaljer (SABEL-dommen, jf. præmis 39 ovenfor, præmis 23, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, jf. præmis 20 ovenfor, præmis 25). For så vidt angår denne helhedsvurdering anses gennemsnitsforbrugeren for at være almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Der må i øvrigt tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugeren kun sjældent har mulighed for at foretage en direkte sammenligning mellem de forskellige mærker, men må stole på det ufuldstændige billede, han har i erindringen af dem. Der må også tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau kan variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om (Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, jf. præmis 20 ovenfor, præmis 26).

42 Endelig fremgår det af Domstolens praksis, at helhedsvurderingen af risikoen for forveksling hvad angår de pågældende varemærkers visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige lighed skal foretages på grundlag af det helhedsindtryk, varemærkerne giver, hvorved der navnlig skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller dominans (jf. SABEL-dommen, jf. præmis 39 ovenfor, præmis 23, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, jf. præmis 20 ovenfor, præmis 25).

43 Det er i lyset af disse betragtninger, at det skal undersøges, om graden af lighed mellem de pågældende varemærker er tilstrækkelig stor til, at der kan antages at være en risiko for forveksling mellem varemærkerne.

44 Hvad angår den visuelle sammenligning mellem de omtvistede varemærker kan det for det første konstateres, at selv om ordbestanddelene i de to varemærker har det andet og det tredje anvendte bogstav til fælles, nemlig bogstaverne »ir«, har de ikke ubetydelige visuelle forskelle. De første bogstaver, der er henholdsvis »s« og »z«, er nemlig forskellige. Desuden er de pågældende ordbestanddele sammensat af et forskelligt antal bogstaver, idet bogstaverne »ir« er efterfulgt af bogstavet »h« i det ansøgte varemærke. Endvidere er ordmærket i det ældre varemærke ledsaget af en heraldisk figur, mens det ansøgte varemærke udelukkende består af et ordmærke, der er skrevet med almindelige skrifttyper. Ved den samlede visuelle vurdering af de omtvistede tegn, foreligger der særlige bestanddele for hvert tegn, der gør, at helhedsindtrykket af hvert tegn er forskelligt.

45 Hvad angår den fonetiske lighed har Harmoniseringskontoret ikke bestridt, at ordbestanddelene i de to varemærker ligner hinanden på visse af Den Europæiske Unions officielle sprog. Harmoniseringskontoret har nemlig i svarskriftets punkt 26 med rette gjort gældende, at det ældre varemærke i mange medlemsstater med stor sandsynlighed vil blive udtalt på engelsk, da »sir« er et velkendt engelsk ord, der vil kunne tænkes at være kendt af selv en ikke-engelsktalende kundekreds. Selv om det ansøgte EF-varemærke på visse sprog kan udtales forskelligt, bemærkes det, hvilket Harmoniseringskontoret har erkendt, at de omhandlede varemærker i hvert fald i engelsktalende lande og Spanien fonetisk ligner hinanden, da de respektive forskelle i udtalen på engelsk og spansk ikke er særligt udprægede. Varemærkerne skal derfor antages at have fonetisk lighed i disse lande.

46 Hvad angår den begrebsmæssige sammenligning af de omtvistede varemærker har sagsøgeren ikke bestridt Harmoniseringskontorets vurdering på dette punkt. Som

Harmoniseringskontoret med rette har gjort gældende, er der ingen begrebsmæssig lighed, da det er sandsynligt, at gennemsnitsforbrugeren i medlemsstaterne vil tænke på det engelske ord »sir«, på grund af det udbredte kendskab til dette ord i Europa. Da ordet »zirh« ikke har nogen klar betydning på noget af de elleve officielle sprog i Den Europæiske Union, vil den brede offentlighed derfor opfatte ordet »zirh« som en neologisme. Det må derfor fastslås, at der ikke foreligger en begrebsmæssig lighed mellem de to varemærker.

47 Det må følgelig fastslås, at der hverken er en visuel eller begrebsmæssighed lighed mellem varemærkerne SIR og ZIRH. Fonetisk ligner de omtvistede varemærker hinanden i visse lande. Det skal i den forbindelse bemærkes, at ifølge retspraksis kan det ikke udelukkes, at en fonetisk lighed mellem to varemærker i sig selv kan skabe risiko for forveksling (Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, jf. præmis 20 ovenfor, præmis 28, og Rettens dom af 15.1.2003, sag T/99/01, Mystery Drinks mod KHIM — Karlsberg Brauerei (MYSTERY), Sml. II, s. 43, præmis 42).

48 Som allerede anført i præmis 39 og 42 ovenfor skal der foretages en helhedsvurdering af alle de relevante faktorer i den foreliggende sag på grundlag af de omtvistede varemærkers helhedsindtryk, idet der navnlig tages hensyn til de bestanddele af varemærkerne, der har særpræg og dominans.

49 Ifølge Rettens praksis kan fonetiske ligheder opvejes af begrebsmæssige forskelle, der adskiller de pågældende varemærker. For at der kan blive tale om en sådan opvejning kræves det, at mindst et af de omhandlede varemærker fra den relevante kundekreds' synsvinkel har en klar og bestemt betydning, som denne kundekreds uden videre kan forstå (BASS-dommen, jf. præmis 40 ovenfor, præmis 54).

50 Som der er blevet redegjort for i præmis 46, er dette tilfældet for ordbestanddelen af det ældre varemærke i den foreliggende sag. Dette afkræftes ikke af, at ordmærket ikke betegner nogen egenskab ved de varer, for hvilke registreringen af dette varemærke er blevet foretaget. Dette forhold forhindrer nemlig ikke den relevante kundekreds i uden videre at forstå betydningen af ordbestanddelen af det ældre varemærke. For at opveje fonetiske ligheder mellem de omhandlede varemærker er det tilstrækkeligt, at et af de omhandlede mærker har en sådan betydning, såfremt det andet mærke ikke har en sådan betydning eller blot har en helt anden betydning (BASS-dommen, jf. præmis 40 ovenfor, præmis 54).

51 I den foreliggende sag bestyrkes denne opvejelse af den omstændighed, at varemærkerne SIR og ZIRH ligeledes har visuelle forskelle. I den sammenhæng bemærkes, som Harmoniseringskontoret har fremhævet, at graden af fonetisk lighed mellem to varemærker har en begrænset betydning ved varer, der markedsføres således, at den relevante kundekreds normalt ved købet ligeledes opfatter det mærke, varerne er omfattet af, visuelt (BASS-dommen, jf. præmis 40 ovenfor, præmis 55).

52 Dette er tilfældet for varerne, som omhandles i den foreliggende sag, i modsætning til hvad sagsøgeren har anført. Sagsøgerens argumenter om, at salget af varer, der er omfattet af det ældre varemærke, ikke udelukkende sker på grundlag af deres visuelle aspekter, og at parfumerier og frisør- og skønhedssaloner er en vigtig markedsføringskanal for sagsøgerens varer, afkræfter ikke denne konklusion.

53 I den forbindelse bemærkes, at sagsøgeren på ingen måde har godtgjort, at virksomhedens varer almindeligvis markedsføres på en sådan måde, at kundekreden ikke har nogen visuel opfattelse af varemærket. Sagsøgeren har begrænset sig til at anføre, at der er en traditionel afsætningskanal gennem

parfumerier og frisør- og skønhedssaloner, hvor varen ikke kan tages direkte af kunderne selv, men kun gennem en sælger som mellemled.

54 Selv om det antages, at parfumerier og frisør- og skønhedssaloner kan udgøre vigtige afsætningskanaler for sagsøgerens varer, er det ubestridt, at varerne også på disse steder almindeligvis er udstillet på hylder på en måde, der giver forbrugerne mulighed for en visuel undersøgelse. Det følger heraf, at selv om det ikke er udelukket, at de pågældende varer ligeledes kan sælges ifølge en mundtlig bestilling, kan det ikke antages, at dette er den almindelige fremgangsmåde ved afsætningen af disse varer.

55 I betragtning af det foran anførte i det hele, må det herefter fastslås, at graden af lighed mellem de pågældende varemærker ikke er tilstrækkelig stor til, at det i den relevante kundekreds kan antages, at de pågældende varer eller tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder.

56 Når henses til forskellene mellem de omtvistede varemærker, afkræftes denne vurdering ikke af det forhold, at varerne og tjenesteydelserne, der er omfattet af det ansøgte varemærke, og som sagsøgeren har rejst indsigelse imod, til dels ligner, til dels er identiske med de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af det ældre varemærke.

57 Heraf følger, at appelkammeret med rette har antaget, at der ikke er nogen risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det ældre varemærke.

58 Det eneste anbringende skal derfor forkastes, og Harmoniseringskontoret må i det hele frifindes.

Sagens omkostninger

59 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets påstand.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Afdeling)

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

2) **Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.**

Tiili Mengozzi Vilaras

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 3. marts 2004.

Justitssekretær Afdelingsformand

H. Jung V. Tiili