RETTENS DOM (Ottende Afdeling)

14. april 2011 *

I sag T-466/08,

Lancôme parfums et beauté & Cie, Paris (Frankrig), ved advokaterne A. von Mühlendahl og J. Pagenberg,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved G. Schneider, 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:

Focus Magazin Verlag GmbH, München (Tyskland), ved advokaterne R. Schweizer og J. Berlinger,

* Processprog: engelsk.

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 29. juli 2008 af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 1796/2007-1) vedrørende en indsigelsessag mellem Focus Magazin Verlag GmbH og Lancôme parfums et beauté & Cie,

har

RETTEN (Ottende Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, L. Truchot, og dommerne M.E. Martins Ribeiro og H. Kanninen (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig S. Spyropoulos,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 21. oktober 2008,

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 13. februar 2009,

under henvisning til intervenientens svarskrift, som blev indleveret til Rettens Justitskontor den 29. januar 2009,

og efter retsmødet den 17. november 2010,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Den 23. juli 2003 indgav sagsøgeren, Lancôme parfums et beauté & Cie, 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 Det varemærke, der er søgt registreret, er ordmærket ACNO FOCUS.

3 De varer, som varemærkeansøgningen vedrører, henhører under klasse 3 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: »kosmetiske præparater og makeup«.

4 EF-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 27/2004 af 5. juli 2004.

5 Den 16. september 2004 rejste intervenienten, Focus Magazin Verlag GmbH, indsigelse mod registreringen af det ansøgte varemærke i henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 41 i forordning nr. 207/2009).

6 Indsigelsen var støttet på:

— ordmærket FOCUS, der den 23. maj 1996 blev registreret i Tyskland under nr. 39407564 for varer og tjenesteydelser i klasse 3, 5, 6, 7, 8, 9, 14-16, 18, 20, 21, 24-26, 28-30, 33, 34, 36, 38, 39, 41 og 42

— ansøgningen om registrering af EF-ordmærket FOCUS under nr. 453720, der blev indgivet den 17. januar 1997 for varer og tjenesteydelser i klasse 3, 6, 7, 9, 14, 16, 21, 25, 28, 29, 32, 33, 35, 38, 39, 41 og 42.

7 Indsigelsen var rettet mod alle varer omfattet af ansøgningen om EF-varemærket ACNO FOCUS og var støttet på alle varer og tjenesteydelser omfattet af det ældre nationale varemærke FOCUS og ansøgningen om EF-varemærket FOCUS.

8 Til støtte for indsigelsen blev anført de grunde, der nævnes i artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 [nu artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009].

9 Ved skrivelse af 10. september 2005 begærede sagsøgeren i henhold til artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009) intervenienten om at godtgøre, at der inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af ansøgningen om registrering af EF-varemærket ACNO FOCUS var gjort reel brug af det ældre nationale varemærke FOCUS.

10 Ved skrivelse af 20. december 2005 gjorde intervenienten i det væsentlige gældende, at det ældre nationale varemærke FOCUS efter sin registrering havde været genstand for flere indsigelsessager i Tyskland, som alle var blevet afsluttet den 13. januar 2004, således at forpligtelsen til at gøre brug af det ældre varemærke først havde virkning fra den 13. januar 2009.

11 Ved skrivelse af 4. september 2006 gjorde sagsøgeren i det væsentlige gældende, at det ældre nationale varemærke FOCUS blev registreret i Tyskland den 23. maj 1996, og at denne dato udgjorde begyndelsestidspunktet for femårsperioden af registreringen af nævnte ældre varemærke som omhandlet i artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94.

12 Ved afgørelse af 19. september 2007 tog indsigelsesafdelingen indsigelsen til følge og afslog følgelig ansøgningen om registrering af EF-varemærket ACNO FOCUS. Indsigelsesafdelingen fandt indledningsvis, at intervenienten ikke var forpligtet til at godtgøre brug af det ældre nationale varemærke FOCUS, idet dette varemærke havde været genstand for en indsigelsessag i Tyskland, som først blev afsluttet den 13. januar 2004. Indsigelsesafdelingen fastslog dernæst, at varerne omfattet af det ældre nationale varemærke FOCUS og det ansøgte varemærke ACNO FOCUS er af samme art, at de omtvistede tegn ud fra en helhedsvurdering er af lignende art, og at der således er risiko for forveksling mellem de omtvistede tegn i Tyskland.

13 Den 16. november 2007 indgav sagsøgeren en klage til Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009) over indsigelsesafdelingens afgørelse.

14 Ved afgørelse af 29. juli 2008 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret sagsøgerens klage. Appelkammeret fandt indledningsvis, at femårsperioden vedrørende registreringen af det ældre nationale varemærke først var begyndt den 13. januar 2004. Vedrørende tegnenes lighed anførte appelkammeret dernæst, at bestanddelen »acno« i det ansøgte varemærke er beskrivende for de omhandlede varers egenskaber, nemlig aknebehandling, og at den derfor ikke kan anses for den dominerende bestanddel i varemærket. Eftersom bestanddelen »focus«, der er den dominerende bestanddel i det ansøgte varemærke, gengiver det ældre nationale varemærke, og eftersom varerne er af samme art, fastslog appelkammeret, at der foreligger risiko for forveksling mellem de omtvistede tegn.

Retsforhandlinger og parternes påstande

15 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Indsigelsen rejst af intervenienten mod registreringen af varemærket ACNO FOCUS afvises.

— Harmoniseringskontoret og intervenienten tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder sagsøgerens omkostninger i sagen for appelkammeret.

16 Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

17 Ved skrivelse af 11. oktober 2010 anmodede Retten i henhold til artikel 64 i Rettens procesreglement Harmoniseringskontoret om at fremlægge en kopi af dom afsagt den 18. april 2002 af Oberlandesgericht München (den højere regionale domstol i München, Tyskland) (MICRO FOCUS) og dom afsagt den 10. juli 2003 af Bundespatentgericht (den tyske forbundspatentdomstol) (AMS), som begge er nævnt i Harmoniseringskontorets svarskrift. Harmoniseringskontoret efterkom denne anmodning ved skrivelse af 27. oktober 2010.

Retlige bemærkninger

18 Til støtte for søgsmålet har sagsøgeren påberåbt sig to anbringender, for det første tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 og for det andet tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

19 For det første har sagsøgeren gjort gældende, at artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94 »utvetydigt« for så vidt angår såvel ældre nationale varemærker som ældre EF-varemærker stiller krav om, at det godtgøres, at der er gjort reel brug af varemærket inden for en femårsfrist, der regnes fra registreringsdatoen. Med henblik på at fastsætte begyndelsestidspunktet for femårsperioden af registreringen af det ældre nationale varemærke FOCUS er det således ikke nødvendigt at henholde sig til bestemmelser i tysk lovgivning.

20 For det andet har sagsøgeren gjort gældende, at hvis Retten beslutter sig for at tage tysk lovgivning i betragtning, er det på baggrund af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, sammenholdt med § 26, stk. 5, i Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (den tyske varemærkelov, herefter »Markengesetz«) af 25. oktober 1994 (BGBl. 1994 I, s. 3082, og BGBl. 1995 I, s. 156), og artikel 10, stk. 1, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1) muligt at fastslå, at såfremt det ældre varemærke, som ligger til grund for indsigelsen, selv har været genstand for en indsigelsessag på nationalt plan efter sin registrering (herefter »den nationale indsigelsessag«), kan begyndelsestidspunktet for det ældre varemærkes femårsregistreringsperiode som omhandlet i artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94 (herefter »femårsregistreringsperioden«) være tidspunktet for afslutningen af den nationale indsigelsessag, dog kun i visse tilfælde.

21 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at der må sondres mellem, om de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af det ældre varemærke, er omfattet af den nationale indsigelsessag eller ej. Hvis den nationale indsigelsessag vedrører alle varer og tjenesteydelser omfattet af det ældre varemærke, begynder femårsregistreringsperioden ikke at løbe før det tidspunkt, hvor den nationale indsigelsessag afsluttes. Hvis den nationale indsigelsessag derimod ikke vedrører alle varer og tjenesteydelser omfattet af det ældre varemærke, begynder femårsregistreringsperioden på tidspunktet for registreringen af det ældre varemærke for så vidt angår de varer og tjenesteydelser, der ikke er omfattet af den nationale indsigelsessag.

22 For det tredje har sagsøgeren gjort gældende, at selv om en indsigelse, der er rejst under en national sag, udgør en rimelig grund til ikke at have gjort brug af varemærket i henhold til artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94, kan denne grund kun gælde for de varer og tjenesteydelser, der faktisk var genstand for indsigelsen.

23 Ingen af disse tre fortolkninger gør det således muligt for intervenienten at påberåbe sig varer i klasse 3 til støtte for sin indsigelse mod det ansøgte varemærke.

24 Sagsøgeren har endelig gjort gældende, at den af appelkammeret valgte tilgang har medført det »absurde resultat«, at intervenienten, som i 1996 ansøgte om registrering af det ældre varemærke FOCUS for varer og tjenesteydelser i 25 forskellige klasser, på grund af de indsigelsessager, som varemærket har været genstand for i Tyskland, og som ikke blev afsluttet før i 2004, kan udskyde forpligtelsen til at godtgøre brugen af varemærket adskillige år efter ansøgningen om dets registrering.

25 Harmoniseringskontoret og intervenienten har i det væsentlige gjort gældende, at der, henset til ordlyden af § 26, stk. 5, i Markengesetz, ikke kan være to forskellige tidspunkter for, hvornår femårsregistreringsperioden begynder at løbe, alt efter om varer og tjenesteydelser omfattet af det ældre varemærke er omfattet af den nationale indsigelsessag eller ej. Femårsregistreringsperiodens begyndelse er tidspunktet for afslutningen af de nationale indsigelsessager, der er rejst mod varemærket, hvilket i den foreliggende sag vil sige den 13. januar 2004, og dette uanset hvilke af de af det ældre varemærke omfattede varer og tjenesteydelser der var genstand for de nationale indsigelsessager, hvorfor intervenienten ikke er forpligtet til at godtgøre reel brug af det ældre varemærke.

Rettens bemærkninger

26 Artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94 bestemmer, at »[p]å 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«.

27 Det fremgår af denne bestemmelse, at indehaveren af et ældre EF-varemærke, som har rejst indsigelse, ikke er forpligtet til at godtgøre brug af dette varemærke, når det ældre EF-varemærke på tidspunktet for offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen har været registreret i mindst fem år.

28 I henhold til artikel 43, stk. 3, i forordning nr. 40/94 »[finder s]tk. 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«.

29 Med henblik på at fastslå, om intervenienten er forpligtet til at godtgøre reel brug af det ældre nationale varemærke FOCUS, som intervenienten er indehaver af, skal det således undersøges, om appelkammeret med urette har anvendt den 13. januar 2004 som begyndelsestidspunkt for femårsregistreringsperioden, hvilket er afgørende for denne forpligtelse.

30 Selv om det fremgår af artikel 43, stk. 2, sammenholdt med stk. 3, i forordning nr. 40/94, at registreringen af et ældre nationalt varemærke udgør begyndelsestidspunktet for femårsregistreringsperioden, bemærkes, at forordning nr. 40/94 ikke gør det muligt at fastslå, på hvilken dato ældre nationale varemærker anses for registrerede i hver af medlemsstaterne.

31 Det bemærkes endvidere, at selv om den nationale varemærkeret blev harmoniseret ved direktiv 89/104, fremgår det imidlertid af Domstolens dom af 14. juni 2007, Häupl (sag C-246/05, Sml. I, s. 4673, præmis 26-31), at nævnte direktiv ikke harmoniserer den processuelle del af registreringen af varemærker, således at det tilkommer den medlemsstat, for hvilken registreringsansøgningen er blevet indgivet, at fastslå det tidspunkt, hvor registreringsproceduren efter dennes egne procedureregler er afsluttet (jf. i denne retning Rettens dom af 26.11.2008, sag T-100/06, Rajani mod KHIM — Artoz-Papier (ATOZ), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 36).

32 Heraf følger, at man med henblik på fastlæggelsen af tidspunktet for registrering af et ældre nationalt varemærke skal henholde sig til national ret i den omhandlede medlemsstat, såfremt forordning nr. 40/94 eller direktiv 89/104 ikke indeholder nogen relevante bestemmelser (jf. i denne retning ATOZ-dommen, præmis 35).

33 Således som sagsøgeren under retsmødet har medgivet, skal man i den foreliggende sag med henblik på fastlæggelsen af begyndelsestidspunktet for femårsregistreringsperioden for det ældre nationale varemærke FOCUS henholde sig til tysk ret, idet det ældre nationale varemærke FOCUS er registreret i Tyskland.

34 Det er ubestridt, at et varemærke i Tyskland kan gøres til genstand for en indsigelsessag efter sin registrering. I dette tilfælde bestemmer Markengesetz'§ 26, stk. 5, at»når det kræves, at der er gjort brug af et varemærke i en periode på fem år forud for varemærkets registrering, erstattes registreringsdatoen i tilfælde af, at der er rejst indsigelse mod varemærkets registrering, af tidspunktet for indsigelsessagens afslutning«.

35 Eftersom det ældre nationale varemærke FOCUS i den foreliggende sag har været genstand for flere indsigelsessager i Tyskland, følger det heraf, at dets registreringsdato skal erstattes med tidspunktet for indsigelsessagernes afslutning, dvs. den 13. januar 2004, med henblik på fastsættelsen af begyndelsestidspunktet for femårsregistreringsperioden.

36 Denne konklusion afkræftes ikke af sagsøgerens argument, hvorefter den 13. januar 2004 ikke kan anvendes for de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af det ældre nationale varemærke FOCUS, som ikke var omfattet af de i Tyskland rejste indsigelsessager.

37 Indledningsvis bemærkes nemlig, således som appelkammeret har anført i den anfægtede afgørelse, at Markengesetz' § 26, stk. 5, ikke foretager en sondring, alt efter om den nationale indsigelsessag kun vedrører visse af de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af det ældre nationale varemærke. Sagsøgeren kan dermed ikke på baggrund af denne bestemmelses ordlyd gøre gældende, at der må foretages en sondring mellem de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af den nationale indsigelsessag, og de, der ikke er.

38 Det fremgår endvidere af de tyske retsafgørelser, som er nævnt i den anfægtede afgørelse, og som Harmoniseringskontoret har påberåbt sig i sit svarskrift, hvori bestemmelserne i Markengesetz'§ 26, stk. 5, fortolkes, at den omstændighed, at den nationale indsigelsessag vedrører visse varer eller tjenesteydelser omfattet af det ældre varemærke, er uden betydning for fastlæggelsen af begyndelsestidspunktet for femårsregistreringsperioden, som ifølge nævnte retspraksis under alle omstændigheder vil være tidspunktet for afslutningen af de nationale indsigelsessager, der var rejst mod det ældre varemærke (Oberlandesgericht Münchens dom af 18.4.2002 (MICRO FOCUS) og Bundespatentgerichts dom af 10.7.2003 (AMS)). Ifølge de tyske domstole udgør det ældre varemærke, der er registreret i Tyskland, sammen med de varer og tjenesteydelser, som det omfatter, et»markedsføringskoncept i sin helhed«. Det kan således ikke kræves af varemærkets indehaver, at denne godtgør reel brug af varemærket udelukkende i forhold til visse varer og tjenesteydelser, der er omfattet af det ældre varemærke (jf. i denne retning Oberlandesgericht Münchens dom af 18.4.2002). Hertil skal tilføjes, at selv om sagsøgeren har bestridt den fortolkning af tysk ret, som kommer til udtryk i de ovennævnte tyske retsafgørelser, har sagsøgeren ikke påberåbt sig nogen anden tysk retsafgørelse til støtte for en anden fortolkning.

39 Det følger af det ovenstående, at appelkammeret med rette fastslog, at det ældre nationale varemærke FOCUS' femårsregistreringsperiode ikke begyndte at løbe før den 13. januar 2004, således at intervenienten ikke skal godtgøre en reel brug af nævnte varemærke.

40 Under disse omstændigheder skal sagsøgerens argument om, at selv om indsigelsen, der er rejst efter registreringen af det ældre varemærke FOCUS, udgør en rimelig grund til, at der ikke var gjort brug af varemærket, er denne grund kun gyldig for de varer og tjenesteydelser, der faktisk var genstand for indsigelsen, forkastes som irrelevant.

41 Hvad angår sagsøgerens argument, hvorefter intervenienten skulle have gjort sig skyldig i ufine kneb med det formål at slippe for at godtgøre reel brug af sit varemærke, bemærkes, at argumentet hviler på påstande, der ikke er underbygget med beviser.

42 Heraf følger, at anbringendet vedrørende tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 må forkastes som ugrundet.

Det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94

43 Hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, ifølge artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 udelukket fra registrering, såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre mærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art. Risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke.

44 Risikoen for forveksling er ifølge retspraksis risikoen for, at det i kundekredsen kan antages, at de pågældende varer eller tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller fra økonomisk forbundne virksomheder. Ifølge samme retspraksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling på grundlag af den opfattelse, som den relevante kundekreds har af de pågældende tegn og de omhandlede varer eller tjenesteydelser, idet der herved skal 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 (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 30-33, og af 13.9.2010, sag T-366/07, Procter & Gamble mod KHIM — Prestige Cosmetics (P&G PRESTIGE BEAUTE), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 49).

45 I den foreliggende sag er de to tegn, der skal sammenlignes, på den ene side det ældre nationale varemærke FOCUS og på den anden side det ansøgte EF-varemærke ACNO FOCUS. Mens indsigelsen var støttet på det ældre nationale varemærke FOCUS og ansøgningen om EF-varemærket FOCUS, har appelkammeret dog i den anfægtede afgørelse udelukkende baseret sig på det ældre nationale varemærke FOCUS, hvilket parterne ikke har bestridt. Med henblik på at fastslå, om der er risiko for forveksling mellem de omtvistede tegn, skal vurderingen således begrænses til en sammenligning af det ældre nationale varemærke FOCUS med det ansøgte varemærke ACNO FOCUS.

Den relevante kundekreds

46 Da det ældre varemærke FOCUS er et nationalt varemærke registreret i Tyskland, skal der ved undersøgelsen af risikoen for forveksling tages hensyn til den tyske kundekreds' synsvinkel, således som appelkammeret har fastslået.

47 Sagsøgeren har gjort gældende, at den anfægtede afgørelse ikke indeholder nogen angivelse med hensyn til den relevante kundekreds' grad af opmærksomhed. Forbrugerne af kosmetiske præparater og makeup, som stort set udelukkende er kvinder, udviser imidlertid en høj grad af opmærksomhed i forhold til disse varer og er vant til at lægge mærke til forskellene mellem de forskellige mærker.

48 I forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling skal der ifølge fast retspraksis tages hensyn til gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer, som er almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Der må også tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau kan variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om (jf. Rettens dom af 13.2.2007, sag T-256/04, Mundipharma mod KHIM — Altana Pharma (RESPICUR), Sml. II, s. 449, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

49 Henset til de omhandlede varers art, nemlig kosmetiske præparater og makeup, bemærkes, at den relevante kundekreds består af gennemsnitsforbrugeren, som er almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet (jf. i denne retning Rettens dom af 8.7.2009, sag T-240/08, Procter & Gamble mod KHIM — Laboratorios Alcala Farma (oli), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 27, og af 11.11.2009, sag T-150/08, REWE-Zentral mod KHIM — Aldi Einkauf (Clina), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 33), således at den relevante kundekreds' grad af opmærksomhed ikke kan anses for at være højere end den, kundekredsen udviser på området for dagligvarer.

50 Sagsøgerens argument må følgelig forkastes.

Sammenligningen af varerne og de omhandlede tegn

51 De to omtvistede tegn omhandler kosmetiske præparater og makeup. De omhandlede varer er således af samme art, hvilket appelkammeret har anført i den anfægtede afgørelse, uden at dette er blevet bestridt af parterne.

52 Hvad angår sammenligningen af tegnene bemærkes, at to varemærker ifølge retspraksis ligner hinanden, såfremt der efter opfattelsen i den relevante kundekreds foreligger en i det mindste delvis lighed mellem dem i en eller flere relevante henseender (Rettens dom af 26.1.2006, sag T-317/03, Volkswagen mod KHIM — Nacional Motor (Variant), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 46, og af 8.9.2010, sag T-369/09, Quinta do Portal mod KHIM — Vallegre (PORTO ALEGRE), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 21).

53 Helhedsvurderingen af risikoen for forveksling skal for så vidt angår den visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige lighed af de omtvistede tegn være støttet på det helhedsindtryk, disse giver, idet der bl.a. skal tages hensyn til deres særprægede og dominerende bestanddele. Den opfattelse, som gennemsnitsforbrugeren har af de pågældende varer eller tjenesteydelser, spiller en afgørende rolle i helhedsvurderingen af den nævnte risiko. Gennemsnitsforbrugeren opfatter i den henseende normalt et varemærke som en helhed og foretager ikke en undersøgelse af dets forskellige detaljer (jf. Domstolens dom af 12.6.2007, sag C-334/05 P, KHIM mod Shaker, Sml. I, s. 4529, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).

54 I den foreliggende sag fastslog appelkammeret, at det ansøgte varemærke har »en gennemsnitlig eller endog højere grad af lighed« med det ældre varemærke, som er gengivet identisk og tilsat bestanddelen »acno«. Appelkammeret anførte, at bestanddelen »acno«, der fonetisk ligger meget tæt på det tyske ord »akne«, hentyder til egenskaber ved varerne, nemlig behandlingen af akneproblemer, og at den derfor ikke kan have særpræg. Ordet »focus«, som ikke hentyder til kosmetiske præparaters

egenskaber, er dermed den dominerende bestanddel i tegnet ACNO FOCUS. Appelkammeret tilføjede, at reglen, hvorefter forbrugeren lægger mere mærke til begyndelsen af et tegn, ikke finder automatisk anvendelse, og eftersom den første del af mærket blot er beskrivende for de omhandlede varer, giver forbrugeren den kun en svag grad af opmærksomhed. Appelkammeret fastslog, at den tyske køber let ville kunne opfatte tegnet ACNO FOCUS som en betegnelse, under hvilken indsigeren, der er indehaver af det ældre varemærke, er begyndt at markedsføre en ny produktlinje med præparater til aknebehandling.

55 Sagsøgeren har gjort gældende, at det ansøgte varemærke og det ældre varemærke ikke ligner hinanden, og at appelkammeret med urette fastslog, at der er risiko for forveksling mellem dem.

56 Det bemærkes, at det ældre varemærke kun består af ordbestanddelen »focus«, mens det ansøgte varemærke består af to ordbestanddele, »acno« og »focus«. De omtvistede tegn har således »focus« som en fælles bestanddel, mens bestanddelen »acno« udgør forskellen mellem dem.

57 Parterne er ikke enige med hensyn til, hvilken betydning der skal tillægges bestanddelene »acno« og »focus« i det ansøgte varemærke. Ifølge sagsøgeren er det bestanddelen »acno«, der er placeret først, som tiltrækker opmærksomheden. Denne bestanddel er endvidere ikke beskrivende for de omhandlede varer, idet kosmetiske præparater og makeup ikke udelukkende omfatter præparater til aknebehandling. Ifølge Harmoniseringskontoret og intervenienten er »focus« den dominerende bestanddel i det ansøgte varemærke, idet bestanddelen »acno« er beskrivende for en egenskab ved de omhandlede varer, nemlig aknebehandling.

58 Det bemærkes, at bestanddelen »acno« for den relevante kundekreds kan henvise til det tyske ord »akne« og dermed kan give associationer til præparater til

aknebehandling. I denne henseende bemærkes, at sagsøgeren ikke fuldstændig udelukker en sådan forbindelse. Sagsøgeren har nemlig begrænset sig til at anføre, at kosmetiske præparater og makeup ikke kun omfatter præparater til aknebehandling, således at bestanddelen »acno« må anses for at være beskrivende med hensyn til i det mindste en del af de varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen. Ifølge retspraksis er det forhold, at et ordmærke er beskrivende for alene en del af de varer eller tjenesteydelser, der henhører under en kategori, som er nævnt som sådan i registreringsansøgningen, imidlertid ikke til hinder for, at dette ordmærke afvises fra registrering. Hvis det pågældende tegn i et sådant tilfælde blev registreret som EF-varemærke for den omhandlede kategori, ville der nemlig ikke være noget til hinder for, at dets indehaver ligeledes anvendte det for de varer og tjenesteydelser fra denne kategori, for hvilket det er beskrivende (jf. i denne retning Rettens dom af 20.3.2002, sag T-355/00, DaimlerChrysler mod KHIM (TELE AID), Sml. II, s. 1939, præmis 40, og af 9.7.2008, sag T-304/06, Reber mod KHIM — Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart), Sml. II, s. 1927, præmis 92).

59 Bestanddelen »acno« kan endvidere ikke fjerne opmærksomheden fra bestanddelen »focus« tilstrækkeligt til, at det ændrer den måde, hvorpå kundekredsen opfatter varemærket. Da bestanddelen »acno« er beskrivende for i det mindste en del af de varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen, skal der nemlig tages hensyn til, at forbrugerne sandsynligvis vil tillægge denne bestanddel en underordnet betydning, idet den ikke kan angive den handelsmæssige oprindelse for de omhandlede varer. Det ansøgte varemærkes helhedsindtryk er følgelig domineret af bestanddelen »focus«, således at bestanddelen »acno« forekommer underordnet i det billede, som den relevante kundekreds har i erindringen i forhold til de varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen.

60 Det følger af det foregående, at bestanddelen »acno« ikke har større betydning end bestanddelen »focus«. Som appelkammeret med rette har anført i den anfægtede afgørelse, er bestanddelen »focus« derimod den dominerende bestanddel.

61 Hvad angår sagsøgerens argument, hvorefter begyndelsen af et tegn er en vigtig del af det helhedsindtryk, som dette tegn fremkalder (Rettens dom af 16.3.2005, sag T-112/03, L'Oréal mod KHIM — Revlon (FLEXI AIR), Sml. II, s. 949, præmis 64 og 65, og af 16.12.2008, sag T-357/07, Focus Magazin Verlag mod KHIM — Editorial Planeta (FOCUS Radio), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 36), bemærkes desuden, at denne betragtning ikke gør sig gældende i alle tilfælde og under alle omstændigheder ikke kan afkræfte princippet, hvorefter undersøgelsen af varemærkers lighed skal tage hensyn til det helhedsindtryk, varemærkerne giver, da gennemsnitsforbrugeren normalt opfatter et varemærke som en helhed og ikke undersøger de forskellige detaljer (Rettens dom af 16.5.2007, sag T-158/05, Trek Bicycle mod KHIM — Audi (ALLTREK), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 70, og PORTO ALEGRE-dommen, præmis 29).

62 Det er i lyset af denne vurdering, at graden af lighed mellem de omtvistede tegn skal undersøges.

63 På det visuelle plan er de omtvistede tegn af forskellig længde og udgøres af et forskelligt antal ord, således at det ikke kan konkluderes, at de er identiske. Det bemærkes ikke desto mindre, at der på dette plan er en vis lighed mellem dem, for så vidt som bestanddelen »focus« er fælles for det ansøgte varemærke og det ældre varemærke.

64 Det kan endvidere ikke konkluderes, at de omhandlede tegn er identiske på det fonetiske plan, da bestanddelen »acno« i det ansøgte varemærke medvirker til fonetisk at adskille de omtvistede tegn. Det bemærkes således, at der er forskel i udtalen af det ældre varemærke, der er ganske kort (to stavelser), og det ansøgte varemærke (fire stavelser). Som følge af den fælles udtale af ordet »focus« i begge varemærker kan det dog antages, at der ud fra en helhedsbetragtning er en vis fonetisk lighed mellem de to tegn (jf. i denne retning Rettens dom af 11.12.2008, sag T-90/06, Focus mod

KHIM — Information Builders (Tomorrow Focus), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 34).

65 På det begrebsmæssige plan ligger de to varemærker ganske nær hinanden, idet de begge ved anvendelse af ordet »focus« henviser til forestillingen om »intellektuel koncentration« eller »fokusering« (jf. i denne retning Tomorrow Focus-dommen, præmis 35, og Rettens dom af 16.5.2007, sag T-491/04, Merant mod KHIM — Focus Magazin verlag (FOCUS), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 57). Det må formodes, at den tyske kundekreds på grund af denne fælles bestanddel vil skabe en begrebsmæssig forbindelse mellem de to varemærker. Selv om betydningen af det ansøgte varemærke kan anses for mere præcis, for så vidt som bestanddelen »acno« kan henvise til ordet »akne«, ligger nævnte varemærke ikke tilstrækkeligt langt begrebsmæssigt fra det ældre varemærke, hvorfor det ansøgte varemærke af den relevante kundekreds vil kunne forstås som en variant af FOCUS.

66 Det bemærkes endelig, at Rettens dom af 22. juni 2005, Plus mod KHIM — Bälz og Hiller (Turkish Power) (sag T-34/04, Sml. II, s. 2401), som sagsøgeren har påberåbt sig, ikke kan anfægte konklusionen vedrørende de omtvistede tegns lighed. I den sag, som gav anledning til denne dom, fastslog Retten, at betydningen af tegnet »Turkish power« i sin helhed adskiller sig fra budskabet i det ældre varemærkes eneste ordbestanddel »power«, idet figurbestanddelen af det ansøgte varemærke føjer en særlig konnotation, nemlig aggressivitet, til det samlede styrkebegreb, der formidles ved ordbestanddelen »power« i det ældre nationale varemærke. Retten bemærkede endvidere tydelige visuelle og fonetiske forskelle mellem det ansøgte figurmærke og det ældre ordmærke. I den foreliggende sag er det ansøgte varemærke og det ældre varemærke imidlertid ikke alene rene ordmærker, men har derudover en vis lighed på det visuelle og fonetiske plan, som anført ovenfor.

67 Det følger af ovenstående, at appelkammerets konklusion, hvorefter de omtvistede tegn ligner hinanden, skal tiltrædes.

Risikoen for forveksling

68 Helhedsvurderingen 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 varemærkerne og omvendt (Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 17, og Rettens dom af 14.12.2006, forenede sager T-81/03, T-82/03 og T-103/03, Mast-Jägermeister mod KHIM — Licorera Zacapaneca (VENADO med ramme m.fl.), Sml. II, s. 5409, præmis 74).

69 Det er fastslået ovenfor, at der er en vis lighed mellem de omtvistede tegn på det visuelle, fonetiske og begrebsmæssige plan. Det bemærkes endvidere, at de omhandlede varer er af samme art.

70 På denne baggrund og navnlig som følge af den omstændighed, at den relevante kundekreds kun har et ufuldstændigt billede af de omhandlede varemærker i erindringen (jf. i denne retning Rettens dom af 28.10.2010, sag T-131/09, Farmeco mod KHIM — Allergan (BOTUMAX), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 36), således at deres fælles bestanddel »focus« skaber en vis lighed mellem dem, og af den indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der skal tages i betragtning, var det med rette, at appelkammeret konkluderede, at der foreligger en risiko for forveksling mellem de omtvistede tegn.

71 Heraf følger, at Harmoniseringskontoret skal frifindes, uden at det er fornødent at tage stilling til sagsøgerens anden påstand vedrørende afvisning af indsigelsen rejst af intervenienten mod registreringen af det ansøgte varemærke.

Sagens omkostninger

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

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Ottende Afdeling):

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

2) Lancôme parfums et beauté & Cie betaler sagens omkostninger.

Truchot Martins Ribeiro Kanninen

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 14. april 2011.

Underskrifter