RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

22. juni 2005 *

I sag T-34/04,

Plus Warenhandelsgesellschaft mbH, Mühlheim (Tyskland), ved Rechtsanwältin B. Piepenbrink,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

* Processprog: tysk.

de andre parter i sagen for appelkammeret ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design):

Joachim Bälz og **Friedmar Hiller**, Stuttgart (Tyskland),

angående en påstand om annullation af den afgørelse, der blev truffet den 25. november 2003 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 620/2002-2) vedrørende en indsigelsessag mellem selskabet Tengelmann Warenhandelsgesellschaft og J. Bälz og F. Hiller,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, H. Legal, og dommerne P. Lindh og V. Vadapalas,

justitssekretær: fuldmægtig C. Kristensen,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 28. januar 2004,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 18. juni 2004,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 24. februar 2005,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 26. september 2000 indgav Joachim Bälz og Friedmar Hiller en EF-figurmærkeansøgning 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), som ændret.

2 Varemærket, der er søgt registreret, er det nedenfor viste tegn:



3 De varer, som varemærkeansøgningen vedrører, er forskellige varer i klasse 3, 25, 28, 32, 33 og 34 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret.

4 EF-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 43/01 af 14. maj 2001.

5 Ved skrivelse af 6. august 2001 rejse selskabet Tengelmann Warenhandelsgesellschaft indsigelse mod denne varemærkeansøgning, idet selskabet anførte, at der var en risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, mellem det ansøgte tegn og selskabets ældre tyske ordmærke POWER, der blev registreret den 14. april 1994 for varerne »tobak, artikler for rygere, dvs. tobaksdåser, cigar- og cigaretmundstykker, cigar- og cigaretetuier, askebægre, alle ovennævnte varer ikke af ædle metaller eller legeret eller pletteret dermed, pibestativer, piberensere, cigarklippere, piber, lightere, lommeredskaber til rulning eller fyldning af cigaretter, cigaretpapir, cigaretfiltre, tændstikker«, der henhører under klasse 34.

6 Indsigelsen var rettet mod en del af de varer, der var nævnt i EF-varemærkeansøgningen, nemlig »tobak, artikler for rygere, tændstikker«, og som henhører under klasse 34.

7 Denne indsigelse blev forkastet af Indsigelsesafdelingen den 27. maj 2002 med den begrundelse, at der ikke forelå risiko for forveksling mellem de to omhandlede tegn.

8 Den 25. juli 2002 påklagede indsigeren denne afgørelse til Andet Appelkammer ved Harmoniseringskontoret, idet selskabet anførte, at helhedsindtrykket af det ansøgte tegn var præget af den karakteristiske bestanddel »power«, mens tegnets andre bestanddele manglede fornødent særpræg. Da den dominerende bestanddel »power« findes i begge varemærker, burde indsigelsen ifølge indsigeren være blevet imødekommet.

9 Selskabet Plus Warenhandelsgesellschaft mbH blev den 1. oktober 2003 registreret i det tyske varemærkeregister som ny indehaver af det ældre nationale varemærke POWER.

10 Ved afgørelse af 25. november 2003 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Andet Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen med den begrundelse, at der som følge af de visuelle, fonetiske og begrebsmæssige forskelle, der er mellem de to omhandlede tegn, ikke er en risiko for forveksling på det relevante geografiske område. I modsætning til indsigeren fandt appelkammeret, at det ansøgte tegns ordbestanddel »Turkish« samt dets figurbestanddel, der består af et løvehoved, ikke kunne ignoreres, og selv om løvehovedet hentydede til styrkebegrebet, var det ikke et rent og skært symbol for dette begreb. Appelkammeret anførte desuden, at bestanddelen »Turkish« heller ikke kunne overses, da den var af visuel og begrebsmæssig betydning, og da helhedsbetydningen af ordene »Turkish power« adskilte sig fra betydningen af ordet »power«.

Retsforhandlinger og parternes påstande

11 Det er under disse omstændigheder, at sagsøgeren, der har fået overdraget retten til det ældre nationale varemærke, har anlagt denne sag til prøvelse af appelkammerets afgørelse.

12 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Subsidiært gives der inden for en rimelig tidsfrist sagsøgeren mulighed for skriftligt at komplettere de oplysninger, som Retten måtte finde ufuldstændige, for så vidt angår de faktiske omstændigheder og deres retsvirkninger.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

13 Under den mundtlige forhandling har det sagsøgende selskab trukket en tidligere nedlagt påstand tilbage, hvorefter Retten skulle pålægge Harmoniseringskontoret at slette det ansøgte varemærke.

14 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Formaliteten

15 Harmoniseringskontoret har anført, at selv om det sagsøgende selskab har fået overdraget det ældre ordmærke, var det ikke en part i sagen ved appelkammeret. Ifølge Harmoniseringskontoret skal artikel 63, stk. 4, i forordning nr. 40/94 imidlertid fortolkes således, at begrebet »enhver part i sagen ved appelkammeret«, der kan indbringe en sag for Retten, ligeledes omfatter de efterfølgende indehavere

af et varemærke, der er i konflikt med et tegn, der er søgt registreret som EF-varemærke.

16 Det står fast og er desuden ikke bestridt, at overdragelsen af det nationale varemærke til sagsøgeren af den tidligere indehaver, selskabet Tengelmann Warenhandelsgesellschaft, har fundet sted under sagen ved Harmoniseringskontoret. Denne omstændighed medfører, at sagsøgeren indtræder i det overdragende selskabs sted som part i sagen ved appelkammeret.

17 Under disse omstændigheder har sagsøgeren kompetence til at anlægge sag med påstand om annullation af den anfægtede afgørelse.

Realiteten

Første anbringende om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

18 Sagsøgeren har anført, at de i varemærkeansøgningen omhandlede varer »tobak, artikler for rygere, tændstikker«, der henhører under klasse 34, og de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, er delvis af samme art eller ligner hinanden meget.

19 Ordet »power« er det ældre varemærkes eneste bestanddel, og varemærket har et styrket særpræg som følge af en udbredt brug som varemærke. Det ældre varemærke bruges ikke slet og ret til at beskrive varerne, da de relevante forbrugere og de erhvervsdrivende ikke foranlediges til at antage, at ordet »power« er en angivelse af en egenskab ved de pågældende varer for rygere, i modsætning til ord som »full flavour«, »light« eller »gold«, som kan indeholde en sådan angivelse.

20 Ordet »power« er desuden det ansøgte tegns eneste karakteristiske bestanddel, da det kun er navneord — og ikke tillægsord — der i henhold til tysk og engelsk grammatik anvendes til at betegne ting. Det engelske tillægsord »Turkish« er således uden betydning ved sammenligningen af tegnene, da det udelukkende over for de berørte kunder angiver, at de pågældende varer har en tyrkisk oprindelse, og det kan ikke af den berørte kundekreds opfattes som en angivelse af den virksomhed, som varerne hidrører fra.

21 I de tilfælde, hvor de omhandlede varer ikke sælges i selvbetjeningsforretninger, er køberen tvunget til at udtale navnet på varemærket, da det er den enkleste måde at betegne varen på. Ved en lydlig sammenligning af de to omtvistede tegn har den grafiske gengivelse af det ansøgte tegn imidlertid ikke nogen betydning.

22 Billedet af et løvehoved mellem ordene »Turkish« og »power« påvirker ikke i sig selv det visuelle helhedsindtryk af det ansøgte tegn, da det udelukkede forstærker betydningen af bestanddelen »power«, der i den berørte kundekreds er kendt som sagsøgerens varemærke.

23 Når henses til dels ligheden mellem de omtvistede tegn, hvis dominerende bestanddel er identisk, dels helhedsindtrykket, som de giver den tyske kundekreds, er der en risiko for forveksling, da det i kundekredsen kan antages, at de pågældende varer hidrører fra den samme virksomhed eller fra økonomisk forbundne virksomheder.

24 Harmoniseringskontoret har for det første anført, at da det ældre varemærke er beskyttet i Tyskland, skal der tages hensyn til, hvorledes de omhandlede tegn opfattes af den tyske kundekreds. Appelkammeret har med rette antaget, at denne kundekreds er almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet.

25 Harmoniseringskontoret har for det andet anført, at de af indsigelsen omhandlede varer, nemlig »tobak, artikler for rygere, tændstikker«, alle er beskyttet af det ældre varemærke, og at de varer, der er omhandlet af de omtvistede tegn, derfor er af samme art.

26 Harmoniseringskontoret har for det tredje henvist til, at vurderingen af de omtvistede tegns lighed skal hvile på deres visuelle, lydlige og begrebsmæssige ligheder, og de skal undersøges i deres helhed, idet de bestanddele, der er dominerende og karakteristiske, er af afgørende betydning.

27 Ordet »power«, der er det ældre varemærkes eneste bestanddel, er ikke beskrivende for en eneste af de omhandlede varer. Selv om appelkammeret fandt, at denne bestanddel har et forholdsvist svagt særpræg i relation til de omfattede varer, antog appelkammeret til fordel for indsigeren, at dennes varemærke havde et gennemsnitligt særpræg.

28 Det ansøgte tegn er sammensat af bestanddelene »Turkish« og »power« samt af en figurbestanddel, der skiller disse fra hinanden, og som forestiller et løvehoved. Udgangspunktet for bedømmelsen af dette tegns karakteristiske bestanddele er, at såvel bestanddelen »power« som figurbestanddelen, løvehovedet, samt tillægsordet »Turkish« er karakteristiske og ikke beskrivende, og at tegnet i sin helhed giver et andet indtryk end varemærket POWER.

29 I den anfægtede afgørelses punkt 26 har appelkammeret erkendt, at en del af den tyske kundekreds muligvis vil opfatte bestanddelen »Turkish« som en angivelse af varens geografiske oprindelse. Det har imidlertid ligeledes anført, at »Turkish power« som helhed formidler et andet semantisk indhold end bestanddelen »power« alene. Bestanddelen »Turkish« kan således ikke lades ude af betragtning ved bedømmelsen af ligheden.

30 Sagsøgeren har med urette påstået, at det kun er navneord — og ikke tillægsord — der kan kendetegne et varemærke. Argumentet, hvorefter tillægsord pr. definition altid anvendes beskrivende, er kun korrekt hvad angår deres grammatiske funktion. Derimod vil et tillægsord i et varemærke ikke pr. definition være beskrivende. Hvorvidt et tillægsord er beskrivende i varemærkeretlig forstand, beror på dets betydningsindhold og på de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af varemærket.

31 Appelkammeret har i den anfægtede afgørelses punkt 26 anført, at den tyske forbruger opfatter kombinationen »Turkish power« som en helhed, der har andre konnotationer end blot en henvisning til varer af mærket Power med tyrkisk oprindelse. Som følge af det nære bånd, der forener de to bestanddele, frembringer ordkombinationen »Turkish power« en suggestiv virkning, der er uafhængig af ordet »power«, idet den frembringer en stemning, der er knyttet til opfattelsen af den tyrkiske kultur og historie.

32 Et varemærke med navnet »Indian Summer« for drikkevarer er begrebsmæssigt fuldstændig anderledes end et varemærke med navnet »Summer« for de samme varer. Sagsøgeren kan ikke med rette påberåbe sig Rettens dom af 18. februar 2004 i sagen Koubi mod KHIM — Flabesa (CONFORFLEX) (sag T-10/03, Sml. II, s. 719), netop fordi der i denne sag i ordet »conforflex« ikke forelå et åbenbart iboende helhedsbegreb. Da begrebet »conforflex« ikke havde nogen selvstændig betydning, skabte forbrugerne en direkte forbindelse mellem bestanddelen »confor« og varerne.

33 Visuelt er det kun bestanddelen »power«, der er den samme i det ansøgte tegn og det ældre varemærke. Erfaringen har vist, at bestanddele, der er placeret først i sammensatte varemærker, har en større betydning, eftersom kundekredsens opmærksomhed almindeligvis tiltrækkes af disse bestanddele.

34 Appelkammeret har anført, at det ansøgte tegns figurbestanddel, som består af et stort brølende løvehoved med en detaljeret manke, ikke kun er et universelt og abstrakt udtryk for styrkebegrebet. Den brølende løve formidler en vis aggressivitet, og hovedets detaljerede form og karakter giver derfor det ansøgte varemærke en selvstændig karakter, der går ud over formidlingen af betydningen af ordet »power«. I den forbindelse giver tilføjelsen af en brølende løves hoved ligeledes det ansøgte tegn en særlig suggestiv karakter, der er anderledes end bestanddelen »power« alene.

35 De to omtvistede tegn adskiller sig begrebsmæssigt fra hinanden, eftersom ordet »power« i sig selv har en anden betydning og virkning end ordkombinationen »Turkish power« sammen med et løvehoved. Den påviste overensstemmelse for så vidt angår bestanddelen »power« kan ikke alene begrunde en begrebsmæssig lighed.

36 Sammenfattende foreligger der således højest visse visuelle og fonetiske ligheder mellem de to omhandlede tegn.

37 Det fremgår af undersøgelsen af disse enkelte aspekter, at varerne er af samme art, og at der er overensstemmelse mellem tegnene for så vidt angår bestanddelen »power«. Hertil kommer, at det ansøgte tegn har et ord med eget særpræg, at den begrebsmæssige opfattelse af de to tegn er forskellig, og at der er en karakteristisk figurbestanddel.

38 Harmoniseringskontoret har derfor konkluderet, at der ikke foreligger en risiko for forveksling.

Rettens bemærkninger

39 Der foreligger en risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, når der er risiko for, at det i kundekredsen kan antages, at de varer, som de omtvistede varemærker omfatter, hidrører fra den samme virksomhed eller i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder. Der skal foretages en helhedsvurdering af denne risiko for forveksling under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det konkrete tilfælde.

40 Denne helhedsvurdering indebærer en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning, og især ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkerne. 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 (Rettens dom af 23.10.2002, sag T-388/00, Institut für Lernsysteme mod KHIM — Educational Services (ELS), Sml. II, s. 4301, præmis 46).

41 Helhedsvurderingen af risikoen for forveksling skal være baseret på helhedsindtrykket af varemærkerne, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller dominans (jf. analogt Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 23, og af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 25).

42 Risikoen for forveksling er større, jo stærkere det ældre varemærkes særpræg er (jf. analogt Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 20).

43 Generelt ligner to varemærker 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 23.10.2002, sag T-6/01, Matratzen Concord mod KHIM — Hukla Germany (MATRATZEN), Sml. II, s. 4335, præmis 30), nemlig i visuel, lydlig og begrebsmæssig henseende.

44 I denne sag er de af indsigelsen omhandlede varer, dvs. »tobak, artikler for rygere, tændstikker«, omfattet af begge de omtvistede tegn. De omhandlede varer skal således betragtes som varer af samme art, hvilket Harmoniseringskontoret desuden har anført i svarskriftet.

45 Det ældre nationale varemærke POWER er registreret i Tyskland, der således ved anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er det relevante geografiske område.

46 Da det ældre varemærke er beskyttet i Tyskland, skal der ved bedømmelsen af risikoen for forveksling henvises til opfattelsen hos den tyske kundekreds. I den forbindelse har Indsigelsesafdelingen og appelkammeret anført — uden at dette er blevet bestridt af sagsøgeren — at køberne til varer i klasse 34 almindeligvis udviser en høj grad af opmærksomhed, når de handler, som følge af deres loyalitet over for varemærker.

47 Det er i lyset af disse betragtninger, at det skal undersøges, om appelkammeret har begået en retlig fejl, da det fandt, at der mellem det ansøgte figurmærke og det ældre ordmærke var tilstrækkelige forskelle til at udelukke, at der i den relevante tyske kundekreds' bevidsthed var en risiko for forveksling for så vidt angår varerne, der er omfattet af de to omtvistede tegn.

48 Det er ubestridt, at den relevante tyske kundekreds er i stand til at forstå både ordbestanddelen »power«, der er fælles for de to tegn, og ordet »Turkish«, der kun indgår i det ansøgte tegn.

49 Det ældre nationale varemærke er et ordmærke, mens det konkurrerende tegn i varemærkeansøgningen er søgt registreret som et EF-figurmærke, der er sammensat af de to ord »Turkish« og »power«, adskilt af et brølende løvehoved med en strittende manke.

50 Ordet »power« er både den eneste bestanddel i det ældre varemærke og det ene af tre bestanddele i det ansøgte tegn.

51 Henset til, at de omhandlede varer er af samme art, finder Retten, at det skal fastslås, at der er en risiko for forveksling i den relevante tyske kundekreds' bevidsthed, såfremt bestanddelen »power«, der er fælles for begge tegn, skal betragtes som den dominerende bestanddel af det ansøgte tegn.

52 Visuelt er de to tegn lette at adskille fra hinanden, idet det kun er det ansøgte tegn, der er et sammensat tegn, som forbinder ordkombinationen »Turkish power« med en figurbestanddel i form af et brølende løvehoved med en strittende manke.

53 Som følge af sin centrale placering giver denne figurbestanddel det ansøgte tegn en visuel struktur, der er fuldstændig anderledes end det ældre nationale varemærkes struktur.

54 Figurbestanddelen dominerer endda i kraft af sin størrelse, originalitet og sin detaljerede gengivelse over det ansøgte tegns ordbestanddele, således at der visuelt er meget markante forskelle mellem de to omhandlede varemærker.

55 Denne forskel bliver yderligere forstærket af, at bestanddelen »power« har fået tilføjet ordet »Turkish«, der udgør et kontrapunkt til »power«, idet det er placeret i starten af det ansøgte tegn og i modsat side af den grafiske bestanddel i forhold til »power«, der er placeret i slutningen af det ansøgte tegn.

56 Det forhold, at bestanddelen »Turkish« er placeret i starten af det ansøgte tegn, gør, at det straks kan opfattes af den relevante kundekreds, hvilket ligeledes medfører, at bestanddelen »power« skubbes i baggrunden i de pågældendes visuelle erindring.

57 De to omhandlede tegn har ligeledes tydelige lydlige forskelle. Selv om figurbestanddelen i den henseende naturligvis ikke spiller nogen rolle, medvirker ordbestanddelen »Turkish« ubestrideligt til fonetisk at adskille de to foreliggende tegn fra hinanden.

58 I den forbindelse har sagsøgeren ikke godtgjort, at den relevante tyske kundekreds fuldstændig udelader ordbestanddelen »Turkish«, når den mundtligt betegner det ansøgte tegn. Den markante lighed mellem denne ordbestanddel, når den udtales på engelsk, og det tilsvarende ord på tysk er derimod så meget desto mere egnet til at gøre det lettere for de berørte at huske og udtale denne ordbestanddel, da den visuelt udgør den første bestanddel af det ansøgte tegn.

59 Såfremt de omhandlede varer købes andre salgssteder end i selvbetjeningsforretninger, kræves der ved køb nødvendigvis en udtale af begge fonetiske bestanddele af det ansøgte tegn, hvilket sagsøgeren desuden har anført.

60 Begrebsmæssigt bemærkes, at placeringen af tillægsordet »Turkish« før navneordet »power« følger naturligt af de engelske grammatikregler, således at bestanddelen »Turkish« — i modsætning til det af Harmoniseringskontoret anførte — ikke nødvendigvis opfattes som det primære begreb af den relevante kundekreds, hvis modersmål indeholder samme regel.

61 Desuden har appelkammeret selv erkendt, at de omhandlede tegn ligner hinanden for så vidt angår deres betydning, idet de begge indeholder styrkebegrebet, således at visse købere kunne opfatte bestanddelen »Turkish« som en angivelse af den geografiske oprindelse af de omhandlede varer.

62 Figurbestanddelen, der gengiver et løvehoved, er som følge af de ovennævnte særlige træk ved gengivelsen imidlertid af en sådan art, at den i vidt omfang opvejer de omtvistede tegns begrebsmæssige lighed, der følger af bestanddelen »power«, som de har til fælles.

63 Et brølende løvehoved føjer en særlig konnotation, nemlig aggressivitet, til styrkebegrebet, der formidles ved ordbestanddelen »power« i det ældre nationale varemærke.

64 Som Harmoniseringskontoret med rette har anført i sine processkrifter, udløser »Turkish power« endvidere en suggestiv virkning, der er uafhængig af ordet »power«, idet denne ordkombination i den tyske kundekreds' bevidsthed knytter de omhandlede varer til den tyrkiske kultur og historie.

65 Det er således med rette, at appelkammeret har fastslået, at det ansøgte tegns figurbestanddel ikke blot er et universelt og abstrakt udtryk for styrkebegrebet.

66 De ovenfor nævnte visuelle og fonetiske forskelle mellem de to omtvistede tegn bidrager desuden til at formindske virkningen af den relative begrebsmæssige lighed, der følger af den fælles bestanddel »power«.

67 Det skal særlig understreges, at graden af den begrebsmæssige lighed mellem to tegn er af mindre betydning i de tilfælde, hvor den relevante kundekreds ser navnet på et varemærke, der er anbragt på den vare, der købes.

68 Betydningen af den begrebsmæssige lighed mellem to tegn formindskes ligeledes, såfremt den relevante kundekreds, som i den foreliggende sag, må udtale hele ordkombinationen i tegnet, når de omhandlede varer skal købes gennem andre distributionskanaler end selvbetjeningsforretninger.

69 Dette er så meget desto mere tilfældet, når den relevante kundekreds, som det er anført ovenfor, i denne sag skal betragtes som en kundekreds, der er loyal over for sine traditionelle varemærker, og den som følge heraf udviser en høj grad af opmærksomhed under købet.

70 Derfor har appelkammeret ikke foretaget en fejlvurdering ved at fastslå, at betydningen af tegnet »Turkish power« i sin helhed adskiller sig fra budskabet i det ældre varemærkes eneste ordbestanddel »power«.

71 Det fremgår således, at bestanddelen »power« — i modsætning til det af sagsøgeren anførte — hverken er den dominerende bestanddel af det ansøgte tegn eller afgørende for det almindelige indtryk, som tegnet giver, i en sådan grad, at der i den relevante tyske kundekreds' bevidsthed er en særlig risiko for forveksling.

72 Sammenfattende må det herefter fastslås, at selv om de varer, der er omfattet af de to omtvistede varemærker, er af samme art, og de har ordbestanddelen »power« til fælles, har appelkammeret gyldigt kunnet fastslå, at det ikke i den relevante tyske kundekreds, der er velunderrettet, og som udviser en høj grad af opmærksomhed og loyalitet over for sine traditionelle varemærker, kan antages, at de pågældende varer hidrører fra den samme virksomhed eller i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder, som følge af de visuelle, fonetiske og begrebsmæssige forskelle, der i øvrigt er blevet fastslået mellem de to omtvistede tegn.

73 Under disse betingelser kan appelkammerets bedømmelse af risikoen for forveksling ikke anfægtes af det ældre nationale varemærkes særpræg, der ifølge det sagsøgende selskab kan udledes af dets salgsstatistikker.

74 I øvrigt fremgår det ikke af sagens akter ved Harmoniseringskontoret, at dettes instanser har fået forelagt de salgsstatistikker for cigaretter af mærket POWER, som det sagsøgende selskab har henvist til i stævningen for at godtgøre det udbredte kendskab til dets nationale varemærke. Desuden vedrører en del af de forelagte oplysninger referenceperioder, der ligger efter indgivelsen af den skriftlige begrundelse for klagen for appelkammeret.

75 Under disse omstændigheder kan disse statistikker kun påvirke lovligheden af den anfægtede afgørelse, såfremt Harmoniseringskontoret ex officio burde have taget disse i betragtning (Rettens dom af 12.12.2002, sag T-247/01, eCopy mod KHIM (ECOPY), Sml. II, s. 5301, præmis 46).

76 Det er ikke tilfældet i den foreliggende sag, da Harmoniseringskontoret i sager som denne vedrørende relative registreringshindringer i henhold til artikel 74, stk. 1 in fine, i forordning nr. 40/94 begrænser sig til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger.

77 Sagsøgerens første anbringende om en fejlagtig anvendelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 skal derfor forkastes.

Andet anbringende om fratagelse af sagsøgerens immaterielle rettigheder

78 Ifølge det sagsøgende selskab har Fællesskabet ingen kompetence til at fratage selskabet dets immaterielle rettigheder ved at udsætte dets ældre varemærke for efterligninger og ulovlige kopier i form af brug af dets tegn i det ansøgte tegn.

79 Det sagsøgende selskab er i strid med national ret ulovligt forhindret i at udøve de immaterielle rettigheder, som det retmæssigt har erhvervet i den stat, hvor selskabet er etableret.

80 Ifølge Harmoniseringskontoret er dette klagepunkt uden betydning, eftersom den administrative procedure har til formål at fastslå, om det ansøgte EF-varemærke kan registreres, og den vedrører på ingen måde gyldigheden af det ældre nationale varemærke.

81 Efter Rettens opfattelse er det tilstrækkeligt at bemærke, at det ældre nationale varemærke på ingen måde kan fratages sin gyldighed ved en eventuel registrering af det ansøgte tegn som EF-varemærke.

82 Af det ovenfor anførte fremgår nemlig, at den pågældende registrering ikke kan skabe en risiko for forveksling i den tyske kundekreds' bevidsthed mellem det ansøgte EF-figurmærke og sagsøgerens ældre nationale ordmærke.

83 Det er således med urette, at det sagsøgende selskab har anført, at det vil blive frataget de immaterielle rettigheder, der er knyttet til selskabets ældre nationale varemærke.

84 Det andet anbringende skal derfor forkastes.

85 Sammenfattende må det herefter fastslås, at Harmoniseringskontoret bør frifindes i det hele.

86 Da Retten finder, at den har tilstrækkelige oplysninger, skal der ikke gives medhold i sagsøgerens subsidiære påstand.

Sagens omkostninger

87 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.

88 Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets 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) Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.

Legal Lindh Vadapalas

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 22. juni 2005.

H. Jung H. Legal

Justitssekretær Afdelingsformand