Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

22. maj 2012*

»EF-varemærker — indsigelsessag — ansøgning om EF-figurmærke, der gengiver et ulvehoved — nationale og internationale ældre figurmærker WOLF Jardin og Outils WOLF — relative registreringshindringer — skade på det ældre varemærkes særpræg eller renommé — artikel 8, stk. 5, i forordning (EF) nr. 207/2009«

I sag T-570/10,

Environmental Manufacturing LLP, Stowmarket (Det Forenede Kongerige), ved barrister S. Malynicz og solicitor M. Atkins,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved A. Folliard-Monguiral, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

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

Société Elmar Wolf, Wissembourg (Frankrig), ved advokat N. Boespflug,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 6. oktober 2010 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 425/2010-2) vedrørende en indsigelsessag mellem Société Elmar Wolf og Environmental Manufacturing LLP,

har

RETTEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, I. Pelikánová, og dommerne K. Jürimäe og M. van der Woude (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig S. Spyropoulos,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 17. december 2010,

under henvisning til svarskriftet fra Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design), der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 24. marts 2011,

* Processprog: engelsk.

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 18. marts 2011,

efter retsmødet den 17. januar 2012,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 9. marts 2006 indgav Entec Industries Ltd en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), med senere ændringer (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)).

2 Varemærket, der er søgt registreret, er følgende figurmærke:



3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører – efter den begrænsning, der er foretaget under sagen for Harmoniseringskontoret – under klasse 7 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse: »maskiner til professionel og industriel behandling af træaffald og vegetabilsk affald; professionelle og industrielle maskiner til snitning af træ og spånfremstilling«.

4 EF-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-varemærketidende* nr. 38/2006 af 18. september 2006.

5 Den 18. december 2006 rejste intervenienten, Société Elmar Wolf, indsigelse i henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 41 i forordning nr. 207/2009) mod registreringen af det ansøgte varemærke for de ovenfor i præmis 3 nævnte varer.

6 Indsigelsen var navnlig støttet på følgende ældre rettigheder:

— det franske figurmærke, der blev registreret den 8. april 1999 under nr. 99786007 for varer i klasse 1, 5, 7, 8, 12 og 31, og hvis figurtegn i farverne rød og gul er gengivet nedenfor:



— det franske figurmærke, der blev registreret den 22. september 1948 under nr. 1480873 for varer i klasse 7 og 8, det internationale figurmærke, der blev registreret den 22. juni 1951 under nr. 154431 for varer i klasse 7 og 8 med virkning i Spanien og Portugal, og det internationale figurmærke, der blev registreret den 20. januar 1969 under nr. 352868 for varer i klasse 7, 8, 12 og 21 med virkning i Spanien, idet det figurtegn i sort og hvid, der svarer til disse tre varemærker, er gengivet nedenfor:



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

8 Den 24. september 2007 overdrog Entec Industries registreringsansøgningen til sagsøgeren, Environmental Manufacturing LLP.

9 Den 2. oktober 2007 fremsatte sagsøgeren i overensstemmelse med artikel 43 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 42 i forordning nr. 207/2009) begæring om, at intervenienten førte bevis for brug af de ældre varemærker. Intervenienten fremlagde i den forbindelse bevismateriale herfor.

10 Den 25. januar 2010 forkastede indsigelsesafdelingen den indsigelse, der var støttet på artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 med den begrundelse, at der ikke forelå risiko for forveksling mellem de omhandlede varemærker. Indsigelsesafdelingen forkastede ligeledes den indsigelse, der var støttet på artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, med den begrundelse, at intervenienten ikke havde ført bevis for, at der forelå nogen skade på de ældre varemærkers renommé, eller at der forelå en utilbørlig udnyttelse af disse varemærker.

11 Den 23. marts 2010 indgav intervenienten klage over indsigelsesafdelingens afgørelse til Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009.

12 Ved afgørelse af 6. oktober 2010 (herefter »den anfægtede afgørelse«) gav Andet Appelkammer ved Harmoniseringskontoret medhold i klagen og annullerede indsigelsesafdelingens afgørelse. Hvad angår artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 fastslog appelkammeret, at de ældre varemærker havde et betydeligt renommé i tre medlemsstater. Appelkammeret fastslog dernæst, at der forelå en vis grad af lighed mellem de omhandlede varemærker, og at den relevante kundekreds kunne skabe en forbindelse mellem tegnene, henset til de ældre varemærkers særpræg og renommé og til ligheden mellem de varer, der er omfattet af de omhandlede varemærker. Endelig fastslog appelkammeret under henvisning til de af intervenienten fremførte argumenter, at det ansøgte varemærke kunne udvande de ældre varemærkers unikke image og kunne drage utilbørlig fordel af deres særpræg eller renommé. For så vidt angår artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009 fastslog appelkammeret, at de ældre varemærker havde været genstand for reel og kontinuerlig brug for de beskyttede varer.

Parternes påstande

13 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

14 Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Harmoniseringskontoret frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

15 Til støtte for søgsmålet har sagsøgeren fremsat to anbringender. Det første vedrører tilsidesættelse af artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009. Ifølge sagsøgeren har intervenienten ikke godtgjort, at der er blevet gjort reel brug af de ældre varemærker for de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke. Det andet anbringende vedrører tilsidesættelse af forordningens artikel 8, stk. 5. Ifølge sagsøgeren foretog appelkammeret en fejlagtig anvendelse af bestemmelsen.

Det første anbringende om tilsidesættelse af artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009

16 Artikel 42, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 bestemmer følgende:

»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.«

17 Ifølge artikel 42, stk. 3, i forordning nr. 207/2009 finder stk. 2 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.

18 Sagsøgeren har gjort gældende, at intervenienten alene har godtgjort at have brugt de ældre varemærker for havemaskiner og -redskaber, der er beregnet for den brede offentlighed, men ikke for maskiner og redskaber, der er beregnet for den professionelle gartnervirksomhed. Maskiner og redskaber til privat havebrug udgør en underkategori for varer, der er forskellig fra kategorien for maskiner og redskaber til professionel gartnervirksomhed. Sagsøgeren har under henvisning til Rettens dom af 14. juli 2005, Reckitt Benckiser (España) mod KHIM – Aladin (ALADIN) (sag T-126/03, Sml. II, s. 2861) gjort gældende, at appelkammeret skulle have taget hensyn til denne sondring ved sin bedømmelse af den reelle brug af de ældre varemærker. Omfanget af beskyttelsen af de ældre varemærker skulle følgelig have været begrænset.

19 Harmoniseringskontoret og intervenienten har tilbagevist sagsøgerens argumentation.

20 Det skal først bemærkes, at artikel 42 i forordning nr. 207/2009 vedrører godtgørelse af reel brug for de varer eller tjenesteydelser, som indsigelsen er støttet på. Disse varer er i det foreliggende tilfælde de varer, der er omfattet af de ældre varemærker, som er påberåbt af intervenienten, og ikke de varer, som er omfattet af det ansøgte varemærke. Sagsøgeren har imidlertid ikke bestridt, at intervenienten har godtgjort en reel brug af de ældre varemærker for de varer, som varemærkerne er anbragt på.

21 Det følger af ALADIN-dommen, nævnt i præmis 18 ovenfor, som sagsøgeren har påberåbt sig, at det, selv om formålet med begrebet delvis brug er, at varemærker, der ikke er blevet brugt for en givet varekategori, ikke bliver uanvendelige, dog ikke må have til følge, at indehaveren af det ældre varemærke mister enhver beskyttelse for varer, der – uden at være fuldstændig identiske med dem, for hvilke en reel brug har kunnet bevises af indehaveren – i det væsentlige ikke adskiller sig fra disse og hører til samme gruppe, hvor enhver opdeling ville være vilkårlig. Det bemærkes i denne forbindelse, at det i praksis er umuligt for varemærkeindehaveren at godtgøre brugen af alle tænkelige varianter af de varer, der er omfattet af registreringen. Derfor kan begrebet »en del af de varer eller tjenesteydelser« ikke udvides til at omfatte hele det markedsførte sortiment af lignende varer eller tjenesteydelser, men kun til at omfatte de varer eller tjenesteydelser, der adskiller sig nok til at udgøre sammenhængende kategorier eller underkategorier (ALADIN-dommen, nævnt i præmis 18 ovenfor, præmis 46).

22 Hvad angår de varer til havebrug, der er omfattet af de ældre varemærker, er det ikke muligt at sondre mellem kategorier eller underkategorier af varer i forhold til professionel brug eller den brede offentligheds brug. Selv om det er muligt, at visse af disse varer hovedsageligt er rettet mod professionelle kunder, forholder det sig ikke desto mindre således, at hovedparten af disse varer opfylder samme behov vedrørende havebrug, at professionelle gartnere anvender samme redskaber som private havebrugere, og at disse sidstnævnte ligeledes kan tænkes at anskaffe sig store havemaskiner, såsom dem, der udbydes af sagsøgeren. Eksempelvis vil en professionel gartner, der arbejder i byområder, ikke have behov for at anskaffe sig store havemaskiner, mens en privat havebruger, der bor på landet, kan have et sådant behov, såfremt denne skal holde nogle træbevoksede områder.

23 Selv om sagsøgeren med rette har gjort opmærksom på, at appelkammeret skulle have behandlet spørgsmålet om reel brug inden det analyserede berettigelsen af den af intervenienten rejste indsigelse, har sagsøgeren ikke ført tilstrækkeligt bevis for, at det kan fastslås, at appelkammeret foretog en fejlagtig vurdering i forbindelse med, at intervenienten godtgjorde, at der forelå reel brug i henhold til artikel 42 i forordning nr. 207/2009.

24 Det første anbringende må således forkastes som ubegrundet.

Det andet anbringende om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009

25 Det skal først bemærkes, at det følger af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, at »[h]vis indehaveren af et ældre varemærke efter stk. 2 rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, ligeledes udelukket fra registrering, hvis det er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og det søges registreret for varer eller tjenesteydelser af anden art end dem, for hvilke det ældre varemærke er registreret, når der, hvis det drejer sig om et ældre EF-varemærke, er tale om et i Fællesskabet velkendt varemærke, og der, hvis det drejer sig om et ældre nationalt varemærke, er tale om et i den pågældende medlemsstat velkendt varemærke, og brugen af det varemærke, der søges registreret, uden rimelig grund ville medføre en utilbørlig udnyttelse af det ældre varemærkes særpræg eller renommé, eller sådan brug ville skade dette særpræg eller renommé«.

26 Det fremgår ligeledes af ordlyden af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, at anvendelsen af bestemmelsen er undergivet følgende betingelser: For det første skal der være identitet eller lighed mellem de omtvistede varemærker, for det andet skal det ældre varemærke, der er påberåbt til støtte for indsigelsen, have et renommé, for det tredje skal der være en risiko for, at brugen af det ansøgte varemærke uden rimelig grund vil medføre en utilbørlig udnyttelse af det ældre varemærkes særpræg eller renommé eller vil skade dette særpræg eller renommé. Disse betingelser er kumulative, og fraværet af en af dem vil være tilstrækkeligt til, at bestemmelsen ikke finder anvendelse (Rettens dom af 25.5.2005, sag T-67/04, Spa Monopole mod KHIM - Spa-Finders Travel Arrangements (SPA-FINDERS), Sml. II, s. 1825, præmis 30).

27 Hvad angår den tredje betingelse, der er nævnt i den foregående præmis, skelner artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 mellem tre forskellige typer risici, nemlig, at brugen af det ansøgte varemærke uden rimelig grund for det første vil kunne påføre det ældre varemærkes særpræg skade, for det andet vil kunne påføre det ældre varemærkes renommé skade, eller for det tredje vil kunne drage utilbørlig fordel af det ældre varemærkes særpræg eller renommé. Den første type risiko, der er omhandlet i denne bestemmelse, er karakteriseret ved, at det ældre varemærke ikke længere kan skabe en umiddelbar forbindelse til de varer, som det er registreret og anvendes for. Den omhandler varemærkets udvanding igennem en opløsning af varemærkets identitet og bekendthed i offentlighedens bevidsthed. Den anden type risiko består i, at de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af det ansøgte varemærke, af offentligheden kan opfattes på en måde, hvorefter det ældre varemærkes tiltrækningskraft svækkes. Den tredje type risiko består i, at det renommerede varemærkes image eller de kendetegn, dette varemærke er udtryk for, bliver overført på de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke, således at markedsføringen af disse varer ville blive lettet ved denne forbindelse med det ældre renommerede varemærke (jf. Rettens dom af 22.3.2007, sag T-215/03, Sigla mod KHIM - Elleni Holding (VIPS), Sml. II, s. 711, præmis 36-42 og den deri nævnte retspraksis). Når de to første betingelser, der er omhandlet i den foregående præmis er opfyldt, er en enkelt af disse tre typer skader tilstrækkelig til, at artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2008 finder anvendelse (Domstolens dom af 27.11.2008, sag C-252/07, Intel Corporation, Sml. I, s. 8823, præmis 28).

28 Sagsøgeren har i det foreliggende tilfælde gjort gældende, at appelkammeret begik en række fejl ved analysen af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 både for så vidt angår risikoen for, at de ældre varemærkers særpræg skades (herefter »risikoen for udvanding«), og for risikoen for, at sagsøgeren utilbørligt udnytter de ældre varemærkers særpræg eller renommé (herefter »risikoen for snyltning«).

29 Først skal disse klagepunkter undersøges, for så vidt som de vedrører risikoen for udvanding, og dernæst skal klagepunkterne i givet fald vurderes, for så vidt som de vedrører risikoen for snyltning.

Den relevante kundekreds

30 Appelkammeret fastslog for så vidt angår varerne i klasse 7 i Nicearrangementet i den anfægtede afgørelses punkt 16, at den relevante kundekreds var sammensat af den brede offentlighed i Spanien, Frankrig og Portugal, som er almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet.

31 Sagsøgeren har gjort gældende, at risikoen for udvanding skal bedømmes i forhold til opfattelsen hos målgruppen for de ældre varemærker, mens risikoen for snyltning skal bedømmes i forhold til opfattelsen hos målgruppen for det ansøgte varemærke. Appelkammeret begik en retlig fejl, for så vidt som det ikke foretog denne sondring, idet det fastslog, at målgruppen var den samme, uanset hvilken skade der var tale om.

32 Det bemærkes, som påpeget af sagsøgeren, at den offentlighed, der skal tages hensyn til, varierer alt efter typen af den skade, der påberåbes af indehaveren af det ældre varemærke. For det første skal såvel et varemærkes særpræg som dets renommé bedømmes i forhold til den opfattelse, som den relevante kundekreds, der består af en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger af de varer eller tjenesteydelser, som dette varemærke er registreret for, har af mærket. Om der er indtrådt krænkelser, der består i skade på det ældre varemærkes særpræg eller renommé, skal derfor bedømmes i forhold til en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger af de varer eller tjenesteydelser, som dette varemærke er registreret for. For det andet skal spørgsmålet, om den krænkelse, der består i utilbørlig udnyttelse af det ældre varemærkes særpræg eller renommé – i det omfang hvor det, der er forbudt, er den fordel, som indehaveren af det yngre varemærke får af det ældre varemærke – er indtrådt, bedømmes i forhold til en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger af de varer eller tjenesteydelser, som det yngre varemærke er registreret for (Intel Corporation-dommen, nævnt i præmis 27 ovenfor, præmis 33-36).

33 Det følger heraf, at appelkammeret i princippet har pligt til at identificere den relevante kundekreds på baggrund af den type krænkelse, det undersøger på grundlag af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009.

34 Den omstændighed, at appelkammeret ikke foretog denne sondring i det foreliggende tilfælde, kan imidlertid ikke påvirke resultatet af analysen af risikoen for udvanding. Som det fremgår af præmis 32 ovenfor, og som sagsøgeren selv har fastslået i sin stævning, er den relevante kundekreds i forbindelse med bedømmelsen af en sådan risiko målgruppen for de ældre varemærker. Det er imidlertid præcis denne kundekreds, som appelkammeret lagde til grund ved dens analyse.

35 Klagepunktet vedrørende appelkammerets retlige fejl i forbindelse med fastlæggelsen af den relevante kundekreds er derfor ugrundet, for så vidt som den vedrører analysen af risikoen for udvanding, og skal derfor forkastes.

Forbindelsen mellem de omtvistede varemærker

36 I henhold til retspraksis er den beskyttelse, der følger af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, ikke betinget af, at der foreligger en sådan grad af lighed mellem de omhandlede varemærker, at der i offentlighedens bevidsthed foreligger risiko for forveksling mellem disse varemærker. Det er tilstrækkeligt, at graden af ligheden mellem varemærkerne har til følge, at den relevante kundekreds skaber en forbindelse mellem disse (jf. i denne retning Rettens dom af 16.5.2007, sag T-137/05, la Perla mod KHIM – Worldgem Brands (NIMEI LA PERLA MODERN CLASSIC), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).

37 Det følger af Domstolens retspraksis vedrørende fortolkningen af artikel 4, stk. 4, litra a), i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT L 40, s. 1), hvis normative indhold i det væsentlige er identisk med artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, at der som faktorer, der ved bedømmelsen af, om der foreligger ovennævnte forbindelse, kan nævnes graden af lighed mellem de omtvistede varemærker, arten af de varer eller tjenesteydelser, som de omtvistede varemærker hver er registreret for, herunder graden af disse varers eller tjenesteydelsers nærhed eller manglende lighed, samt den berørte

kundekreds, intensiteten af det ældre varemærkes renommé, graden af det ældre varemærkes særpræg, iboende eller opnået ved brug og risikoen for forveksling i kundekredsens bevidsthed (Intel Corporation-dommen, nævnt i præmis 27 ovenfor, præmis 42).

38 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret ikke anvendte de kriterier, der er nævnt i den foregående præmis, ved bedømmelsen af, om forbrugerne af de pågældende varer skaber en forbindelse mellem de omtvistede varemærker.

39 Sagsøgeren er af den opfattelse, at sandsynligheden for en sådan forbindelse er ekstremt lille. Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at de beviser for brug, som intervenienten har fremlagt, viste, at brugen af de ældre varemærker og således af deres renommé begrænsede sig til havebrugssektoren i bred forstand. Henset til, at sagsøgerens varer begrænser sig til den professionelle og specialiserede sektor, er det ekstremt usandsynligt, at gennemsnitsforbrugerne af de varer, for hvilke de ældre varemærker har et renommé, vil støde på det ansøgte varemærke. For det andet er der store forskelle mellem de omtvistede varemærker.

40 Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at disse argumenter er ugrundede.

41 Det skal først bemærkes, at spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en sådan sammenhæng, skal afgøres efter en helhedsvurdering under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde (jf. Domstolens dom af 23.10.2003, sag C-408/01, Adidas-Salomon og Adidas Benelux, Sml. I, s. 12537, præmis 30).

42 Selv om Domstolen i Intel Corporation-dommen, nævnt i præmis 27 ovenfor (præmis 42), opregnede en række kriterier, ved hjælp af hvilke det kan afgøres, om der foreligger en sådan forbindelse, udgør denne opregning ikke en udtømmende liste, som nødvendigvis skal anvendes i hvert enkelt tilfælde. Tværtimod er det muligt, at der kan skabes en forbindelse på grundlag af visse af disse kriterier, eller at tilstedeværelsen af en sådan forbindelse følger af faktorer, der ikke er nævnt i Intel Corporation-dommen, nævnt i præmis 27 ovenfor. Spørgsmålet om, hvorvidt den relevante kundekreds vil skabe en forbindelse mellem de omhandlede varemærker, er et spørgsmål af faktisk karakter, som alene kan besvares på grundlag af de faktiske omstændigheder i hver enkelt sag.

43 I det foreliggende tilfælde tog appelkammeret i modsætning til det af sagsøgeren hævdede behørigt hensyn til visse af de bedømmelseskriterier, som blev identificeret i Intel Corporation-dommen, nævnt i præmis 27 ovenfor. Appelkammeret fastslog i den anfægtede afgørelses punkt 26, at de ældre varemærker havde et betydeligt renommé, at der forelå en vis grad af lighed mellem de omtvistede varemærker, og at de varer, der er omfattet af disse varemærker, er identiske eller har en høj grad af lighed.

44 Hvad nærmere bestemt angår graden af lighed mellem de omtvistede varemærker foretog appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 19-23 en detaljeret analyse af den visuelle lighed af de to varemærker, som begge gengiver et billede af et medlem af hundefamilien, af det manglende behov for at foretage en fonetisk sammenligning af et rent figurativt varemærke og endelig af den begrebsmæssige lighed mellem disse varemærker.

45 Selv om det, som påpeget af sagsøgeren, er korrekt, at de medlemmer af hundefamilien, der er gengivet af de to varemærker, er forskellige, idet den ene er tegnet detaljeret med et aggressivt udtryk, og den anden – tilsyneladende med et mere elskværdigt udseende – er gengivet mindre detaljeret, forholder det sig ikke desto mindre således, at appelkammeret tog behørigt hensyn til disse forskelle i sin analyse, og at det i den anfægtede afgørelses punkt 19 med rette fastslog, at disse forskelle ikke er så betydende, at den relevante kundekreds, som har et middelhøjt opmærksomhedsniveau og en mangelfuld hukommelse, ikke forbinder det ansøgte varemærkes image med de ældre varemærkers image.

46 Hvad angår ligheden mellem de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, bemærkes, at sagsøgerens klagepunkt er støttet på den urigtige forudsætning, at der kan foretages en logisk sondring mellem på den ene side maskiner og redskaber, der er beregnet for den brede offentlighed, og på den anden side maskiner og redskaber, der er beregnet for professionelle gartnere. Det fremgår nemlig af analysen af dette klagepunkt nævnt i præmis 22 ovenfor, at de varer, der er omfattet af de ældre varemærker, er rettet mod både professionelle gartnere og private havebrugere, og at efterspørgslen af disse af sagsøgeren udbudte varer ligeledes både kan stamme fra professionelle og fra private havebrugere.

47 Det følger heraf, at det var med rette, at appelkammeret fastslog, at den relevante kundekreds kunne skabe en forbindelse mellem de tegn, der er gengivet i de omtvistede varemærker, og at det klagepunkt, som sagsøgeren i den forbindelse har formuleret, må forkastes som ugrundet.

De økonomiske virkninger af forbindelsen mellem de omtvistede varemærker

48 Hvad angår risikoen for udvanding har sagsøgeren under henvisning til præmis 77 i Intel Corporation-dommen, nævnt i præmis 27 ovenfor, gjort gældende, at indehaveren af et ældre varemærke skal gøre gældende og bevise, at brugen af det yngre varemærke vil have en indvirkning på adfærden hos forbrugerne af de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, eller at der foreligger en reel risiko for, at dette vil være tilfældet i fremtiden. Appelkammeret har i dette tilfælde undladt at undersøge denne indvirkning.

49 Sagsøgeren har gjort gældende, at intervenienten skulle have fremført argumenter, hvormed der konkret blev redegjort for, hvorledes udvandingen påførte sagsøgeren skade. Den blotte angivelse af en udvanding er således ikke tilstrækkelig til at begrunde anvendelsen af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009.

50 Det skal først bemærkes, at den registreringshindring, der er forbundet med risiko for udvanding, som er fastsat i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 sammen med de øvrige registreringshindringer, der opregnes i nævnte artikel, bidrager til at beskytte varemærkets primære funktion, dvs. dets oprindelsesfunktion. Hvad angår risikoen for udvanding foreligger denne skade, når dette varemærkes evne til at identificere de varer eller tjenesteydelser, som det er registreret og brugt for, som stammende fra indehaveren af nævnte varemærke svækkes, idet brugen af det yngre varemærke medfører en opløsning af det ældre varemærkes identitet og af dets bekendthed i offentlighedens bevidsthed. Dette er bl.a. tilfældet, når det ældre varemærke, der gav anledning til en umiddelbar association med de varer eller tjenesteydelser, som det er registreret for, ikke længere kan gøre det (Intel Corporation-dommen, nævnt i præmis 27 ovenfor, præmis 29).

51 Det fremgår af Intel Corporation-dommen, nævnt i præmis 27 ovenfor, at det påhviler den indehaver af et ældre varemærke, som påberåber sig beskyttelsen i henhold til artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, at føre bevis for, at brugen af det ældre varemærke ikke skader det ældre varemærkes særpræg. I den forbindelse er indehaveren af det ældre varemærke ikke forpligtet til at påvise, at der foreligger en faktisk og aktuel krænkelse af dennes varemærke. Når det kan forudsiges, at en sådan krænkelse vil følge af den brug, som indehaveren af det yngre varemærke kan tænkes at gøre af sit varemærke, er indehaveren af det ældre varemærke nemlig ikke forpligtet til at afvente den faktiske iværksættelse heraf for at kunne forbyde nævnte brug. Indehaveren af det ældre varemærke skal imidlertid godtgøre, at der foreligger oplysninger, der gør det muligt at fastslå, at der er en alvorlig risiko for, at en sådan krænkelse indtræder i fremtiden (Intel Corporation-dommen, nævnt i præmis 27 ovenfor, præmis 37, 38 og 71).

52 Med henblik herpå skal indehaveren af det ældre varemærke fremkomme med oplysninger, der gør det muligt umiddelbart at fastslå, at der foreligger en fremtidig, ikke-hypotetisk risiko for utilbørlig udnyttelse eller skade (SPA-FINDERS-dommen, nævnt i præmis 26 ovenfor, præmis 40). Man kan

navnlig nå frem til en sådan konklusion på grundlag af logiske slutninger som følge af sandsynlighedsanalyse og under hensyntagen til almindelig praksis inden for den relevante erhvervssektor samt til alle øvrige omstændigheder i sagen (Rettens dom af 16.4.2008, sag T-181/05, Citigroup og Citibank mod KHIM - Citi (CITI), Sml. II, s. 669, præmis 78).

53 Det kan dog ikke kræves, at det i tillæg til disse oplysninger godtgøres, at der er sket en yderligere ændring i den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren af de varer eller tjenesteydelser, som det ældre varemærke er registreret for, som følge af det yngre varemærkes fremkomst. En sådan betingelse følger hverken af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 eller af Intel Corporation-dommen, nævnt i præmis 27 ovenfor.

54 Hvad angår præmis 77 i Intel Corporation-dommen, nævnt i præmis 27 ovenfor, fremgår det af ordene »det følger heraf« og af opbygningen af samme doms præmis 81, at den ændring i forbrugerens økonomiske adfærd, som sagsøgeren til støtte for sit klagepunkt har henvist til, er godtgjort, når indehaveren af det ældre varemærke i overensstemmelse med den pågældende doms præmis 76 har påvist, at dette varemærkes evne til at identificere de varer eller tjenesteydelser, som det er registreret og brugt for, som stammende fra indehaveren af nævnte varemærke, svækkes, idet brugen af det yngre varemærke medfører en opløsning af det ældre varemærkes identitet og af dets bekendthed i offentlighedens bevidsthed.

55 Det skal undersøges, om appelkammeret foretog en korrekt anvendelse af disse principper i det foreliggende tilfælde.

56 Hvad for det første angår påstanden om, at intervenienten begrænsede sig til at henvise til risikoen for udvanding uden at understøtte denne påstand yderligere, præciserede appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 30, at intervenienten fremførte sin argumentation under klagesagen. Intervenienten gjorde bl.a. gældende, at brugen af det ansøgte varemærke ville medføre en udvanding af de ældre varemærkers renommé, for så vidt som den relevante kundekreds ville ophøre med at forbinde intervenientens varer med disse varemærker, og at den figurative del af disse varemærker ville blive banaliseret og miste sit stærke særpræg.

57 Selv om sammenfatningen af de argumenter, som sagsøgeren fremførte i den anfægtede afgørelses punkt 30, er kortfattet, må det fastslås, at intervenienten helt igennem har fremført argumenter, som vedrører en ikke-hypotetisk risiko for, at der indtræder en skade, som brugen af det ansøgte varemærke kunne påføre de ældre varemærker.

58 Hvad for det andet angår analysen af berettigelsen af de argumenter, som intervenienten har fremført, bemærkes for det første, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 36 tillagde de ældre varemærkers stærke særpræg stor betydning ved at præcisere, at ulvehovedet ikke havde nogen åbenlys forbindelse med de omhandlede varer. Der er nemlig ingen forbindelse mellem den figurbestanddel, der gengiver et ulvehoved, og de varer, der sælges af intervenienten, idet brugen af denne bestanddel i det væsentlige kan forklares ved den omstændighed, at intervenientens selskabsnavn indeholder ordet »wolf«, som betyder »ulv« på tysk.

59 Appelkammeret foretog derfor en korrekt analyse af de ældre varemærkers stærke særpræg. Det følger imidlertid af fast retspraksis, at jo større det ældre varemærkes særpræg og renommé er, desto lettere vil en krænkelse kunne antages at foreligge (Intel Corporation-dommen, nævnt i præmis 27 ovenfor, præmis 67 og 74, og SPA-FINDERS-dommen, nævnt i præmis 26 ovenfor, præmis 41).

60 For det andet fastslog appelkammeret i 36. betragtning til den anfægtede afgørelse, at der skulle tages hensyn til, at de omhandlede varer er identiske eller ligner hinanden.

61 I den forbindelse bemærkes, at artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 lige så vel kan påberåbes til støtte for en indsigelse, der er rejst mod en EF-varemærkeansøgning vedrørende varer og tjenesteydelser, der ikke er af samme art som dem, der er omfattet af det ældre varemærke, eller af

lignende art, som mod en EF-varemærkeansøgning vedrørende varer, der er af samme art som det ældre varemærkes varer eller af lignende art (jf. analogt Domstolens dom af 9.1.2003, sag C-292/00, Davidoff, Sml. I, s. 389, præmis 24-26, og dommen i sagen Adidas-Salomon og Adidas Benelux, nævnt i præmis 41 ovenfor, præmis 19-22).

62 Det skal dernæst fastslås, at den omstændighed, at konkurrenter bruger tegn, der har en vis lighed, for varer, der er identiske eller har lighed, mindsker den umiddelbare forbindelse, som den relevante kundekreds skaber mellem tegnene og de omhandlede varer, hvilket kan skade det ældre varemærkes evne til at identificere de varer, for hvilke det er registreret, som tilhørende indehaveren af det pågældende varemærke. I det foreliggende tilfælde må det derfor fastslås, at sagsøgerens brug af hovedet af et medlem af hundefamilien som varemærke for have- og gartnerudstyr, der er identisk eller har lighed med det udstyr, som sælges af intervenienten under varemærker, der ligeledes henviser til hoveder af medlemmer af hundefamilien, nødvendigvis indebærer, at forbrugerne af disse apparater ikke længere umiddelbart vil forbinde billedet af en hund med intervenientens varer.

63 Det bemærkes i den forbindelse ligeledes, at varemærket fungerer som et redskab til at sende andre budskaber vedrørende bl.a. de særlige egenskaber eller kendetegn ved de varer eller tjenesteydelser, som varemærket betegner, eller de billeder eller indtryk, varemærket udsender, såsom f.eks. luksus, livsstil, eksklusivitet, eventyr eller ungdom. I denne forstand har varemærket en økonomisk værdi i sig selv, der er uafhængig og adskilt i forhold til værdien af de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret. De budskaber, som bl.a. sendes af et renommeret varemærke, eller som bliver forbundet med det, giver dette varemærke en væsentlig og beskyttelsesværdig værdi, og det så meget desto mere som et varemærkes renommé i hovedparten af tilfældene er resultatet af betydelige anstrengelser og investeringer fra indehaverens side (VIPS-dommen, nævnt i præmis 27 ovenfor, præmis 35).

64 I den foreliggende sag vil den omstændighed, at de ældre varemærker ikke længere skaber en umiddelbar forbindelse til de varer, som det er registreret og anvendes for, underminere den kommercielle indsats, som intervenienten foretager for udviklingen af sine varemærker.

65 For det tredje fastslog appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 37, at sagsøgeren aldrig i henhold til artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 forklarede eller underbyggede en »rimelig grund« til brugen af et hundehoved i det ansøgte varemærke. Denne konstatering er ikke blevet bestridt af sagsøgeren.

66 Det var følgelig med rette, at appelkammeret fastslog, at brugen af det ansøgte varemærke kunne skade de ældre varemærkers særpræg. Sagsøgerens klagepunkt vedrørende behovet for at påvise de økonomiske virkninger af en forbindelse mellem de to varemærker kan følgelig ikke tiltrædes.

67 For så vidt som appelkammeret således foretog en korrekt anvendelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 som følge af risikoen for udvanding forårsaget af det ansøgte varemærke, er det ikke længere fornødent at undersøge den risiko for snyltning, som den anfægtede afgørelse ligeledes er støttet på. Som det blev anført i præmis 27 ovenfor, er forekomsten af en enkelt af de tre typer skader, der er omhandlet i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 tilstrækkelig til, at nævnte bestemmelse finder anvendelse.

68 På baggrund af det ovenstående må det andet anbringende forkastes som ubegrundet.

69 Harmoniseringskontoret må herefter frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

70 Ifølge Rettens procesreglements 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 og intervenientens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Afdeling):

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

2) Environmental Manufacturing LLP betaler sagens omkostninger.

Pelikánová Jürimäe Van der Woude

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 22. maj 2012.

Underskrifter