RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

12. januar 2006 *

I sag T-147/03,

**Devinlec Développement innovation Leclerc SA,** Toulouse (Frankrig), ved avocat J.-P. Simon,

sagsøger,

mod

**Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM)** ved J. Novais Gonçalves og A. Folliard-Monguiral, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

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

**TIME ART Uluslararasi Saat Ticareti ve diş Ticaret AŞ,** Istanbul (Tyrkiet), ved avocat F. Jacobacci,

* Processprog: engelsk.

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 30. januar 2003 af Tredje Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 109/2002-3) vedrørende en indsigelsessag mellem Devinlec Développement innovation Leclerc SA og TIME ART Uluslararasi Saat Ticareti ve diş Ticaret AŞ,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Fjerde Afdeling)

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

justitssekretær: assisterende justitssekretær B. Pastor,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 30. april 2003,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 24. oktober 2003,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 28. oktober 2003,

og efter retsmødet den 30. juni 2005,

afsagt følgende

## Dom

### Sagens baggrund

1 Den 8. september 1997 indgav TIME ART Uluslararasi Saat Ticareti ve diş Ticaret AŞ (herefter »intervenienten«) 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 Der blev ansøgt om registrering af følgende figurmærke:




3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 14 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse: »Armbåndsure, ure, urværker og dele heraf, urglas, urkasser, urremme, urkæder/armbånd, æsker til armbåndsure og ure«.

4 Ansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 62/98 den 17. august 1998.

5 Den 9. november 1998 rejste selskabet Devinlec Développement innovation Leclerc SA (herefter »sagsøgeren«) indsigelse mod registreringen af det ansøgte varemærke. Indsigelsen var støttet på det ældre figurmærke, som blev registreret i Frankrig den 11. december 1987 under nr. 1 555 274, og som er gengivet nedenfor:



6 De varer, for hvilke det ældre varemærke er registreret, svarer til følgende beskrivelse i Nice-arrangementet:

— klasse 14: »Ure og tilbehør til ure; smykker«

— klasse 18: »Lædervarer«.

7 Indsigelsen, der var støttet på den relative registreringshindring i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, var rettet mod alle de varer, der er omfattet af registreringsansøgningen.

8 Den 10. marts 1999 indgav intervenienten i medfør af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 begæring om, at sagsøgeren godtgjorde, at brug af det ældre varemærke havde fundet sted.

9 Med henblik på at godtgøre, at der er gjort reel brug af det ældre varemærke, har sagsøgeren fremlagt flere genstande og dokumenter, herunder bl.a. ure, fakturaer, reklamemateriale, avisartikler og en erklæring på tro og love afgivet af selskabets direktør.

10 Det fremgår af disse oplysninger som helhed, at det ældre varemærke har været brugt i Frankrig til »armbåndsure og urremme« under det nedenfor gengivne figurtegn:




11 Ved afgørelse af 30. november 2001 traf Indsigelsesafdelingen afgørelse om indsigelsen. Indsigelsesafdelingen fandt for det første, at sagsøgeren havde godtgjort, at brug af det ældre varemærke havde fundet sted, uden at brugen heraf under det figurtegn, der er gengivet i præmis 10 ovenfor, havde forandret det ældre varemærkes særpræg. Indsigelsesafdelingen gav for det andet medhold i indsigelsen med den begrundelse, at de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, dels er af samme art, dels af lignende art, og at tegnene har en tilstrækkelig grad af visuel, fonetisk og begrebsmæssig lighed til, at der er risiko for forveksling i den relevante kundekreds' bevidsthed.

12 Den 29. januar 2002 påklagede intervenienten Indsigelsesafdelingens afgørelse til Harmoniseringskontoret.

13 Ved afgørelse af 30. januar 2003 (herefter »den anfægtede afgørelse«) annullerede Tredje Appelkammer Indsigelsesafdelingens afgørelse og forkastede følgelig indsigelsen. Appelkammeret fandt i det væsentlige, at der på trods af, at de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, er af samme og af lignende art, skulle tages hensyn til de omstændigheder, hvorunder de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, blev markedsført, og det forhold, at de armbåndsure og urremme, der er omfattet af dette varemærke, alene blev solgt til den endelige forbruger i E. Leclerc-indkøbscentrene. Under disse omstændigheder var appelkammeret af den opfattelse, at de visuelle og fonetiske ligheder mellem de omtvistede varemærker, og det forhold, at de eventuelt har en henvisning til begrebet om kvantitet til fælles, ikke ville give gennemsnitsforbrugeren anledning til, såfremt han skulle støde på det ansøgte varemærke på »armbåndsure, ure, urremme/kæder og æsker til armbåndsure og ure« i andre forretninger end E. Leclerc-indkøbscentrene, at antage, at de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, hidrører fra den samme virksomhed eller fra forbundne virksomheder (den anfægtede afgørelses punkt 39 og 40).

## Parternes påstande

14 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Ansøgningen om registrering af det ansøgte varemærke afslås.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

— Intervenienten tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med den administrative procedure ved Harmoniseringskontoret.

15 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

16 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Harmoniseringskontoret frifindes.

— Den anfægtede afgørelse annulleres i det omfang intervenienten ikke har fået medhold.

**Retlige bemærkninger**

17 Sagsøgeren har til støtte for sin første påstand gjort to anbringender gældende. Det første anbringende vedrører tilsidesættelse af regel 50 i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 om EF-varemærker (EFT L 303, s. 1). Det andet anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 og af »generelle varemærkeretlige principper«.

18 Intervenienten har gjort et selvstændigt anbringende om annullation af den anfægtede afgørelse gældende, som vedrører tilsidesættelse af artikel 15, stk. 2, og artikel 43, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

19 Retten behandler først det selvstændige anbringende, der er gjort gældende af intervenienten, og dernæst det andet og det første anbringende, der er gjort gældende af sagsøgeren.

*Intervenientens selvstændige anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 15, stk. 2, og artikel 43, stk. 3, i forordning nr. 40/94*

Parternes argumenter

20 Intervenienten har opfordret Retten til at fastslå, at det var med urette, at appelkammeret fandt, at det ældre varemærke i den form, hvorunder det var blevet brugt af sagsøgeren, ikke havde medført en forandring af det tegns særpræg, der tidligere var blevet registreret i Frankrig. Følgelig har intervenienten også anmodet Retten om at fastslå, at de beviser for reel brug af det ældre varemærke, som sagsøgeren fremlagde for Harmoniseringskontoret under den administrative procedure, var utilstrækkelige, og at appelkammeret har tilsidesat artikel 43, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

21 Under retsmødet har sagsøgeren og Harmoniseringskontoret gjort gældende, at den anfægtede afgørelse bør stadfæstes på dette punkt.

Rettens bemærkninger

22 Artikel 15 i forordning nr. 40/94, der har overskriften »brug af EF-varemærket«, bestemmer:

»1. Hvis indehaveren ikke inden fem år regnet fra registreringen har gjort reel brug af EF-varemærket inden for Fællesskabet for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, eller hvis sådan brug har været suspenderet uden afbrydelse i fem år, underkastes mærket de i denne forordning omhandlede sanktioner, medmindre der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted.

2. Følgende betragtes ligeledes som brug i henhold til stk. 1:

a) brug af EF-varemærket i en form, der kun ved enkeltheder, som ikke forandrer mærkets særpræg, afviger fra den form, hvori det er registreret

[...]«

23 Artikel 43 i forordning nr. 40/94, der har overskriften »behandling af indsigelsen«, bestemmer:

»2. På begæring af ansøgeren skal indehaveren af et ældre EF-varemærke, der har rejst indsigelse, godtgøre, at der inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen, er gjort reel brug af det ældre EF-

varemærke i Fællesskabet for de varer og tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, og som lægges til grund for indsigelsen, eller at der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted, forudsat at det ældre EF-varemærke på dette tidspunkt har været registreret i mindst fem år. Godtgøres dette ikke, forkastes indsigelsen. Har det ældre EF-varemærke kun været anvendt for en del af de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, anses det ved behandlingen af indsigelsen kun som registreret for denne del af varerne eller tjenesteydelserne.

3. Stk. 2 finder anvendelse på de i artikel 8, stk. 2, litra a), omhandlede ældre nationale varemærker, dog således at brug i den medlemsstat, hvor det ældre nationale varemærke er beskyttet, træder i stedet for brug i Fællesskabet.

[...]«

24 I det foreliggende tilfælde skal det bemærkes, at den anfægtede afgørelse stadfæstede Indsigelsesafdelingens bedømmelse, hvorefter sagsøgeren havde godtgjort, at reel brug af det ældre nationale varemærke havde fundet sted i overensstemmelse med artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, uden at det tegn, som var blevet brugt af sagsøgeren, og som er gengivet i præmis 10 ovenfor, forandrer særpræget af varemærket i den form, hvorunder det var blevet registreret i Frankrig, som gengivet i præmis 5 ovenfor. I den anfægtede afgørelses punkt 11 anførte appelkammeret særligt, at forskellene med hensyn til skrifttypen og med hensyn til stiliseringen af bogstavet »q« i det ældre varemærke ikke forandrede mærkets særpræg, da det klart fremgik af de beviser, der var fremlagt i forbindelse med indsigelsessagen, at dette bogstav ikke ville blive opfattet isoleret fra det ord, som det indgår i, og som udgør det ældre varemærkes væsentligste bestanddel. I den anfægtede afgørelses punkt 12 påpegede appelkammeret desuden, at det fremgik af flere avisudklip og af udklip af reklamematerialet for det ældre varemærke, at varemærket også var blevet anvendt i den form, hvorunder det var blevet registreret, og at stiliseringen af bogstavet »q« ikke var fremhævet.

25 Denne vurdering kan tiltrædes.

26 Indledningsvis skal det præciseres, at det følger af artikel 15, stk. 2, litra a), sammenholdt med artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, at beviset for reel brug af et ældre nationalt varemærke eller et EF-varemærke, som ligger til grund for en indsigelse mod en EF-varemærkeansøgning, også omfatter beviset for brug af det ældre varemærke i en form, der kun ved enkeltheder, som ikke forandrer dette varemærkes særpræg, afviger fra den form, hvori det er registreret (jf. i denne retning Rettens dom af 9.7.2003, sag T-156/01, Laboratorios RTB mod KHIM — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO AIRE), Sml. II, s. 2789, præmis 44).

27 Hvad dernæst angår spørgsmålet om, hvorvidt brugen af det tegn, der er gengivet i præmis 10 ovenfor, som hævdet af intervenienten, i den foreliggende sag udgør en brug, der forandrer det ældre nationale varemærkes særpræg, må det konstateres, at dette ikke er tilfældet.

28 I denne forbindelse bemærkes, at de eneste elementer, der adskiller det ældre nationale varemærke, sådan som det er blevet registreret, fra det tegn, som er anvendt af sagsøgeren, dels er stiliseringen af bogstavet »q«, der leder tanken hen på skiven på et armbåndsur, dels brugen af store bogstaver til at angive det ældre nationale varemærkes ordbestanddel.

29 For det første bemærkes, at selv om det er rigtigt, at stiliseringen af bogstavet »q« er mere markeret i gengivelsen af det anvendte tegn end i gengivelsen af det ældre nationale varemærke, hviler det ældre varemærkes særpræg imidlertid altid på dette varemærkes ordbestanddel som helhed. I øvrigt skal det præciseres, at stiliseringen af bogstavet »q«, der — som det netop er bemærket — leder tanken hen på skiven på et armbåndsur, ikke har nogen særlig grad af særpræg for varer i klasse 14, som er de eneste varer, i forbindelse med hvilke sagsøgeren har fremlagt bevis for, at der er

gjort brug af det ældre varemærke. Hvad for det andet angår brugen af store bogstaver er det tilstrækkeligt at bemærke, at brugen heraf ikke på nogen måde er original, og den forandrer heller ikke det ældre nationale varemærkes særpræg.

30 Det følger heraf, at appelkammeret med rette kunne tage hensyn til de beviser, sagsøgeren har fremlagt vedrørende det tegn, der er gengivet i præmis 10 ovenfor, for varer i klasse 14 »armbåndsure og urremme«, med henblik på at bedømme, om sagsøgeren havde godtgjort, at der var gjort reel brug af det ældre nationale varemærke.

31 Da intervenienten ikke har anfægtet appelkammerets bedømmelse af disse beviser og heller ikke bedømmelsen af de beviser, sagsøgeren har fremlagt med henblik på at godtgøre, at selskabet også har brugt det ældre nationale varemærke i den form, hvorunder det er blevet registreret, skal intervenientens selvstændige anbringende forkastes.

*Sagsøgerens andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 og af »generelle varemærkeretlige principper«*

Parternes argumenter

32 Sagsøgeren har anfægtet flere af appelkammerets bedømmelser vedrørende sammenligningen af de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, sammenligningen af de omtvistede tegn og fraværet af risiko for forveksling.

33 Hvad for det første angår sammenligningen af de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, har sagsøgeren — uden at bestride, at varerne er af samme og af lignende art — anført, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 30 støttede sig på en fejlagtig faktisk forudsætning. Sagsøgeren har således anfægtet appelkammerets påstand om, at de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, ikke vil blive markedsført ved siden af de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke, og ikke vil blive solgt i andre forretninger end E. Leclerc-indkøbscentrene.

34 I denne forbindelse har sagsøgeren gjort opmærksom på, at denne påstand især synes at være støttet på den erklæring fra selskabets direktør af 7. maj 1999, som sagsøgeren fremlagde blandt de oplysninger, der havde til formål godtgøre, at der var gjort reel brug af det ældre varemærke. For det første gør hverken denne erklæring eller de andre dokumenter, der blev fremsendt til Harmoniseringskontoret, det ifølge sagsøgeren muligt at konkludere, at salgsstederne »Le Manège à Bijoux« i E. Leclerc-indkøbscentrene — der markedsfører de varer, der er omfattet af det ældre varemærke — ikke har markedsført andre varer af samme eller lignende art, eller at markedsføringen af de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, altid vil være forbeholdt disse salgssteder. For det andet har sagsøgeren henvist til, at førnævnte erklæring og de andre dokumenter, den var ledsaget af, blev fremsendt med det præcise formål at godtgøre, at der var gjort reel brug af det ældre varemærke mellem 1993 og 1998, med henblik på at undgå, at indsigelsen blev forkastet. Sagsøgeren har understreget, at selskabet ikke af appelkammeret var blevet opfordret til at påvise, f.eks. at salgsstederne i E. Leclerc-indkøbscentrene har adgang til at markedsføre varer af samme eller lignende art, der er forsynet med andre varemærker. For så vidt som sagsøgeren har hævdet, at en sådan mulighed foreligger, har selskabet erklæret sig villig til at fremlægge alle de beviser, der kan understøtte dets udsagn.

35 Hvad for det andet angår sammenligningen af de omtvistede varemærker, har sagsøgeren først påpeget, at appelkammerets undersøgelse af det ældre varemærke var selvmodsigende, da appelkammeret ikke foretog sin bedømmelse i forhold til dette varemærke, sådan som det er blevet brugt, men sådan som det er blevet registreret.

36 Sagsøgeren har dernæst anført, at appelkammeret begik flere fejl ved den visuelle, fonetiske og begrebsmæssige sammenligning af de omtvistede tegn.

37 Selv om sagsøgeren har medgivet, at den lighed mellem præfikserne »quant«, der er lagt til grund i den anfægtede afgørelse, foreligger, har sagsøgeren med hensyn til det visuelle plan dog påpeget, at appelkammeret undlod at konstatere, at de omtvistede tegn ligeledes havde bogstavet »m« til fælles, og at der var en visuel lighed mellem bogstavet »i« i det ældre varemærke og bogstavet »u« i det ansøgte varemærke. Sagsøgeren har ligeledes anført, at den figurative bestanddel i form af et vækkeur, der er placeret under det ansøgte varemærkes ordbestanddel — en grafisk bestanddel, der i øvrigt savner særpræg for de varer, der er omfattet af dette varemærke — ikke udgør en bestanddel, der visuelt adskiller de omtvistede varemærker, i modsætning til det af appelkammeret anførte. Såfremt den relevante kundekreds skulle tillægge denne figurative bestanddel nogen som helst betydning, har sagsøgeren desuden anført, at dette ligeledes er tilfældet med stiliseringen af bogstavet »q« i det ældre varemærke, sådan som det er anvendt, som også leder tanken hen på en urskive eller et vækkeur. Under disse omstændigheder forstærker disse bestanddele den visuelle lighed mellem de omtvistede tegn.

38 Selv om sagsøgeren for så vidt angår det fonetiske aspekt er af den opfattelse, at det var med rette, at appelkammeret fandt, at der var en meget stor fonetisk lighed mellem det ansøgte varemærkes ordbestanddel og det ældre varemærkes ordbestanddel, har sagsøgeren ikke desto mindre understreget, at den forskel i udtalen af de omtvistede varemærkers sidste stavelser (»tum« i det ansøgte varemærke, »tième« i det ældre varemærke), som appelkammeret fremhævede, er af mindre betydning på grund af tilstedeværelsen af bogstavet »m«, der er fælles for de omtvistede varemærker.

39 På det begrebsmæssige plan har sagsøgeren anført, at det var med urette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 37 og 38 fandt, at de omtvistede tegn var forskellige. Under henvisning til en opinionsundersøgelse, som blev foretaget den 31. maj og den 1. juni 2002 hos et udsnit af den tilsigtede kundekreds, og som er vedlagt stævningen som bilag, har sagsøgeren anført dels, at den tilsigtede kundekreds ikke kender den præcise betydning af de omtvistede varemærkers ordbestanddele, dels at selv blandt den del af den tilsigtede kundekreds, der mener at kende betydningen af de omtvistede varemærkers ordbestanddele, er størstedelen af den opfattelse, at begge varemærker henviser til en kvantitet. Sagsøgeren har udledt heraf, at denne omstændighed forstærker de ligheder mellem de omtvistede tegn, som er konstateret på det visuelle og fonetiske plan.

40 Hvad for det tredje angår den vurdering, at der ikke er risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker, er sagsøgeren af den opfattelse, at appelkammeret tilsidesatte princippet om, at ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem de varer, som de omfatter, står i et indbyrdes afhængighedsforhold. Særligt har sagsøgeren anført, at appelkammeret begik en retlig fejl ved at finde, at de betingelser, hvorunder de varer der er omfattet af det ældre varemærke på et givet tidspunkt blev markedsført, udgjorde en relevant faktor i forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling. Sagsøgeren har subsidiært opfordret Retten til at fastslå, at appelkammeret har lagt for stor vægt på denne faktor i betragtning af de ligheder mellem de omtvistede varer og varemærker, der blev konstateret i den anfægtede afgørelse. Ifølge sagsøgeren har den anfægtede afgørelse i denne henseende ikke alene tilsidesat den fællesskabsretlige retspraksis, men også »generelle varemærkeretlige principper«, særligt princippet om overdragelse af et varemærke uafhængigt af den virksomhed, som er indehaver heraf, og princippet om ligebehandling af varemærkeindehavere. Hvad angår dette sidstnævnte »princip« har sagsøgeren præciseret, at såfremt det ældre varemærke havde eksisteret i mindre end fem år på tidspunktet for offentliggørelsen af registreringsansøgningen, havde sagsøgeren ikke behøvet at redegøre for, at der var gjort reel brug af varemærket, og appelkammeret ville følgelig ikke have kunnet anvende de beviser for brug af det ældre varemærke, som sagsøgeren havde fremlagt under den administrative procedure for Harmoniseringskontoret. Under disse omstændigheder er sagsøgeren af den opfattelse, at appelkammeret har begrænset rækkevidden af den beskyttelse, det ældre varemærke giver.

41 Harmoniseringskontoret har heroverfor for det første anført, at det ikke er bestridt, at de varer, der omfattet af de omtvistede varemærker, er delvis af samme art og delvis af lignende art.

42 Harmoniseringskontoret har for det andet understreget, at den berørte kundekreds, i forhold til hvilken bedømmelsen af sammenligningen af tegnene og risikoen for forveksling skal foretages, for så vidt angår armbåndsure, ure og urremme/kæder er sammensat af den franske gennemsnitsforbruger, mens den for så vidt angår urværker og dele heraf, urglas samt urkasser er sammensat af en specialiseret kundekreds, der fabrikerer eller reparerer armbåndsure eller ure, da især urkasser normalt ikke sælges særskilt fra salget af et armbåndsur eller et ur.

43 Hvad angår sammenligningen af tegnene har Harmoniseringskontoret for det tredje anført, at de visuelt, fonetisk og begrebsmæssigt er forskellige.

44 Med hensyn til den visuelle synsvinkel har Harmoniseringskontoret — selv om det har medgivet, at de omtvistede tegns ordbestanddele er fælles om de fem første bogstaver (»quant«) — dog understreget, at deres sidste bogstaver er forskellige, at ordbestanddelene har forskellig længde og forskellig skrifttype, og at det ansøgte varemærke ligeledes indeholder en figurativ bestanddel, som man ikke kan se bort fra på trods af den omstændighed, at det kan bestrides, hvorvidt denne figurative bestanddel i sig selv har særpræg for de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke. Harmoniseringskontoret har derfor konkluderet, at de omtvistede tegn er visuelt forskellige og derfor let kan adskilles fra hinanden.

45 Vedrørende det fonetiske plan har Harmoniseringskontoret anført, at graden af lighed mellem de omtvistede tegn, som er en følge af tilstedeværelsen af den fælles stavelse »quant«, opvejes af de forskelle, der er mellem de omtvistede tegns slutlyde (»um« i det ansøgte varemærke, »ième« i det ældre varemærke). Harmoniseringskontoret har i denne forbindelse anført, at de omtvistede tegns sidste stavelser udtales meget forskelligt.

46 Vedrørende det begrebsmæssige plan har Harmoniseringskontoret anført, at de omtvistede tegns ordbestanddele begge har forskellige betydninger, hvilket følgelig indebærer, at de ikke kan anses for at ligne hinanden på dette plan. Særligt er Harmoniseringskontoret af den opfattelse, at det er meget sandsynligt, at gennemsnitsforbrugeren vil forstå ordet »quantième« i det ældre varemærke som den numeriske betegnelse for dagen i en måned, der går fra en til enogtredive dage. Harmoniseringskontoret har anført, at denne betydning i øvrigt er udbredt inden for handelen med armbåndsure, hvilket de uddrag fra flere franskprogede hjemmesider på internettet, som Harmoniseringskontoret har vedlagt sit svarskrift, vidner om. Følgelig vil gennemsnitsforbrugeren ifølge Harmoniseringskontoret enten allerede kende nævnte betydning eller vil kunne få kendskab hertil ved hjælp af den notits, der følger med købet, eller ved at bede sælgeren om råd. Desuden har Harmoniseringskontoret tilføjet, at det ikke skal glemmes, at den berørte kundekreds omfatter fagfolk inden for urindustrien, som uden tvivl forstår betydningen af ordet »quantième«.

47 Ifølge Harmoniseringskontoret ændres denne vurdering ikke af sagsøgerens argument, der er støttet på den opinionsundersøgelse, som er vedlagt stævningen som bilag, hvorefter den berørte kundekreds vil skabe en begrebsmæssig forbindelse mellem de omtvistede tegn som følge af en fælles henvisning til begrebet kvantitet. Til trods for visse usikkerheder vedrørende de betingelser, hvorunder denne opinionsundersøgelse er blevet foretaget, har Harmoniseringskontoret anført, at omkring 11% af de adspurgte personer under alle omstændigheder angav, at ordet »quantum« henviste til begrebet kvantitet, mens lidt mere end 28% forbandt ordet »quantième« med dette begreb. Efter Harmoniseringskontorets opfattelse er disse procentdele ikke alene ikke et afgørende indicium, men dertil kommer, at opinionsundersøgelsen ikke gør det muligt at vide, hvilken del af den adspurgte kundekreds, der har svaret, at de to ord begge henviste til begrebet kvantitet.

48 Hvad for det fjerde angår vurderingen af risikoen for forveksling har Harmoniseringskontoret først anført, at gennemsnitsforbrugeren — i betragtning af, at de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, ikke købes regelmæssigt — vil give alle aspekterne ved disse varer, herunder også de varemærker, som de er forsynet med, særlig opmærksomhed. Da disse køb foretages efter en visuel sammenholdelse af varer og varemærker, vil de visuelle forskelle mellem de omtvistede varemærker derfor få en særlig betydning. Harmoniseringskontoret har dernæst anført, at det ældre varemærke har en lav grad af beskyttelse i sig selv i Frankrig, idet dets ordbestanddel er almindeligt anvendt til at beskrive en af egenskaberne ved de omhandlede varer. Under disse omstændigheder er Harmoniseringskontoret af den opfattelse, at der ikke er risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker uanset spørgsmålet om, hvorvidt visse af de varer, de betegner, er af samme eller af meget lignende art. Endelig har Harmoniseringskontoret påpeget, at den fejl, appelkammeret begik ved i forbindelse med bedømmelsen af risikoen for forveksling at tage hensyn til faktoren vedrørende den særlige markedsføring af de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, ikke ændrer noget ved denne konklusion.

49 Intervenienten har for det første anført, at det er med urette, at sagsøgeren har kritiseret appelkammeret for i forbindelse med sammenligningen af de omtvistede varer og tegn at have undersøgt det ældre varemærke, sådan som det er beskyttet ved dets registrering i Frankrig, og ikke sådan som det er blevet anvendt.

50 For det andet har intervenienten anfægtet sagsøgerens påstand om, at det ansøgte varemærkes figurative bestanddel savner fornødent særpræg. Ifølge intervenienten vil en sådan bestanddel i modsætning til en ordbestanddel nemlig aldrig udelukkende kunne være beskrivende. Efter intervenientens opfattelse er det derfor med rette, at appelkammeret i forbindelse med sammenligningen af de omtvistede tegn tog det ansøgte varemærkes figurative bestanddel i betragtning.

51 I denne henseende har intervenienten anført, at det var med rette, at appelkammeret afviste enhver form for visuel lighed mellem de omtvistede tegn.

52 Hvad angår den fonetiske sammenligning af de omtvistede tegn har intervenienten anført, at stavelsen »quan«, der er fælles for tegnene, sandsynligvis vil blive udtalt på forskellig vis af den tilsigtede gennemsnitsforbruger. Desuden bliver udtalen af de fundamentalt forskellige sidste stavelser i de omtvistede tegn forstærket af de franske fonetiske regler. Intervenienten har endvidere bestridt resultaterne af den opinionsundersøgelse, der er fremlagt af sagsøgeren, navnlig med hensyn til undersøgelsens reelt repræsentative karakter og med hensyn til den manglende angivelse af de adspurgte personers uddannelsesniveau. Hvad angår dette sidste punkt har intervenienten anført, at en sådan angivelse ville have været relevant, med henblik på at få oplyst, hvilken del af forbrugerne, der vil udtale det ansøgte varemærkes ordbestanddel under hensyntagen til ordets latinske oprindelse og dermed på en anden måde end ordet »quantième«.

53 Ifølge intervenienten fremgår det heraf, at det var med urette, at appelkammeret fandt, at der var en fonetisk lighed mellem de omtvistede tegn. Intervenienten har derfor i det væsentlige anmodet Retten om på dette punkt at berigtige denne fejl, hvorved intervenienten ikke fik medhold.

54 Ud fra en begrebsmæssig synsvinkel har intervenienten afvist enhver lighed mellem de omtvistede tegn, idet selskabet i det væsentlige har tilsluttet sig Harmoniseringskontorets argumenter.

55 Hvad for det tredje angår den manglende risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker har intervenienten anført, at den konklusion, som appelkammeret nåede frem til, er korrekt. Selv om intervenienten i lighed med sagsøgeren har medgivet, at en hensyntagen til markedsføringsbetingelserne for en given vare skal ske i forhold til objektive situationer, har selskabet imidlertid anført, at det er en sådan tilgangsvinkel, der er anvendt i det foreliggende tilfælde. Efter intervenientens opfattelse henhører det ældre varemærke således under kategorien »private varemærker« (private labels) eller »detailhandlervaremærker« (store brands), der udelukkende udtænkes og anvendes af de store detailhandelskæder. De varer, som disse varemærker omfatter, skal derfor ifølge intervenienten anses for at tilhøre en særlig kategori, navnlig som følge af deres markedsføringsvilkår, hvilket berettiger appelkammerets tilgangsvinkel.

56 Intervenienten har endvidere anført, at appelkammeret ikke tog faktoren vedrørende markedsføringen af sagsøgerens varer i betragtning som modvægt til de øvrige oplysninger, der blev lagt til grund i den anfægtede afgørelse, men alene som en omstændighed, der gør det muligt for forbrugerne at forstå, at de kun vil finde de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, i E. Leclerc-indkøbscentrene i lighed med enhver anden vare, der er forsynet med et privat varemærke. Disse generelle markedsføringsvilkår for varer, der er omfattet af det ældre varemærke, vil derimod sandsynligvis have indflydelse på gennemsnitsforbrugerens holdning, hvis den pågældende blev konfronteret med de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke, på andre salgssteder. Intervenienten har desuden afvist sagsøgerens anbringende om, at den anfægtede afgørelse har tilsidesat »generelle varemærkeretlige principper«.

57 Uden at dette har nogen indflydelse på den konklusion, som appelkammeret nåede frem til, har intervenienten dog kritiseret appelkammeret for ikke i forbindelse med helhedsvurderingen i tilstrækkelig grad at have taget hensyn til det ældre varemærkes meget svage grad af særpræg. Ifølge intervenienten ville appelkammerets anerkendelse af denne omstændighed have været tilstrækkelig til at udelukke enhver risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker. Intervenienten har derfor anmodet Retten om at fastslå, at appelkammeret har begået en retlig fejl på dette punkt.

Rettens bemærkninger

58 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, når der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre varemærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre varemærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne, som omfattes af de to varemærker, er af samme eller lignende art.

59 Risikoen for forveksling er ifølge fast retspraksis risikoen for, at det i kundekredsen kan antages, at de pågældende varer eller tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder. Ifølge samme retspraksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling i henhold til den opfattelse, som den relevante kundekreds har af de pågældende tegn og de omhandlede varer eller tjenesteydelser. Der skal herved tages hensyn til alle relevante faktorer i sagen, navnlig at ligheden mellem tegnene og ligheden mellem de pågældende varer og tjenesteydelser står i et indbyrdes afhængighedsforhold (jf. Rettens dom af 9.7.2003, sag T-162/01, Laboratorios RTB mod KHIM — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), Sml. II, s. 2821, præmis 31-33 og den deri nævnte retspraksis).

60 Som det fremgår af fast retspraksis, skal helhedsvurderingen af risikoen for forveksling for så vidt angår de omtvistede tegns visuelle, lydlige eller begrebsmæssige lighed være baseret på helhedsindtrykket af tegnene, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller dominans (Rettens dom af 14.10.2003, sag T-292/01, Phillips-Van Heusen mod KHIM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), Sml. II, s. 4335, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

— Den relevante kundekreds

61 Idet det ældre nationale varemærke er registreret i Frankrig, er den relevante kundekreds dermed den franske kundekreds. Harmoniseringskontoret og intervenienten er dog af den opfattelse, at den relevante kundekreds under hensyntagen til de varer, der omfattet af de omtvistede varemærker, er sammensat af dels gennemsnitsforbrugeren, dels fagfolk i urindustrien.

62 Det er ufornødent at tage stilling til dette spørgsmål, da vurderingen af risikoen for forveksling i den franske gennemsnitsforbrugers bevidsthed er tilstrækkelig i det foreliggende tilfælde. Hvis det er udelukket, at der er risiko for forveksling i nævnte gennemsnitsforbrugers bevidsthed, således som appelkammeret fastslog, er denne omstændighed nemlig tilstrækkelig til at frifinde Harmoniseringskontoret, eftersom denne vurdering gælder så meget desto mere for den del af den relevante kundekreds, der er benævnt »fagfolk«, hvis grad af opmærksomhed per definition er højere end gennemsnitsforbrugerens. Det er kun i tilfælde af, at Retten finder, at det er med urette, at appelkammeret har udelukket risikoen for forveksling, at det i givet fald skal efterprøves, om en sådan risiko for forveksling også er til stede for de varer, som er omfattet af det ansøgte varemærke, og som anvendes af disse fagfolk.

63 Det skal imidlertid bemærkes, at når der er tale om varer såsom dem, der er omfattet af de omtvistede varemærker, som ikke købes regelmæssigt, og som normalt købes gennem en sælger, skal gennemsnitsforbrugerens grad af opmærksomhed — som appelkammeret med rette fastslog — anses for at være større end den almindelige grad af opmærksomhed og derfor for at være temmelig højt.

— Sammenligningen af varerne

64 Det er ubestridt, at de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, er delvis af samme art og delvis af lignende art, således som det blev lagt til grund i den anfægtede afgørelse.

— Sammenligningen af de omtvistede tegn

65 Før den af appelkammeret foretagne visuelle, fonetiske og begrebsmæssige sammenligning af tegnene vurderes, er der grund til at forkaste sagsøgerens argument om, at appelkammeret ikke skulle have bedømt det ældre nationale varemærke, sådan som det er blevet registreret, men sådan som det er blevet brugt under det tegn, der er gengivet i præmis 10 ovenfor.

66 Således skal det bemærkes, at inden for rammerne af de bestemmelser i forordning nr. 40/94, der regulerer prøvelsen af en indsigelse mod registrering af et EF-varemærke, er formålet med at godtgøre, at der er gjort reel brug af et ældre nationalt varemærke, at gøre det muligt for dette varemærkes indehaver — på EF-varemærkeansøgerens udtrykkelige begæring — at bevise, at der er gjort faktisk og reel brug af indehaverens varemærke på markedet i løbet af de fem år, der er gået forud for offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen. I overensstemmelse med artikel 15, stk. 2, litra a), og artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 gælder dette bevis også i tilfælde af, at det anvendte tegn med hensyn til bestanddele, som ikke forandrer dets særpræg, er forskelligt fra det ældre varemærke, sådan som det er blevet registreret. I mangel af godtgørelse heraf — særligt i tilfælde, hvor de anvendte bestanddele forandrer det ældre varemærkes særpræg — eller i mangel af, at der godtgøres en rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted, skal indsigelsen forkastes. Bevisførelsen vedrørende reel brug af et ældre varemærke i forbindelse med en indsigelsessag har således hverken til formål eller til følge at give indehaveren af dette varemærke en beskyttelse for et tegn eller bestanddele af et tegn, der ikke er blevet registreret. At tage en argumentation for det modsatte til følge ville føre til en ulovlig udvidelse af den beskyttelse, som tilkommer indehaveren af et ældre varemærke, der danner grundlag for en indsigelse mod registreringen af et EF-varemærke.

67 Da sagsøgeren alene har registreret det ældre varemærke, som er gengivet i præmis 5 ovenfor, hvilket udgør grundlaget for den indsigelse, appelkammeret tog stilling til

i den anfægtede afgørelse, er det i den foreliggende sag alene dette varemærke, der råder over den beskyttelse, der gives ældre registrerede varemærker. Det er derfor også dette varemærke, der ved prøvelsen af indsigelsen skal sammenlignes med det ansøgte varemærke — således som Indsigelsesafdelingen og appelkammeret med rette gjorde — for de varer, for hvilke sagsøgeren har ført bevis for reel brug, i det foreliggende tilfælde varerne i klasse 14 »armbåndsure og urremme«.

68 Under disse omstændigheder skal lovligheden af den anfægtede afgørelse for så vidt angår den visuelle, fonetiske og begrebsmæssige sammenligning af de omtvistede tegn efterprøves.

69 Hvad angår den visuelle sammenligning skal der henvises til, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 31-33 fastslog følgende:

»31. Visuelt set består det ældre varemærke af ordet »quantième« med en skrifttype uden særlig originalitet. Bogstavet »q«, der fremstår en smule mere rundt end sædvanligt, er imidlertid ikke meget forskellig fra det normale bogstav »q«. I det af indsigeren fremlagte uddrag af ordbogen *Larousse Engelsk/Fransk* 1995, er det afsnit, der indeholder de ord, som begynder med dette bogstav, indledt af et »q«, der ikke er meget forskellig fra bogstavet »q« i det ældre varemærke. Den sorte linje oven over varemærket udgør ikke en del heraf. Intet i det ældre varemærke henleder i sig selv den relevante kundekreds' opmærksomhed på bogstavet »q«.

32. Med hensyn til det ansøgte varemærke fastslog Indsigelsesafdelingen — selv om [den i] den anfægtede afgørelse fandt, at varemærket indehold[t] en bestanddel, der lignede en skive fra et ur eller et armbåndsur i form af bogstavet »q« — at ordet »quantum«, der ikke [var] gengivet med særlig original skrifttype, udg[jorde] [varemærkets] dominerende bestanddel. Det fremgår klart af de

brochurer og avisudklip, der indgår i sagens akter, at det ikke er usædvanligt, at tegn på armbåndsure i lighed med det ansøgte varemærke indeholder et centreret symbol oven over ordbestanddelen eller navnet. Det er heller ikke usædvanligt, at dette symbol indeholder en gengivelse af bogstaver, som giver umiddelbare associationer til ordbestanddelen eller navnet, som det er tilfældet med det ansøgte varemærke. Det er sandsynligt, at gennemsnitsforbrugeren, som er vant til at se logoer anbragt på samme måde, vil fortolke tegnet som et opdigtet og særpræget logo og ikke blot som et ur, der ikke sender noget budskab med hensyn til angivelsen af oprindelsen.

33. Visuelt set ligner varemærkerne hinanden derved, at de begge indeholder præfikset »quant«. De adskiller sig fra hinanden derved, at det ansøgte varemærke indeholder et logo, som gennemsnitsforbrugeren vil opfatte som en forkortet gengivelse af ordet »quantum«. Det er usandsynligt, at gennemsnitsforbrugeren, når han ser det ældre varemærke, vil koncentrere sig om bogstavet »q«, da der ikke er nogen særlig grund til, at forbrugerens opmærksomhed skulle blive henledt på dette bogstav.«

70 Det er ubestridt, at appelkammeret var af den opfattelse, at der ikke var visuel lighed mellem de omtvistede tegn.

71 Retten er imidlertid af den opfattelse, at der er en sådan lighed.

72 Det bemærkes, at — som appelkammeret med rette påpegede — har de omtvistede tegn præfikset »quant« til fælles. Desuden har de, som sagsøgeren har understreget, også bogstavet »m« til fælles. Ud fra et visuelt synspunkt har de omtvistede varemærkers ordbestanddele dermed seks bogstaver til fælles, herunder de første fem bogstaver i hvert tegn. Selv om forbrugerens opmærksomhed ofte tiltrækkes af den første del af et ord (jf. i denne retning Rettens dom af 17.3.2004, forenede sager

T-183/02 og T-184/02, El Corte Inglés mod KHIM — González Cabello og Iberia Líneas Aéreas de España (MUNDICOR), Sml. II, s. 965, præmis 81), kan forbrugerens visuelle opmærksomhed også meget vel rettes mod de sidste bogstaver i tegnene i betragtning af de omhandlede tegns begrænsede længde (jf. Rettens dom af 6.7.2004, sag T-117/02, Grupo El Prado Cervera mod KHIM — Héritiers Debuschewitz (CHUFAFIT), Sml. II, s. 2073, præmis 48). Selv om det ansøgte varemærkes ordbestanddel i det foreliggende tilfælde er temmelig kort, bemærkes, at dets sidste bogstav, dvs. bogstavet »m«, er identisk med et af de fire sidste bogstaver i det ældre varemærke. Som appelkammeret anførte er de omtvistede tegns skrifttyper desuden almindelige. Visuelt set ligner de omtvistede tegns ordbestanddele derfor hinanden.

73 Det skal imidlertid efterprøves, om tilstedeværelsen af den figurative bestanddel oven over det ansøgte varemærkes ordbestanddel — som appelkammeret antydede uden dog klart at afslutte sin argumentation på dette punkt, og som intervenienten har anført i sine skriftlige bemærkninger — gør det muligt at afvise enhver visuel lighed mellem de omtvistede tegn.

74 I denne forbindelse bemærkes først, at den relevante kundekreds i princippet ikke opfatter et beskrivende element, der udgør en del af et sammensat varemærke, som den særprægede og dominerende bestanddel i det helhedsindtryk, som varemærket fremkalder (jf. i denne retning Rettens dom af 3.7.2003, sag T-129/01, Alejandro mod KHIM — Anheuser-Busch (BUDMEN), Sml. II, s. 2251, præmis 53, og CHUFAFIT-dommen, præmis 51).

75 I det foreliggende tilfælde må det i lighed med, hvad Harmoniseringskontoret har medgivet, konstateres, at gengivelsen af en armbåndsur- eller urskive ikke har noget særligt særpræg for de varer, for hvilke intervenienten har søgt EF-varemærket registreret.

76 Det skal desuden bemærkes, at med hensyn til vurderingen af, hvorvidt en eller flere bestemte bestanddele i et sammensat varemærke har dominerende karakter, kan der ud over hver af disse bestanddeles egenskaber i sig selv tages hensyn til de forskellige bestanddeles indbyrdes placering i det sammensatte varemærkes opbygning (jf. i denne retning Rettens dom af 23.10.2002, sag T-6/01, Matratzen Concord mod KHIM — Hukla Germany (MATRATZEN), Sml. II, s. 4335, præmis 35).

77 I det foreliggende tilfælde er det imidlertid tilstrækkeligt at bemærke, at den figurative bestanddel er placeret oven over det ansøgte varemærkes centrale ordbestanddel, uden at denne placering dog giver anledning til at antage, at denne bestanddel ud fra et visuelt synspunkt kan dominere det billede af det ansøgte varemærke, som kundekredsen vil bevare i erindringen. I denne forbindelse skal det bemærkes, at den relevante kundekreds i langt størstedelen af tilfældene vil blive konfronteret med det ansøgte varemærke ved købet af armbåndsure, og at varemærkerne normalt er gengivet på armbåndsurenes skiver. Da størrelsen af disse skiver imidlertid er relativt lille, vil gengivelsen af figurative bestanddele være svær at opfatte visuelt, når disse bestanddele — som i det foreliggende tilfælde — ikke er placeret centralt i det sammensatte varemærkes opbygning, men er gengivet oven over det ansøgte varemærkes ordbestanddel.

78 Under disse omstændigheder må det konkluderes, at de omtvistede tegn ligner hinanden på det visuelle plan.

79 Med hensyn til den fonetiske sammenligning af de omtvistede tegn foretog appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 34 følgende vurdering:

»Ud fra en fonetisk synsvinkel vil det ansøgte varemærke — eftersom symbolet i det ansøgte varemærke sandsynligvis vil blive opfattet som en forkortelse i fri fantasi for ordet »quantum« — blot blive udtalt »Quantum«. Dertil kommer, at det er usandsynligt, at den relevante kundekreds vil udtale ordet korrekt som »kwäntóm« (jf. *LeRobert électronique*), især fordi ordet bruges i meget specifikke sammenhænge, og fordi den relevante kundekreds ikke vil opfatte ordet som et latinsk ord. I det

ansøgte varemærke vil stavelsen »quan« blive udtalt »kan-« ligesom i det ældre varemærke. Der er derfor en vis grad af fonetisk lighed, på trods af, at tegnenes endelser (»-tóm« eller »-toum« i det ansøgte varemærke og »-tjem« i det ældre varemærke) sandsynligvis vil være forskellige, og at det ældre varemærke vil kunne udtales i tre stavelser.«

80 Denne vurdering kan i det væsentlige anses for at være korrekt.

81 Med hensyn til udtalen er det således meget lidt realistisk at tro, at den franske gennemsnitsforbruger vil udtale det ansøgte varemærke i henhold til den latinske udtale af ordet »quantum«, dvs. »kwäntóm«. I denne forbindelse bemærkes, at den opinionsundersøgelse, sagsøgeren har fremlagt under den administrative procedure og har vedlagt stævningen som bilag, bekræfter denne vurdering. Det fremgår således af denne opinionsundersøgelse, der blev foretaget hos et repræsentativt udsnit af den franske befolkning på 984 personer den 30. maj og den 1. juni 2002, at 79,5% af de adspurgte personer udtalte det ansøgte varemærke enten som »kantom« eller som »kantoum«.

82 I denne henseende kan der ikke gives medhold i intervenientens kritikpunkt om, at opinionsundersøgelsen ikke er repræsentativ, særligt på grund af manglen på enhver angivelse af de adspurgte personers uddannelsesniveau, hvilket ville have været relevant for at få oplyst, hvor stor en del af forbrugerne, der ville udtale det ansøgte varemærkes ordbestanddel i henhold til ordets latinske oprindelse og dermed forskelligt fra ordet »quantième«. For det første har intervenienten således på ingen måde underbygget denne påstand om, at opinionsundersøgelsens resultater ikke var relevante, selv om det fremgår, at denne opinionsundersøgelse er foretaget på baggrund af en metode og under objektive betingelser. Intervenienten har heller ikke anført grundene til, at appelkammeret skulle have begået en fejl ved i den anfægtede afgørelse at henvise til resultaterne af opinionsundersøgelsen. Da udsnittet af den franske befolkning for det andet per definition er »repræsentativt« for denne befolkning, har opinionsundersøgelsen nødvendigvis taget hensyn til denne befolknings uddannelsesniveau, hvilket tabellerne vedrørende udsnittets struktur indirekte

afspejler. Intervenienten har i øvrigt ikke taget hensyn til den omstændighed, at den relevante kundekreds er sammensat af franske gennemsnitsforbrugere, som ikke kan forventes at være i besiddelse af et kendskab til latin og til udtalen — som i øvrigt ikke sker efter en og samme regel — af latinske ord.

83 Det følger heraf, at den relevante kundekreds generelt set vil udtale det ansøgte varemærke som »kantóm«, eller endda »kantoum«, mens den normalt vil udtale det ældre varemærke som »kantjɛm« uden at opdele denne udtale i tre stavelser, hvilket resultaterne af nævnte opinionsundersøgelse også viste.

84 Trods tilstedeværelsen af lyden »o« eller »ou« i det ansøgte varemærke og tilstedeværelsen af lyden »jɛ« i det ældre varemærke har de omtvistede varemærker imidlertid ud over lyden »kant« slutlyden af bogstavet »m« til fælles.

85 Det må derfor konkluderes, at der er en fonetisk lighed mellem de omtvistede tegn.

86 Hvad angår den begrebsmæssige sammenligning af de omtvistede tegn bemærkes, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 35-38 præciserede følgende:

»35. Begrebsmæssigt set har varemærkerne forskellige betydninger. Betydningen af ordet »quantum« varierer i forhold til område. Inden for filosofien betyder det en endelig og bestemt kvantitet, og inden for naturvidenskaben henviser det til en diskret værdi af elektromagnetisk energi, som størrelsesmæssigt er proportional med den strålingsfrekvens, den repræsenterer [*Valeur discrète à*

*laquelle ou aux multiples de laquelle correspond une manifestation d'énergie. Quantum d'action ... Le quantum d'énergie électromagnétique est proportionnel à la fréquence de la radiation (il correspond à cette fréquence multipliée par la constante de Planck — elle-même parfois désignée sous le nom de quantum —* jf. *Le Robert Electronique)]*. Ifølge denne ordbog støder man også på ordet inden for computerterminologien som »*Quantum de temps: durée élémentaire maximale d'un programme, dans les systèmes en »temps partagé« d'un ordinateur*«. Desuden fremgår det klart af *Le Robert & Collins Du Management Commercial Financier Economique Juridique Dictionnaire* (1992), at ordet bruges på det retlige eller administrative område i betydningen skadeserstatning (*quantum des dommages et intérêts*). Da anvendelsesområderne for dette ord er specifikke, vil gennemsnitsforbrugeren ikke have noget præcist kendskab til nogen af de ovenfor nævnte betydninger, selv om han måske, såfremt han selv på et grundlæggende niveau har studeret naturvidenskab, vil forstå, at der er tale om en videnskabelig term.

36. Hvad angår ordet »quantième« er det i *Le Robert Electronique* for det første defineret som enten et adjektiv eller et interrogativt pronomen med betydningen »hvilken rang eller hvilken numerisk rækkefølge« (f.eks. »*Je ne sais à la quantième visite ce fut*« (Furetière, *Roman bourgeois, II). Le quantième êtes-vous? Le sixième*«), og for det andet som et substantiv, der betyder dagen i måneden betegnet ved et tal fra et til enogtredive *(Le jour du mois, désigné par un chiffre de un à trente et un (de premier, deux ..., à trente ou trente et un). Le quantième, quel quantième sommes-nous ? — Date, jour (du mois); et aussi combien [...] Cette montre marque les quantièmes).* Det fremgår klart af angivelserne vedrørende dette ord og af professor Jean Pierre Lassalles udtalelse, der er fremlagt af indsigeren, at det alene er adjektivet, der er forældet. Substantivet i dets anden betydning er ikke forældet, og det beskriver endda angivelsen af den pågældende dag i måneden på armbåndsure. Til trods for dette vil gennemsnitsforbrugeren — da ordet ikke er almindeligt brugt — ikke have en umiddelbar forståelse af ordets præcise betydning. Hvis gennemsnitsforbrugeren derimod søger råd hos en sælger af armbåndsure, som til gengæld ville have en præcis forståelse af ordets betydning som en angivelse af måneden på armbåndsure og ure, kan det ikke udelukkes, at forbrugeren vil blive bevidst om den præcise betydning af dette ord.

37. Selv om det fremgår af den opinionsundersøgelse, der er fremlagt af den indklagede part, at en del af gennemsnitsforbrugerne vil kunne antage, at det ansøgte varemærke henviser til begrebet kvantitet, er disse forbrugere

antalsmæssigt færre end dem, der vil opfatte det ældre varemærke som en henvisning til dette begreb. Selv om mange forbrugere måske vil hævde, at de mener at kende betydningen af ordet »quantième«, vil endnu flere endog kunne give et bud på en betydning af ordet »quantum«. Andelen er større i det første tilfælde, fordi stammen »quanti-« vækker associationer til begrebet kvantitet. Dette er ikke åbenbart med hensyn til præfixet »quant-« i det ansøgte varemærke, der vækker associationer til præpositionen »quant«.

38. For de forbrugere, der forstår den præcise betydning af det ene eller begge ord — hvad enten det er i den præcise eller i den associerede betydning — er varemærkerne begrebsmæssigt forskellige. For de forbrugere, der ikke forstår betydningen af ordene, har den begrebsmæssige faktor kun ganske beskeden relevans for sammenligningen [af de omhandlede tegn].«

87 Det skal først bemærkes, at appelkammeret ikke klart fastslog, at der var en begrebsmæssig forskel mellem tegnene i den relevante kundekreds' bevidsthed.

88 Dernæst bemærkes, at som appelkammeret fastslog vil betydningen af de omtvistede tegns ordbestanddele ikke umiddelbart blive forstået af den franske gennemsnitsforbruger, særligt som følge af de tekniske og specialiserede områder, hvor disse ord anvendes. Som appelkammeret påpegede, er det ganske vist ikke udelukket, at gennemsnitsforbrugeren vil opfatte ordet »quantum« som en videnskabelig term. Dette betyder imidlertid ikke, at forbrugeren vil tillægge denne term nogen særlig betydning.

89 Som intervenienten med rette anførte under retsmødet, skal der dog i denne sammenhæng ligeledes lægges en vis vægt på de objektive betingelser, hvorunder varemærkerne præsenteres på markedet (jf. BUDMEN-dommen, præmis 57, og

Rettens dom af 6.10.2004, forenede sager T-117/03 — T-119/03 og T-171/03, New Look mod KHIM — Naulover (NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE og NLCollection), Sml. II, 3471, præmis 49), og særligt på markedsføringsbetingelserne for armbåndsure og ure. Disse varer bliver således normalt markedsført via en sælger, som navnlig vil yde køberen en vis vejledning og sandsynligvis vil oplyse ham om den pågældende vares tekniske detaljer og opbygning. Under disse omstændigheder er det muligt, at gennemsnitsforbrugeren bliver informeret om betydningen af det ældre varemærkes ordbestanddel »quantième«, som navnlig er almindeligt anvendt inden for industrien for og handelen med urprodukter.

90 Dette er også grunden til, at der på det begrebsmæssige plan ikke kan lægges nær så meget vægt på resultaterne af den af sagsøgeren fremlagte opinionsundersøgelse, som sagsøgeren har gjort gældende. Selv om det ganske vist er rigtigt, at ud af det antal adspurgte personer, der har tillagt disse to ord en betydning, blev mere end 69% citater af ordet »quantième« og mere end 45% citater af ordet »quantum« henført til begrebet kvantitet, har denne opinionsundersøgelse, der er foretaget på hver af de adspurgte personers bopæl, derimod ikke taget hensyn til de objektive betingelser, hvorunder de omtvistede varemærker præsenteres eller vil blive præsenteret på markedet.

91 Det følger heraf, at selv om den berørte kundekreds normalt ikke umiddelbart vil tillægge de omtvistede varemærkers ordbestanddele en præcis betydning, vil det imidlertid være muligt at tillægge det ældre varemærkes ordbestanddel en betydning i betragtning af de objektive betingelser, hvorunder de varer, der er beskyttet af de omtvistede varemærker, markedsføres. Følgelig er der en vis begrebsmæssig forskel mellem de omtvistede tegn.

92 Det følger af samtlige disse betragtninger, at de omtvistede tegn ligner hinanden på det visuelle og fonetiske plan og frembyder visse forskelle på det begrebsmæssige plan.

— Risikoen for forveksling

93 Det bemærkes, at appelkammeret på grundlag af den i den anfægtede afgørelses punkt 39 og 40 anvendte argumentation i det foreliggende tilfælde fandt, at der ikke var risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker.

94 Appelkammeret foretog således følgende analyse:

»39. [...] [S]elv om varerne i varemærkeansøgningen med hensyn til deres art og formål er af samme eller lignende art som de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, og selv om det tilbehør, der er omfattet af det ansøgte varemærke, med hensyn til dets art og formål er kompletterende i forhold til de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, fremgår det af omstændighederne i den foreliggende sag, at da de armbåndsure, der er forsynet med det ældre varemærke, alene sælges i E. Leclerc-indkøbscentrene, og da de armbåndsure, der er forsynet med andre varemærker, ikke sælges i disse indkøbscentre, bliver de varer, der er omfattet af [de omtvistede] varemærker, ikke solgt ved siden af hinanden eller i de samme forretninger.

40. Under hensyntagen til de omstændigheder, hvorunder de varer der er omfattet af det ældre varemærke, er blevet markedsført, og til den omstændighed, at de armbåndsure og urremme, der er forsynet med dette varemærke, alene sælges til den endelige forbruger i E. Leclerc-forretninger, finder appelkammeret ikke, at de visuelle og fonetiske ligheder mellem de omtvistede varemærker og deres eventuelle fælles begrebsmæssige henvisning til begrebet kvantitet vil give gennemsnitsforbrugeren anledning til, såfremt han skulle støde på det ansøgte varemærke på »armbåndsure, ure, urremme/kæder og æsker til armbåndsure og ure« i andre forretninger end E. Leclerc-indkøbscentrene, at antage, at de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, hidrører fra den samme virksomhed eller fra forbundne virksomheder.«

95 Denne argumentation kan ikke lægges til grund.

96 Det bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at vurderingen af risikoen for forveksling 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 tegnene (jf. analogt Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 17, og hvad angår anvendelsen af forordning nr. 40/94, GIORGIO BEVERLY HILLS-dommen, præmis 32).

97 I det foreliggende tilfælde er det ubestridt, at de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, er delvis af samme art og delvis af lignende art. Det følger heraf, at for at afvise risikoen for forveksling skal denne identitet og denne lighed opvejes af en høj grad af forskel mellem tegnene. Som bemærket ovenfor ligner de omtvistede tegn hinanden visuelt og fonetisk set, mens de har en vis begrebsmæssig forskel.

98 Ifølge retspraksis kan en begrebsmæssig forskel mellem tegnene ganske vist i vidt omfang opveje de visuelle og fonetiske ligheder mellem disse tegn (BASS-dommen, præmis 54). For at der ifølge samme retspraksis imidlertid kan blive tale om en sådan opvejning kræves det, at mindst ét af de omhandlede varemærker fra den relevante kundekreds' synsvinkel har en klar og bestemt betydning, som denne kundekreds uden videre kan forstå.

99 Som anført ovenfor er det i den foreliggende sag imidlertid udelukket, at den relevante kundekreds uden videre vil forstå den bestemte betydning af såvel ordbestanddelen »quantième« i det ældre varemærke som ordbestanddelen »quantum« i det ansøgte varemærke.

100 Under disse omstændigheder har den begrebsmæssige forskel mellem de omtvistede tegn ikke en sådan karakter, at den i vidt omfang kan opveje de nævnte visuelle og fonetiske ligheder mellem disse samme tegn.

101 Appelkammeret fandt imidlertid, at de særlige markedsføringsvilkår for de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, gjorde det muligt at udelukke enhver risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker.

102 Det bemærkes, at det i lighed med det af sagsøgeren og Harmoniseringskontoret anførte principielt må afvises, at der kan tages hensyn til dette kriterium i forbindelse med vurderingen af risikoen for forveksling.

103 Ifølge retspraksis kan den vægt, der i forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling henholdsvis tillægges de omtvistede tegns visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige aspekter, variere i forhold til de objektive betingelser, hvorunder varemærkerne kan præsenteres på markedet (jf. BUDMEN-dommen, præmis 57, og dommen i sagen NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE og NLCollection, præmis 49). Det skal i denne forbindelse bemærkes, at de »normale« markedsføringsvilkår for de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, skal anvendes som referencegrundlag, dvs. de vilkår, der normalt må forventes for den kategori af varer, der er omfattet af de pågældende varemærker. I det konkrete tilfælde er der for så vidt angår armbåndsure og urremme tale om betingelser, der almindeligvis forudsætter, at købet sker via en sælger, uden at forbrugeren vil have direkte adgang til disse varer i form af selvbetjening.

104 En hensyntagen til de objektive markedsføringsbetingelser for de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, er klart berettiget. Det skal således bemærkes, at den undersøgelse af risikoen for forveksling, som Harmoniseringskontorets instanser skal foretage, er en fremadrettet undersøgelse. Da de særlige markedsføringsvilkår for de varer, der er omfattet af varemærkerne, imidlertid vil

kunne variere over tid og i henhold til varemærkeindehavernes ønsker, kan den fremadrettede analyse af risikoen for forveksling mellem to varemærker, som forfølger et mål af almen interesse, nemlig at den relevante kundekreds ikke løber risikoen for at blive bragt i vildfarelse med hensyn til de pågældende varers handelsmæssige oprindelse, ikke afhænge af varemærkeindehavernes — gennemførte eller ugennemførte og i sagens natur subjektive — markedsføringsmæssige hensigter.

105 Det skal til gengæld understreges, at Harmoniseringskontorets instanser har bemyndigelse til at tage de objektive vilkår for markedsføring af varer i betragtning, særligt med henblik på at afgøre, hvilken vægt der henholdsvis skal tillægges de omtvistede varemærkers visuelle, fonetiske og begrebsmæssige aspekter. Såfremt en vare, der er omfattet af et givet varemærke, udelukkende sælges efter mundtlig bestilling, vil de fonetiske aspekter ved det omhandlede tegn således nødvendigvis få en større betydning i den relevante kundekreds' bevidsthed end de visuelle aspekter (jf. i denne retning dommen i sagen NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE og NLCollection, præmis 49).

106 I denne henseende kan Retten ikke være enig i intervenientens opfattelse, hvorefter appelkammeret i det konkrete tilfælde tog hensyn til de objektive betingelser for markedsføring af sagsøgerens varer, idet disse varer er omfattet af en kategori af sui generis-varemærker, dvs. private varemærker eller detailhandlervaremærker. Denne påstand tager således ikke hensyn til dels den omstændighed, at de varer, der er forsynet med det ældre varemærke, ikke findes på hylderne i E. Leclerc-indkøbscentrene, men i specialbutikker, der kan være placeret i det omgivende butikscenter, dels den omstændighed, at detailhandlervaremærkerne bl.a. i indkøbscentrene er til stede på markedet samtidigt med andre varemærker, der betegner varer af samme eller lignende art og tilhører andre indehavere.

107 Det følger heraf, at ved i forbindelse med bedømmelsen af risikoen for forveksling mellem de omtvistede varemærker at have taget hensyn til de specifikke markedsføringsvilkår for de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, som nødvendigvis er tidsbegrænsede og alene afhængige af varemærkeindehaverens markedsføringsstrategi, har appelkammeret begået en retlig fejl.

108 Af samtlige disse grunde er det med urette, at appelkammeret afviste, at der var risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker i den franske gennemsnitsforbrugers bevidsthed.

109 Denne vurdering ændres ikke ved Harmoniseringskontorets og intervenientens argument om, at det ældre varemærke kun kan have en begrænset beskyttelse på grund af dets svage grad af særpræg.

110 Selv om det er rigtigt, at der er større risiko for forveksling, jo stærkere det ældre varemærkes særpræg er (Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 24), er identiteten og ligheden mellem de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, i sammenhæng med de visuelle og fonetiske ligheder mellem de i varemærkerne indeholdte tegn — uden at disse ligheder i vidt omfang kan opvejes af den begrebsmæssige forskel mellem nævnte tegn — i det foreliggende tilfælde tilstrækkelig til i den franske gennemsnitsforbrugers bevidsthed at skabe en risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Da risikoen for forveksling udgør den specifikke betingelse for, at beskyttelsen af det ældre varemærke kan gøres gældende, ydes denne beskyttelse uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt det ældre varemærke alene har en svag grad af særpræg.

111 Hvad endelig angår den påståede mangel på risiko for forveksling hos den del af den relevante kundekreds, der udgøres af fagfolk, skal det bemærkes, at det tilbehør, som er nævnt i klasse 14 blandt de varer, for hvilke varemærket er søgt registreret, ikke er strengt begrænset til at blive anvendt af disse specialister og ikke kan adskilles fra de øvrige varer, for hvilke EF-varemærket er søgt registreret. Konstateringen af, at der er risiko for forveksling i den franske gennemsnitsforbrugers bevidsthed, er derfor tilstrækkelig til at antage, at der er en risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker i den relevante kundekreds' bevidsthed.

112 Det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 skal derfor tages til følge, og idet der ikke er behov for at tage stilling til sagsøgerens første anbringende, skal der gives medhold i sagsøgerens annullationspåstand.

113 Det følger heraf, at det er ufornødent at tage stilling til sagsøgerens anden påstand om afslag på registrering af det ansøgte EF-varemærke, da Harmoniseringskontoret i overensstemmelse med artikel 63, stk. 6, i forordning nr. 40/94 under alle omstændigheder skal træffe de foranstaltninger, der er nødvendige til opfyldelse af dommen fra Fællesskabets retsinstanser.

**Sagens omkostninger**

114 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. I den foreliggende sag har sagsøgeren nedlagt påstand om, at Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger. Harmoniseringskontoret har tabt sagen, og sagsøgerens påstand skal derfor tages til følge, således at Harmoniseringskontoret pålægges at betale de af sagsøgeren afholdte omkostninger i forbindelse med sagen for Retten.

115 Sagsøgeren har desuden nedlagt påstand om, at intervenienten tilpligtes at betale de af sagsøgeren afholdte omkostninger i forbindelse med den administrative procedure ved Harmoniseringskontoret. I denne forbindelse bemærkes, at nødvendige udgifter, som er afholdt af parterne i forbindelse med sagen for appelkammeret, i henhold til procesreglementets artikel 136, stk. 2, betragtes som omkostninger, der kan kræves erstattet. Det forholder sig imidlertid ikke på samme måde med omkostninger, der er afholdt i forbindelse med sagen for Indsigelsesafdelingen. Følgelig kan sagsøgerens påstand om, at intervenienten — da denne har tabt sagen — tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med den administrative procedure for Harmoniseringskontoret, alene tages til følge for så vidt angår de nødvendige omkostninger, der er afholdt af sagsøgeren i forbindelse med sagen for appelkammeret.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Afdeling)

1) **Afgørelsen, der blev truffet af Tredje Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) den 30. januar 2003 (sag R 109/2002-3), annulleres.**

2) **Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) bærer sine egne omkostninger og betaler de omkostninger, der er afholdt af sagsøgeren i forbindelse med sagen for Retten.**

3) **Intervenienten bærer sine egne omkostninger og betaler de omkostninger, der er afholdt af sagsøgeren i forbindelse med sagen for appelkammeret.**

Legal Mengozzi Wiszniewska-Białecka

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 12. januar 2006.

E. Coulon H. Legal

Justitssekretær Afdelingsformand