DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

23. oktober 2003 *

I sag C-408/01,

angående en anmodning, som Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandene) i medfør af artikel 234 EF har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Adidas-Salomon AG, tidligere Adidas AG,

Adidas Benelux BV

mod

Fitnessworld Trading Ltd,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkning af artikel 5 i Rådets første direktiv 89/104/EF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1),

* Processprog: nederlandsk.

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, J.-P. Puissochet, og dommerne C. Gulmann (refererende dommer), F. Macken, N. Colneric og J.N. Cunha Rodrigues,

generaladvokat: F.G. Jacobs
justitssekretær: ekspeditionssekretær M.-F. Contet,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Adidas Salomon AG og Adidas Benelux BV ved advocaat C. Gielen

— Fitnessworld Trading Ltd ved advocaten J.J. Brinkhof og D.J.G. Visser

— den nederlandske regering ved H.G. Sevenster, som befuldmægtiget

— Det Forenede Kongeriges regering ved G.J.A. Amodeo, som befuldmægtiget, bistået af barrister M. Tappin

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved H.M.H. Speyart og N.B. Rasmussen, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 3. april 2003 er afgivet mundtlige indlæg af Adidas Salomon AG og af Adidas Benelux BV ved C. Gielen, af Fitnessworld Trading Ltd ved D. Visser, af Det Forenede Kongeriges regering ved K. Manji, som befuldmægtiget, bistået af M. Tappin, og af Kommissionen ved N.B. Rasmussen, bistået af advocaat F. Tuytschaever,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 10. juli 2003,

afsagt følgende

Dom

1 Ved dom af 12. oktober 2001, indgået til Domstolen den 15. oktober 2001, har Hoge Raad der Nederlanden i medfør af artikel 234 EF forelagt to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 5 i Rådets første direktiv 89/104/EF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1, herefter »direktivet«).

2 Spørgsmålene er blevet rejst under en sag anlagt af Adidas Salomon AG og Adidas Benelux BV mod Fitnessworld Trading Ltd (herefter »Fitnessworld«) vedrørende Fitnessworlds markedsføring af sportstøj.

Retsforskrifter

3 Direktivets artikel 5, stk. 1 og 2, er affattet således:

»1. Det registrerede varemærke giver indehaveren en eneret. Indehaveren kan forbyde tredjemand, der ikke har hans samtykke, at gøre erhvervsmæssig brug af

a) et tegn, der er identisk med varemærket, for varer eller tjenesteydelser af samme art som dem, for hvilke varemærket er registreret

b) et tegn, der er identisk med eller ligner varemærket, når de varer eller tjenesteydelser, der er dækket af varemærket, er af samme eller lignende art som dem, der er dækket af det pågældende tegn, og der som følge heraf i offentlighedens bevidsthed er risiko for forveksling, herunder at der er en forbindelse med varemærket.

2. En medlemsstat kan ligeledes træffe bestemmelse om, at indehaveren kan forhindre tredjemand, der ikke har hans samtykke, i at gøre erhvervsmæssig brug af et tegn, der er identisk med eller ligner varemærket, for varer eller tjenesteydelser af anden art end dem, for hvilke varemærket er registreret, når varemærket er renommeret i medlemsstaten, og brugen af tegnet uden skellig grund ville medføre en utilbørlig udnyttelse af varemærkets særpræg eller renommé eller sådan brug ville skade dette særpræg eller renommé.«

4 Artikel 13, punkt A, nr. 1, litra b) og c), i Benelux-landenes fælles lov om varemærker, der skal gennemføre direktivets artikel 5, stk. 1 og 2, i Benelux-lovgivningen, bestemmer:

»Uden at dette begrænser en eventuel anvendelse af de almindelige erstatningsretlige regler, kan varemærkeindehaveren på grund af sin eneret forbyde:

[...]

b) enhver erhvervsmæssig brug af et varemærke eller af et tegn, som ligner mærket, for varer, for hvilke mærket er registreret, eller for lignende varer, når der er risiko for, at der i offentlighedens bevidsthed antages at være en forbindelse mellem tegnet og varemærket

c) enhver erhvervsmæssig brug uden skellig grund af et varemærke, der er renommeret inden for Benelux-området, eller af et tegn, som ligner mærket, for varer, der ikke er af samme art som dem, for hvilke mærket er registreret, såfremt brugen ville medføre en utilbørlig udnyttelse af mærkets særpræg eller renommé, eller sådan brug ville skade dette særpræg eller renommé.«

Tvisten i hovedsagen

5 Adidas-Salomon AG, Tyskland, er indehaver af et figurmærke, som er registreret ved Benelux-varemærkemyndigheden for visse typer af beklædningsgenstande.

Varemærket består af et motiv med tre parallelle, lodrette og meget iøjnefaldende striber i samme bredde, som er anbragt på beklædningsgenstandens side i hele dens længde. Motivet kan udføres i forskellige farvekombinationer og forskellige størrelser, således at det altid står i kontrast til beklædningsgenstandens grundfarve.

6 Der er givet eksklusiv licens til varemærket for Benelux-landene til Adidas Benelux BV, Nederlandene.

7 Fitnessworld, Det Forenede Kongerige, markedsfører sportsbeklædning under navnet Perfetto. Visse af beklædningsgenstandene er forsynet med et motiv med to parallelle striber af samme bredde, der står i kontrast til hovedfarven, og er anbragt på beklædningsgenstandens sidesømme.

8 Der verserer en tvist mellem Adidas-Salomon AG og Adidas Benelux BV på den ene side (herefter for begge samlet »Adidas«) og Fitnessworld på den anden side ved Hoge Raad der Nederlanden vedrørende Fitnessworlds markedsføring af beklædningsgenstande under navnet Perfetto i Nederlandene.

9 Adidas har gjort gældende, at markedsføringen af beklædningsgenstande med to striber skaber risiko for forveksling hos den relevante kundekreds, idet den ville kunne forbinde nævnte beklædningsgenstande med sports- og fritidsbeklædning af mærket Adidas, der har tre striber. Fitnessworld søgte således utilbørligt at udnytte varemærket Adidas' renommé. Varemærkets særpræg ville kunne lide skade herved.

10 Hoge Raad finder, at det bør fastlægges, om henvisningen i direktivets artikel 5, stk. 2, og i Benelux-lovens artikel 13, punkt A, nr. 1, litra c), til varer eller tjenesteydelser af anden art skal fortolkes som en begrænsning i den forstand, at de pågældende bestemmelser ikke finder anvendelse i tilfælde, hvor der er tale om

brug af et tegn for varer eller tjenesteydelser af samme art, eller om henvisningen kun har til formål at fremhæve, at de pågældende bestemmelser også finder anvendelse, såfremt varerne eller tjenesteydelserne ikke er af samme art, således at nævnte bestemmelser ikke er begrænset til tilfælde, hvor tegnet bruges for varer af samme art.

11 Såfremt direktivets artikel 5, stk. 2, finder anvendelse på brug af et tegn for varer af samme art, ønsker Hoge Raad dels oplyst, om det kriterium, der skal anvendes, er et andet end forveksling af oprindelsen, og om den omstændighed, at den berørte kundekreds udelukkende opfatter tegnet som en udsmykning, har nogen indflydelse på bedømmelsen af situationen.

12 Under disse omstændigheder har Hoge Raad udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) a) Skal artikel 5, stk. 2, i Rådets direktiv 89/104/EØF [...] fortolkes således, at indehaveren af et varemærke, der er renommeret i en medlemsstat, i henhold til en national lov, hvorved denne bestemmelse er gennemført, også kan modsætte sig brug af varemærket eller et tegn, der ligner varemærket, på den måde og under de omstændigheder, der omhandles i denne artikel, for varer eller tjenesteydelser, der er af samme eller lignende art som dem, for hvilke varemærket er registreret?

b) Såfremt spørgsmål 1 a) besvares benægtende: Såfremt bestemmelsen i direktivets artikel 5, stk. 2, er gennemført i en national lov, skal begrebet »risiko for forveksling« i direktivets artikel 5, stk. 1, litra b), da fortolkes således, at en sådan risiko foreligger, såfremt en anden end varemærkeindehaveren bruger et renommeret varemærke eller et tegn, der ligner dette, på den måde og under de omstændigheder, der omhandles i direktivets artikel 5, stk. 2, for varer eller tjenesteydelser, der er af samme eller lignende art som dem, for hvilke varemærket er registeret?

2) Såfremt spørgsmål 1 a) besvares bekræftende:

a) Skal spørgsmålet, om varemærket og tegnet i et sådant tilfælde ligner hinanden, vurderes på grundlag af et andet kriterium end kriteriet om forveksling af oprindelse (direkte eller indirekte), og i bekræftende fald, efter hvilket kriterium?

b) Såfremt det tegn, der anfægtes som værende en krænkelse af varemærket, i et sådant tilfælde af den berørte kundekreds udelukkende opfattes som udsmykning, hvilken vægt skal der da tillægges denne omstændighed ved besvarelsen af spørgsmålet, om varemærket og tegnet ligner hinanden?«

Det første spørgsmål

Spørgsmål 1 a)

13 Spørgsmål 1 a) vedrører spørgsmålet om, hvorvidt direktivets artikel 5, stk. 2 — selv om denne bestemmelse kun udtrykkeligt vedrører tredjemands brug af et tegn for varer eller tjenesteydelser af anden art — skal fortolkes således, at den overlader medlemsstaterne beføjelsen til at fastsætte en særlig beskyttelse for et registreret varemærke, der er renommeret, såfremt det yngre varemærke eller tegn, der er identisk med eller ligner dette registrerede varemærke, skal bruges eller bliver brugt for varer eller tjenesteydelser af samme eller lignende art som dem, der er omfattet af det registrerede varemærke.

14 Efter at forelæggelsesafgørelsen var blevet registeret, besvarede Domstolen i dom af 9. januar 2003, Davidoff (sag C-292/00, Sml. I, s. 389), dette spørgsmål bekræftende.

15 I lyset af denne fortolkning og for at give den nationale ret et fyldestgørende svar med henblik på at løse tvisten i hovedsagen skal spørgsmål 1 a) forstås således, at det også skal klarlægges, om en medlemsstat, når den anvender den mulighed, den er tillagt ved direktivets artikel 5, stk. 2, er forpligtet til at yde den omhandlede særlige beskyttelse i tilfælde af tredjemands brug af et yngre varemærke eller tegn, der er identisk med eller ligner det renommerede registrerede varemærke, for såvel varer eller tjenesteydelser af anden art som for varer og tjenesteydelser af samme eller lignende art som dem, der er omfattet af det registrerede varemærke.

16 Adidas og Kommissionen har gjort gældende, at dette spørgsmål skal besvares bekræftende. Kommissionen har anført, at dette svar nødvendigvis følger af Davidoff-dommens præmis 25.

17 Det Forenede Kongeriges regering er derimod af den opfattelse, at spørgsmålet skal besvares benægtende. Det står medlemsstaterne frit for at vedtage bestemmelser, der er begrænset til den udtrykkelige ordlyd af direktivets artikel 5, stk. 2, dvs. til varer og tjenesteydelser af anden art. Medlemsstaterne er ikke forpligtet til at yde den samme beskyttelse for varer og tjenesteydelser af samme eller lignende art. Det Forenede Kongeriges regering har under alle omstændigheder gjort gældende, at det tilkommer de nationale domstole at fortolke en bestemmelse til gennemførelse af direktivets artikel 5, stk. 2, med henblik på spørgsmålet om, hvilken beskyttelse en medlemsstat vil yde indehavere af renommerede varemærker.

18 Det skal i denne forbindelse understreges, at en medlemsstat, der gør brug af den mulighed, den er tillagt ved direktivets artikel 5, stk. 2, skal yde indehavere af renommerede varemærker en beskyttelse, der opfylder denne bestemmelses krav.

19 I Davidoff-dommen (præmis 24 og 25) anførte Domstolen til støtte for sin fortolkning, at ud fra den generelle opbygning af og formålene med det system, direktivets artikel 5, stk. 2, indgår i, kan artiklen ikke fortolkes således, at følgen heraf ville være, at renommerede varemærker ville have en svagere beskyttelse, såfremt et tegn bruges for varer eller tjenesteydelser af samme eller lignende art, end hvis et tegn bruges for varer eller tjenesteydelser af anden art. Domstolen fastslog dernæst med andre ord, at et renommeret varemærke i tilfælde af brug af et tegn for varer eller tjenesteydelser af samme eller lignende art bør have en mindst lige så omfattende beskyttelse, som når et tegn bruges for varer eller tjenesteydelser af anden art (præmis 26).

20 Henset til disse konstateringer skal en medlemsstat, såfremt den gennemfører direktivets artikel 5, stk. 2, således yde varer eller tjenesteydelser af samme eller lignende art en beskyttelse, der er mindst lige så omfattende som den, der ydes varer eller tjenesteydelser af anden art. Medlemsstatens valgmulighed går altså ud på, at renommerede varemærker principielt skal ydes en større beskyttelse, men ikke på, hvilke situationer der omfattes af beskyttelsen, når denne ydes.

21 Det bemærkes, at i henhold til fast retspraksis skal de nationale domstole ved anvendelsen af nationale retsforskrifter — herunder bestemmelser i en national lov, der særligt er blevet udstedt med henblik på at gennemføre et direktiv — i videst muligt omfang fortolke nationale bestemmelser i lyset af direktivets ordlyd og formål (jf. bl.a. domme af 10.4.1984, sag 14/83, Von Colson og Kamann, Sml. s. 1891, præmis 26, og sag 79/83, Harz, Sml. s. 1921, præmis 26, samt dom af 22.9.1998, sag C-185/97, Coote, Sml. I, s. 5199, præmis 18).

22 Spørgsmål 1 a) bør således besvares med, at såfremt en medlemsstat anvender den mulighed, den er tillagt ved direktivets artikel 5, stk. 2, er den forpligtet til at yde den omhandlede særlige beskyttelse i tilfælde af tredjemands brug af et yngre

varemærke eller tegn, der er identisk med eller ligner det renommerede registrerede varemærke, hvilket gælder for såvel varer eller tjenesteydelser af anden art som for varer og tjenesteydelser af samme eller lignende art som dem, der er omfattet af det registrerede varemærke.

Spørgsmål 1 b)

23 Da spørgsmål 1 b) kun ønskes besvaret i tilfælde af, at spørgsmål 1 a) besvares benægtende, er det ufornødent at tage stilling hertil.

Det andet spørgsmål

Spørgsmål 2 a)

24 Med spørgsmål 2 b) ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om den beskyttelse, der er fastsat i direktivets artikel 5, stk. 2, forudsætter, at der mellem det renommerede varemærke og tegnet er konstateret en sådan grad af lighed, at der i den berørte kundekreds' bevidsthed er risiko for forveksling af de to.

25 Adidas er af den opfattelse, at det ikke er nødvendigt at fastslå, at der er risiko for forveksling. Det er tilstrækkeligt, at den nationale ret fastslår, at der er risiko for en visuel, lydlig og begrebsmæssig forbindelse mellem det renommerede varemærke og tegnet. Også Kommissionen har anført, at en risiko for forbindelse er tilstrækkelig.

26 Fitnessworld har derimod gjort gældende, at ligheden mellem varemærket og tegnet skal være så stor, at den med hensyn til den visuelle, lydlige og begrebsmæssige lighed kan skabe risiko for forveksling i den pågældende kundekreds' bevidsthed.

27 Det bemærkes herved, at i modsætning til direktivets artikel 5, stk. 1, litra b), der kun finder anvendelse, hvis der i kundekredsens bevidsthed er risiko for forveksling, indføres der ved direktivets artikel 5, stk. 2, for velkendte varemærker en beskyttelse, hvis iværksættelse ikke forudsætter en sådan risiko. Sidstnævnte bestemmelse finder anvendelse på situationer, hvor den konkrete betingelse for beskyttelsen er, at brugen af det anfægtede tegn uden skellig grund ville medføre en utilbørlig udnyttelse af varemærkets særpræg eller renommé, eller hvor sådan brug ville skade dettes særpræg eller renommé (jf. dom af 22.6.2000, sag C-425/98, Marca Mode, Sml. I, s. 4861, præmis 34 og 36).

28 Betingelsen i direktivets artikel 5, stk. 2, om lighed mellem varemærket og tegnet forudsætter navnlig, at der er elementer af visuel, lydlig og begrebsmæssig lighed [jf. vedrørende direktivets artikel 5, stk. 1, litra b), dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 23 in fine, og af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 25 og 27 in fine].

29 Når de i direktivets artikel 5, stk. 2, omhandlede krænkelser indtræder, er de en konsekvens af, at der er en vis grad af lighed mellem varemærket og tegnet, på grundlag af hvilken den berørte kundekreds forbinder tegnet og varemærket med hinanden, dvs. skaber en sammenhæng mellem disse, selv om den ikke forveksler dem (jf. i denne retning dom af 14.9.1999, sag C-375/97, General Motors, Sml. I, s. 5421, præmis 23).

30 Om der foreligger en sådan sammenhæng skal — på samme måde som vurderingen inden for rammerne af direktivets artikel 5, stk. 1, litra b), af, om der er risiko for forveksling — afgøres efter en helhedsvurdering under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde (jf. vedrørende risiko for forveksling SABEL-dommen, præmis 22, og Marca Mode-dommen, præmis 40).

31 Spørgsmål 2 a) skal således besvares med, at den beskyttelse, der er fastsat i direktivets artikel 5, stk. 2, ikke forudsætter, at der mellem det renommerede varemærke og tegnet er konstateret en sådan grad af lighed, at der i den berørte kundekreds' bevidsthed er risiko for forveksling af de to. Det er tilstrækkeligt, at graden af lighed mellem det renommerede varemærke og tegnet har til følge, at den berørte kundekreds skaber en sammenhæng mellem tegnet og varemærket.

Spørgsmål 2 b)

32 Med spørgsmål 2 b) ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvilken indflydelse det har på spørgsmålet om, hvorvidt det renommerede varemærke og tegnet ligner hinanden, at det anfægtede tegn efter den nationale rets vurdering af de faktiske omstændigheder udelukkende opfattes som en udsmykning af den berørte kundekreds.

Indlæg til Domstolen

33 Adidas har gjort gældende, at den omstændighed, at et tegn anvendes eller opfattes som en udsmykning, ikke har betydning for anvendelsen af direktivets artikel 5, stk. 2, i situationer, som dem, der er beskrevet af den forelæggende ret. Eftersom direktivets artikel 5, stk. 2, giver indehaveren af et renommeret

varemærke ret til at forhindre brugen af ethvert tegn, der ligner hans varemærke, skal der ikke nødvendigvis være tale om et særpræget tegn. Det kan dreje sig om et hvilket som helst tegn, såsom en udsmykning.

34 Fitnessworld har anført, at spørgsmålet bør besvares med, at såfremt et tegn af den berørte kundekreds opfattes som en udsmykning, kan det under ingen omstændigheder føre til en krænkelse af varemærket.

35 Den nederlandske regering er af den opfattelse, at også brugen af et tegn som udsmykning kan udvande et renommeret varemærke, navnlig når det drejer sig om et figurmærke.

36 Det Forenede Kongeriges regering har begrænset sig til at gøre gældende, at den omstændighed, at et tegn blot opfattes som en udsmykning, ikke er relevant ved besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt tegnet ligner det renommerede varemærke.

37 Ifølge Kommissionens opfattelse vedrører direktivets artikel 5, stk. 2, beskyttelse mod brug af et tegn, der i så høj grad ligner det renommerede varemærke, at den omhandlede brug indebærer en risiko for, at varemærkets omdømme udvandes eller skades. Det er i praksis vanskeligt at forestille sig, at et tegn, der frembyder en sådan lighed med et renommeret varemærke, blot kan opfattes som en udsmykning. Omvendt kan en udsmykning i sig selv pr. definition ikke ligne et renommeret varemærke i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets artikel 5, stk. 2.

Domstolens besvarelse

38 Det fremgår af besvarelsen af spørgsmål 2 a), at en af betingelserne for den beskyttelse, der er fastsat i direktivets artikel 5, stk. 2, er, at graden af lighed mellem det renommerede varemærke og tegnet har til følge, at den berørte kundekreds skaber en sammenhæng mellem tegnet og varemærket.

39 Den omstændighed, at et tegn opfattes som en udsmykning af den berørte kundekreds, er ikke i sig selv til hinder for beskyttelsen i direktivets artikel 5, stk. 2, når graden af lighed dog er så høj, at den berørte kundekreds skaber en sammenhæng mellem tegnet og varemærket.

40 Når det derimod fremgår af den nationale rets vurdering af de faktiske omstændigheder, at den berørte kundekreds udelukkende opfatter tegnet som en udsmykning, skaber den ikke nogen sammenhæng med et registreret varemærke. Dette betyder altså, at graden af lighed mellem tegnet og varemærket ikke er tilstrækkeligt til at skabe en sådan sammenhæng.

41 Spørgsmål 2 b) skal således besvares med, at den omstændighed, at et tegn opfattes som en udsmykning af den berørte kundekreds, ikke i sig selv er til hinder for beskyttelsen i direktivets artikel 5, stk. 2, når graden af lighed dog er så høj, at den berørte kundekreds skaber en sammenhæng mellem tegnet og varemærket. Når det derimod fremgår af den nationale rets vurdering af de faktiske omstændigheder, at den pågældende kundekreds udelukkende opfatter tegnet som en udsmykning, skabes der ikke en sammenhæng med et registreret varemærke, og dermed er en af betingelserne for beskyttelse i henhold til direktivets artikel 5, stk. 2, ikke opfyldt.

Sagens omkostninger

42 De udgifter, der er afholdt af den nederlandske regering, af Det Forenede Kongeriges regering og af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Hoge Raad der Nederlanden ved dom af 12. oktober 2001, for ret:

1) Såfremt en medlemsstat anvender den mulighed, den er tillagt ved artikel 5, stk. 2, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker, er den forpligtet til at yde den omhandlede særlige beskyttelse i tilfælde af tredjemands brug af et yngre varemærke eller tegn, der er identisk med eller ligner det renommerede registrerede varemærke, hvilket gælder for såvel varer eller tjenesteydelser af anden art som for varer og tjenesteydelser af samme eller lignende art som dem, der er omfattet af det registrerede varemærke.

2) Den beskyttelse, der er fastsat i artikel 5, stk. 2, i direktiv 89/104 forudsætter ikke, at der mellem det renommerede varemærke og tegnet er konstateret en sådan grad af lighed, at der i den berørte kundekreds' bevidsthed er risiko for forveksling af de to. Det er tilstrækkeligt, at graden af lighed mellem det renommerede varemærke og tegnet har til følge, at den berørte kundekreds skaber en sammenhæng mellem tegnet og varemærket.

3) Den omstændighed, at et tegn opfattes som en udsmykning af den berørte kundekreds, er ikke i sig selv til hinder for beskyttelsen i artikel 5, stk. 2, i direktiv 89/104, når graden af lighed dog er så høj, at den berørte kundekreds skaber en sammenhæng mellem tegnet og varemærket. Når det derimod fremgår af den nationale rets vurdering af de faktiske omstændigheder, at den pågældende kundekreds udelukkende opfatter tegnet som en udsmykning, skabes der ikke en sammenhæng med et registreret varemærke, og dermed er en af betingelserne for beskyttelse i henhold til artikel 5, stk. 2, i direktiv 89/104 ikke opfyldt.

Puissochet Gulmann Macken

Colneric Cunha Rodrigues

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 23. oktober 2003.

R. Grass V. Skouris

Justitssekretær Præsident