RETTENS DOM (Anden Afdeling)

1. februar 2005 *

I sag T-57/03,

Société provençale d'achat et de gestion (SPAG) SAS, Marseille (Frankrig), ved avocat K. Manhaeve, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved U. Pfleghar og G. Schneider, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

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

* Processprog: tysk.

Frank Dann og **Andreas Backer**, Frankfurt am Main (Tyskland), ved advokat P. Baronikians,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 5. december 2002 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 1072/2000-2) vedrørende en indsigelsessag om varemærkerne HOOLIGAN og OLLY GAN,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Pirrung, og dommerne N.J. Forwood og S. Papasavvas,

justitssekretær: ekspeditionssekretær J. Palacio González,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 20. februar 2003,

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 12. september 2003,

under henvisning til intervenienternes svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 12. september 2003,

og efter retsmødet den 28. september 2004,

afsagt følgende

Sagens baggrund

1 Den 1. april 1996 indgav Frank Dann og Andreas Backer (herefter »intervenienterne«) en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i medfør af 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 ordmærket HOOLIGAN.

3 De varer, som varemærkeansøgningen vedrører, henhører under klasse 25 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse: »beklædningsgenstande og hovedbeklædning«.

4 Ansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 65/98 den 31. august 1998.

5 Den 30. november 1998 rejste Société provençale d'achat et de gestion (SPAG) SAS (herefter »sagsøgeren«) i henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94 indsigelse mod registreringen af det ansøgte varemærke for alle de varer, der er omfattet heraf, idet sagsøgeren påberåbte sig to ældre varemærker, som selskabet er indehaver af, nemlig:

— det internationale ordmærke OLLY GAN nr. 575552, med virkning i bl.a. Tyskland, Spanien, Italien og Portugal for så vidt angår bl.a. beklædningsgenstande i klasse 25

— det franske ordmærke OLLY GAN nr. 1655245 for så vidt angår bl.a. beklædningsgenstande i klasse 25.

6 Den 26. maj 1999 anmodede intervenienterne sagsøgeren om at godtgøre, at selskabet havde gjort reel brug af de påberåbte ældre varemærker.

7 Ved afgørelse af 15. september 2000 tog Harmoniseringskontorets Indsigelsesafdeling indsigelsen til følge med den begrundelse, at der i Frankrig og Portugal var risiko for forveksling, fordi de varer, der var omfattet af de omhandlede varemærker, var af samme art, og på grund af den fonetiske — og som følge heraf den begrebsmæssige — lighed mellem de omhandlede ordmærker.

8 Den 9. november 2000 indgav intervenienterne en klage til Harmoniseringskontoret over Indsigelsesafdelingens afgørelse.

9 Ved afgørelse af 5. december 2002 (sag R 1072/2002-2, herefter »den anfægtede afgørelse«) annullerede Andet Appelkammer ved Harmoniseringskontoret Indsigelsesafdelingens afgørelse.

10 Appelkammeret fandt i det væsentligste, at den franske eller portugisiske gennemsnitsforbruger havde kendskab til den gængse betydning af det engelske ord »hooligan« og til ordets stavemåde, og udtalte de omhandlede varemærker forskelligt. Appelkammeret konkluderede, at der ikke var visuel, fonetisk eller begrebsmæssig lighed mellem de omhandlede tegn, og at der følgelig ikke var risiko for forveksling mellem de omhandlede varemærker.

Parternes påstande

11 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

12 Harmoniseringskontoret og intervenienterne har nedlagt følgende påstande:

— Harmoniseringskontoret frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Formaliteten vedrørende de faktiske og retlige oplysninger, der er forelagt Retten

Parternes argumenter

13 Harmoniseringskontoret har indledningsvis gjort gældende, at det ved bedømmelsen af den anfægtede afgørelses lovlighed ikke tilkommer Retten at foretage en fornyet undersøgelse af de faktiske omstændigheder i lyset af de beviser, der fremlægges for den for første gang. Da sagsøgeren ikke for appelkammeret bestred, at de omhandlede varer er af samme art, at der var gjort brug af varemærkerne, at alene det franske og det portugisiske område er relevante, samt at der ikke er visuel lighed mellem de omhandlede tegn, og da sagsøgeren først for Retten har gjort gældende, at de omhandlede ældre varemærker har et stærkt særpræg, vil sådanne spørgsmål ikke længere kunne behandles for Retten, uden at sagens genstand derved ville blive ændret i strid med artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement.

14 Sagsøgeren har anført, at argumentet om den begrebsmæssige betydning af varemærket OLLY GAN allerede blev fremsat for Harmoniseringskontoret. Selskabet har overladt formalitetsspørgsmålet vedrørende de nye dokumenter, der er fremlagt for Retten, til Rettens skøn, men har anmodet om, at samme fremgangsmåde anvendes på de nye dokumenter, der er fremlagt af intervenienterne.

Rettens bemærkninger

15 Artikel 63 i forordning nr. 40/94 bestemmer:

»1. Appelkamrenes afgørelser om klager kan indbringes for Domstolen.

2. Indbringelse af klager kan ske under påberåbelse af inkompetence, væsentlige formmangler eller overtrædelse af traktaten, af denne forordning eller af retsregler vedrørende deres gennemførelse eller under påberåbelse af magtfordrejning.

3. Domstolen har kompetence til at ophæve eller omgøre den indklagede afgørelse.

4. Enhver part i sagen ved appelkammeret har adgang til at indbringe en klage, for så vidt den pågældende ikke har fået medhold.

[...]«

16 Artikel 74 i forordning nr. 40/94 bestemmer:

»1. Under sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret prøver dette ex officio de faktiske omstændigheder; i sager vedrørende relative registreringshindringer begrænser Harmoniseringskontoret sig imidlertid til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger.

2. Harmoniseringskontoret kan se bort fra kendsgerninger og beviser, som ikke er påberåbt eller fremført rettidigt af de pågældende parter.«

17 Det bemærkes, at en sag, der er indbragt for Retten i medfør af artikel 63, stk. 2, i forordning nr. 40/94, har til formål at efterprøve lovligheden af afgørelser fra appelkamrene (jf. i denne retning Rettens dom af 12.12.2002, sag T-247/01, eCopy mod KHIM (ECOPY), Sml. II, s. 5301, præmis 46, og af 22.10.2003, sag T-311/01, Éditions Albert René mod KHIM — Trucco (Starix), Sml. II, s. 4625, præmis 70 og den deri nævnte retspraksis). Inden for rammerne af forordning nr. 40/94 skal denne efterprøvelse i henhold til forordningens artikel 74 foretages under hensyn til de faktiske og retlige omstændigheder i sagen, som den har foreligget for appelkammeret (jf. analogt Rettens dom af 5.3.2003, sag T-194/01, Unilever mod KHIM (ægformet tablet), Sml. II, s. 383, præmis 16).

18 Det skal ligeledes bemærkes, at det følger af den funktionelle kontinuitet mellem Harmoniseringskontorets forskellige instanser, at appelkammeret inden for anvendelsesområdet for artikel 74 i forordning nr. 40/94 er forpligtet til at støtte sin afgørelse på alle de faktiske og retlige oplysninger, som fremgår af den afgørelse, der anfægtes for det, og på de oplysninger, som parten eller parterne har fremlagt, dels i sagen for den afdeling, der har truffet afgørelse i første instans, dels — med den ene undtagelse, der nævnes i denne bestemmelses stk. 2 — i klagesagen. Særligt er omfanget af den prøvelse, som appelkammeret er forpligtet til at foretage af den afgørelse, der anfægtes for det, i princippet ikke udelukkende afgrænset af de anbringender, som parten eller parterne har fremsat i sagen for appelkammeret (jf. i denne retning Rettens dom af 23.9.2003, sag T-308/01, Henkel mod KHIM — LHS (UK) (KLEENCARE), Sml. II, s. 3253, præmis 29 og 32).

19 Med hensyn til den faktiske ramme følger det af artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94, at det påhviler parterne rettidigt at fremlægge de faktiske oplysninger for Harmoniseringskontoret, som de har til hensigt at gøre gældende. Det følger heraf, at Harmoniseringskontoret ikke kan kritiseres for at have handlet ulovligt for så vidt angår faktiske oplysninger, der ikke er blevet indgivet til det.

20 De faktiske oplysninger, der er gjort gældende for Retten uden tidligere at være forelagt for en af Harmoniseringskontorets instanser, kan derfor ikke tages i betragtning (jf. i denne retning Rettens dom af 5.3.2003, sag T-237/01, Alcon mod KHIM — Dr. Robert Winzer Pharma (BSS), Sml. II, s. 411, præmis 61 og 62, stadfæstet ved appel, jf. Domstolens kendelse af 5.10.2004, sag C-192/03 P, Alcon

mod KHIM, Sml. I, s. 8993, Rettens dom af 6.3.2003, sag T-128/01, DaimlerChrysler mod KHIM (kølergitter), Sml. II, s. 701, præmis 18, af 3.7.2003, sag T-129/01, Alejandro mod KHIM — Anheuser-Busch (BUDMEN), Sml. II, s. 2251, præmis 67, af 4.11.2003, sag T-85/02, Díaz mod KHIM — Granjas Castelló (CASTILLO), Sml. II, s. 4835, præmis 46, og af 13.7.2004, sag T-115/03, Samar mod KHIM — Grotto (GAS STATION), Sml. II, s. 2939, præmis 13).

21 Med hensyn til den retlige ramme bemærkes, at det fremgår af selve ordlyden af artikel 74, stk. 1, in fine, i forordning nr. 40/94, at Harmoniseringskontoret i sager vedrørende relative registreringshindringer begrænser sig til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger. Således kan appelkammeret — når det træffer afgørelse vedrørende en sag til prøvelse af en afgørelse, der afslutter en indsigelsessag — alene støtte sin afgørelse på de relative registreringshindringer, som den berørte part har anført, og på de omstændigheder og beviser, som parterne har gjort gældende og fremlagt til støtte herfor (jf. Rettens dom af 22.6.2004, sag T-185/02, Ruiz-Picasso m.fl. mod KHIM — DaimlerChrysler (PICARO), Sml. II, s. 1739, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis). Kriterierne for anvendelsen af en relativ registreringshindring eller af enhver anden bestemmelse, der gøres gældende til støtte for parternes påstande, udgør ifølge deres natur en del af de retlige oplysninger, der er underlagt Harmoniseringskontorets prøvelse. Det præciseres i den forbindelse, at Harmoniseringskontoret muligvis skal behandle et retligt spørgsmål, også selv om det ikke er blevet rejst af parterne, såfremt afgørelsen af dette spørgsmål er nødvendig for at sikre en korrekt anvendelse af forordning nr. 40/94 med hensyn til de anbringender og påstande, der er fremført af parterne. Et retligt spørgsmål, som det er nødvendigt at efterprøve for bedømmelsen af de anbringender, som parterne har gjort gældende for at imødekomme eller afvise påstandene — selv om parterne ikke har udtalt sig herom, og selv om Harmoniseringskontoret har undladt at udtale sig på dette punkt — udgør derfor ligeledes en del af de retlige oplysninger, der er forelagt appelkammeret. Såfremt det gøres gældende, at Harmoniseringskontoret har begået en retlig fejl ved behandlingen af parternes påstande — som for eksempel at have tilsidesat kontradiktionsprincippet — indgår denne påståede retlige fejl ligeledes i sagens retlige ramme.

22 Det følger heraf, at retlige oplysninger, der gøres gældende for Retten uden tidligere at være blevet fremført for Harmoniseringskontorets instanser, i det omfang de

angår et retligt spørgsmål, der ikke er nødvendigt for at sikre en korrekt anvendelse af forordning nr. 40/94, med hensyn til de anbringender og påstande, der er fremført af parterne, ikke kan få betydning for lovligheden af en afgørelse, truffet af appelkammeret vedrørende anvendelsen af en relativ registreringshindring, da de ikke indgår i den retlige ramme for den sag, der var indbragt for appelkammeret. De kan derfor ikke antages til realitetsbehandling. Såfremt en retsregel derimod skal overholdes eller et retligt spørgsmål skal behandles for at sikre en korrekt anvendelse af forordning nr. 40/94 med hensyn til de anbringender og påstande, der er fremført af parterne, kan en retlig omstændighed, der står i forbindelse med dette spørgsmål, gøres gældende for første gang for Retten.

23 Endelig skal det præciseres, at Harmoniseringskontoret eller de intervenienter, der i medfør af procesreglementets artikel 134 deltager i sagen for Retten, ligeledes er underlagt sådanne formalitetsbestemmelser med hensyn til de faktiske oplysninger (jf. for så vidt angår beviser, der er fremlagt af en intervenient, Rettens dom af 18.2.2004, sag T-10/03, Koubi mod KHIM — Flabesa (CONFORFLEX), Sml. II, s. 719, præmis 52). For så vidt angår retlige oplysninger er intervenienterne underlagt de samme formalitetsbestemmelser som sagsøgerne. Princippet om parternes ligestilling kræver nemlig, at sagsøgerne og intervenienterne for Retten råder over lige midler.

24 I det foreliggende tilfælde bemærkes, at sagsøgeren ikke fremkom med bemærkninger for appelkammeret. Harmoniseringskontoret har anført, at Retten ikke længere kan efterprøve de spørgsmål, der ikke forelå for appelkammeret, vedrørende det forhold, at de omhandlede varer er af samme art, de områder, hvor en reel brug af de ældre varemærker er blevet godtgjort, den rigtige fastlæggelse af de områder, der blev lagt til grund for undersøgelsen, og det forhold, at der ikke er visuel lighed mellem de omhandlede tegn. Af de grunde, der er nævnt i præmis 18 ovenfor, må dette argument forkastes.

25 Det må således konstateres, at disse spørgsmål udgør en del af den faktiske og retlige ramme, der forelå for appelkammeret. Alle disse spørgsmål blev behandlet af Indsigelsesafdelingen i dennes afgørelse som svar på parternes argumenter eller af egen drift, eftersom disse spørgsmål nødvendigvis skulle være løst, for at der kunne

træffes en afgørelse om indsigelsen. Appelkammeret har følgelig nødvendigvis støttet — eller skulle have støttet — sin afgørelse på alle de faktiske og retlige oplysninger, der førte til den afgørelse, der blev anfægtet for appelkammeret. Disse spørgsmål kan derfor realitetsbehandles ved Retten.

26 Hvad derimod angår de ældre varemærkers stærke særpræg — såvel deres egentlige særpræg som deres særpræg som følge af, at de er velkendte — der er gjort gældende af sagsøgeren, må det henset til akterne i sagen for Harmoniseringskontoret konstateres, at sagsøgeren aldrig har gjort dette stærke særpræg gældende over for Harmoniseringskontoret, hverken over for Indsigelsesafdelingen, eller så meget desto mindre over for appelkammeret, eftersom sagsøgeren ikke gav møde under sagen for sidstnævnte.

27 Domstolen har i den forbindelse fastslået, at det særpræg, der er forbundet med det ældre varemærke, og navnlig dets renommé, skal tages i betragtning ved bedømmelsen af, om der er risiko for forveksling (Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 24 og domskonklusionen). I denne dom gav Domstolen den præcise fortolkning af artikel 4, stk. 1, litra b), 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), hvis ordlyd i vidt omfang svarer til ordlyden af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Desuden fremgår det af syvende betragtning til forordning nr. 40/94, at bedømmelsen af, om der er risiko for forveksling, navnlig afhænger af, »hvor kendt varemærket er på markedet«.

28 Til forskel fra dette direktiv har lovgiver imidlertid i forordning nr. 40/94 fastlagt regler, der regulerer varemærkemyndighedens virksomhed samt rettigheder og forpligtelser for de personer, der deltager i sager for denne myndighed. I henhold til denne forordnings artikel 74, stk. 1, in fine, er prøvelsen i sager vedrørende relative registreringshindringer således begrænset til parternes anbringender og påstande. I overensstemmelse med samme forordnings artikel 74, stk. 2, kan Harmoniseringskontoret se bort fra kendsgerninger og beviser, som ikke er påberåbt eller fremført rettidigt af de pågældende parter. Da det forhold, at en part påberåber sig, at et varemærke har et stærkt særpræg, udgør et blandet anbringende, idet det vedrører såvel faktiske som retlige forhold, skal der foretages en sondring alt efter, om Harmoniseringskontoret er i stand til at træffe afgørelse om parternes påstande ud fra de dokumenter, de har fremlagt, eller ikke.

29 Hvad for det første angår særpræget, der følger af, at de ældre varemærker er velkendte, bemærkes, at dette særpræg udelukkende er gjort gældende af sagsøgeren i forbindelse med bedømmelsen af, hvorvidt der er risiko for forveksling i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

30 I henhold til artikel 74 i forordning nr. 40/94 påhviler det Harmoniseringskontoret at efterprøve ethvert anbringende om et varemærkes fornødne særpræg på grundlag af dets renommé. Såfremt en part hverken har gjort det ældre varemærkes renommé gældende eller har fremlagt beviser til støtte for dette renommé, kan Harmoniseringskontoret derimod ikke kritiseres for, at det ikke ex officio har udtalt sig vedrørende dette punkt. Idet et varemærkes renommé a priori er af rent hypotetisk karakter, påhviler det på den ene side parterne på tilstrækkelig måde at præcisere deres påstande for at gøre det muligt for Harmoniseringskontoret at tage udtømmende stilling til deres påstande. På den anden side er bedømmelsen af renommèet i princippet baseret på de faktiske oplysninger, som det påhviler parterne at fremkomme med. Når den part, som har rejst indsigelse, påberåber sig den omstændighed, at dens varemærke er velkendt, er denne part forpligtet til at fremføre kendsgerninger og i givet fald beviser, der gør det muligt for Harmoniseringskontoret at efterprøve rigtigheden af en sådan påstand (Rettens dom af 22.6.2004, sag T-66/03, »Drie Mollen sinds 1818« mod KHIM — Nabeiro Silveira (Galáxia), Sml. II, s. 1765, præmis 32).

31 Det må således fastslås, at Harmoniseringskontoret ikke var forpligtet til at efterprøve de omhandlede ældre varemærkers renommé. Dette renommé udgør nemlig ikke en del af den indsigelse, der var forelagt kontoret. Sagsøgerens anbringende om sine ældre varemærkers renommé og de dokumenter, der vedrører dette, kan derfor ikke antages til realitetsbehandling.

32 Hvad for det andet angår et ældre varemærkes egentlige særpræg skal det omvendt bemærkes, at Harmoniseringskontoret var forpligtet til — eventuelt ex officio — at efterprøve dette synspunkt i forbindelse med en indsigelse. Til forskel fra renommèet forudsætter bedømmelsen af et egentligt fornødent særpræg nemlig ingen faktiske oplysninger, som det påhviler parterne at fremkomme med. Denne

bedømmelse er heller ikke afhængig af, at parterne fremfører anbringender eller argumenter med henblik på at godtgøre dette egentlige fornødne særpræg, eftersom alene Harmoniseringskontoret er i stand til at opdage og bedømme eksistensen heraf i forhold til det ældre varemærke, som indsigelsen er støttet på.

33 Det følger heraf, at sagsøgerens ældre varemærkers egentlige særpræg i det foreliggende tilfælde udgør en del af de retlige oplysninger, der ved vurderingen af, om der foreligger en risiko for forveksling, er nødvendige for at sikre en korrekt anvendelse af forordning nr. 40/94 med hensyn til den påstand og de anbringender, som sagsøgeren har fremsat for Harmoniseringskontoret. Sagsøgerens argument herom skal følgelig behandles i realiteten.

34 Hvad endelig angår de faktiske oplysninger, der er fremlagt for første gang for Retten, forefindes der ifølge Harmoniseringskontoret ikke bilag til stævningen, der vedrører et andet aspekt end de ældre varemærkers renommé, som det allerede ovenfor blev udelukket, at der kunne tages hensyn til. Imidlertid fremgår det af sagen, at bilag A 7 og A 8, der har til formål at påvise, at de ældre varemærker OLLY GAN's hentydning til begrebet hooligan allerede er blevet anført, særligt søger at godtgøre, at appelkammeret har anlagt en fejlagtig bedømmelse ved at finde, at de omhandlede varemærker var begrebsmæssigt forskellige. Selv hvis disse bilag understøtter den kritik af de faktiske og retlige oplysninger, der er indeholdt i den anfægtede afgørelse, er de ikke blevet fremlagt for Harmoniseringskontoret. De udgør følgelig ikke en del af den faktiske ramme, der er indbragt for appelkammeret, og kan derfor ikke antages til realitetsbehandling.

35 Ligeledes skal den nye faktiske oplysning, der er fremlagt af intervenienterne — nemlig resultatet af en søgning på internetsiden Google — afvises, eftersom denne oplysning ikke er blevet fremlagt under sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret. Der må ligeledes ses bort fra intervenienternes påstand om, at det ansøgte varemærke har et stærkt særpræg som følge af intensiv brug heraf, eftersom dette argument ikke er blevet forelagt for Harmoniseringskontoret.

Realiteten

Parternes argumenter

36 Ifølge sagsøgeren er det ubestridt, at de varer, som er omfattet af de omhandlede varemærker, er af samme art.

37 Sagsøgeren er af den opfattelse, at de omhandlede tegn har en vis visuel lighed, eftersom de begge indeholder bogstaverne »ol« og ender med stavelsen »gan«.

38 Sagsøgeren har gjort gældende, at disse tegn er fonetisk identiske eller ligner hinanden meget. Selskabet har bestridt, at den udtale, der fremgår af de franske og spanske ordbøger, som appelkammeret har henvist til, er relevant, for det første fordi det franske ord er »houligan«, og for det andet fordi denne udtales akademiske karakter ikke er passende for et almindeligt — eller endog dagligdags — ord. Den relevante kundekreds, dvs. navnlig franske, spanske og portugisiske gennemsnitsforbrugere, er ikke i tilstrækkeligt stort omfang engelsktalende. Det er derfor ikke åbenbart, at kundekredsen kan udtale og stave ordet »hooligan« korrekt. De af forbrugerne, der taler engelsk, gør endvidere dette med en meget udtalt latinsk accent, som udvisker forskellene mellem udtalen af de omhandlede ordmærker for så vidt angår det aspirerede »h«, det dobbelte »o« eller opholdet mellem ordene »Olly« og »Gan«. De to omhandlede tegn ligner derfor hinanden meget i udtalen.

39 Sagsøgeren har anført, at de omhandlede tegn begrebsmæssigt er identiske eller ligner hinanden meget. Som følge af deres fonetiske lighed bliver de nødvendigvis sat i forbindelse med det samme hooliganbegreb.

40 Sagsøgeren er af den opfattelse, at risikoen for forveksling i henhold til retspraksis og de relevante retsakter er større, jo stærkere det ældre varemærkes egentlige særpræg viser sig at være. De omhandlede ældre varemærkers egentlige særpræg er her stærkt.

41 Da gennemsnitsforbrugeren kun sjældent har lejlighed til at foretage en direkte sammenligning mellem de omhandlede varemærker, er det bevist, at der foreligger en risiko for forveksling (Rettens dom af 15.1.2003, sag T-99/01, Mystery Drinks mod KHIM — Karlsberg Brauerei (MYSTERY), Sml. II, s. 43).

42 Harmoniseringskontoret har for alle tilfældes skyld under hensyn til den formalitetsindsigelse, der er gjort gældende overe for argumentet om de omhandlede tegns visuelle lighed, anført, at disse tegn er forskellige, undtagen hvad angår bestanddelene »ol« og »gan«.

43 Intervenienterne har anført, at der ikke er visuel lighed mellem de omhandlede tegn. Det ansøgte varemærke består af en enkelt ord og har det dobbelte »o« som dominerende bestanddel, mens de ældre varemærker består af to ord og har bestanddelen »oll« som dominerende bestanddel.

44 Harmoniseringskontoret har anført, at de omhandlede tegn er fonetisk forskellige. Det engelske ord »hooligan« bliver forstået i hele Fællesskabet og i særdeleshed i Frankrig, hvor ordet er indgået i sproget, primært fordi det bliver anvendt i fodboldsammenhænge. Dette ord er kendetegnet ved den engelske udtale eller i det mindste ved en lidt anderledes udtale. Der er således klare lydlige forskelle mellem de omhandlede tegn, særligt hvad angår udtalen af den første stavelse og opholdet mellem de to ord, som de ældre varemærker består af.

45 Intervenienterne er af den opfattelse, at der heller ikke er tale om fonetisk lighed. Ordet »hooligan« er i Frankrig — blot med en lidt anden skrivemåde — og i Spanien velkendt og almindeligt og udtales korrekt på engelsk. Udtrykkene »hooligan« og »Olly Gan« består således af forskellige vokalrækkefølger, nemlig henholdsvis [u-i-ä] og [o-i-a], og stavelsestrykket lægges forskellige steder, nemlig på henholdsvis den første stavelse og på det andet ord. Opholdet mellem de to ord, som de ældre varemærker består af, udgør desuden en tilstrækkelig fonetisk forskel.

46 Harmoniseringskontoret har anført, at eftersom de ældre varemærker ikke har en betydning, er enhver begrebsmæssig lighed mellem de omhandlede tegn udelukket. Som følge af kendskabet til ordet »hooligan«, eller »houligan«, og de forskellige fonetiske og visuelle forskelle mellem de omhandlede varemærker vil den relevante kundekreds ikke forveksle ordet »hooligan« med udtrykket »Olly Gan« (Rettens dom af 14.10.2003, sag T-292/01, Phillips-Van Heusen mod KHIM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), Sml. II, s. 4335).

47 Ifølge intervenienterne er der ikke begrebsmæssig lighed mellem de omhandlede varemærker. OLLY GAN vil blive opfattet som et mandligt for- og efternavn og vil blive forstået som navnet på en »designer« — en sædvanlig praksis inden for modeverdenen — hvilket udelukker andre associationer. I modsætning hertil anvendes ordet »hooligan« i vidt omfang i franske, italienske, portugisiske og spanske tekster. Enhver begrebsmæssig forveksling er dermed udelukket.

48 Harmoniseringskontoret har anført, at eftersom der kun skal tages hensyn til de ældre varemærkers normale fornødne særpræg, udelukker forskellene mellem de omhandlede tegn enhver risiko for forveksling (MYSTERY-dommen).

49 Intervenienterne bestrider, at de ældre varemærker er særligt velkendte.

Rettens bemærkninger

50 Det følger af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, at hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er et varemærke udelukket fra registrering, såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre varemærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre varemærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art.

51 Ifølge fast praksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling med hensyn til varers eller tjenesteydelsers handelsmæssige oprindelse i henhold til den opfattelse den relevante kundekreds har af de omhandlede tegn, varer eller tjenesteydelser, og idet der skal tages hensyn til alle de faktorer, der kendetegner det foreliggende tilfælde, navnlig den indbyrdes afhængighed mellem ligheden mellem tegnene og ligheden mellem varerne eller tjenesteydelserne (jf. Rettens dom af 9.7.2003, sag T-162/01, Laboratorios RTB mod KHIM — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), Sml. II, s. 2821, præmis 29-33 og den deri nævnte retspraksis).

52 For så vidt angår definitionen af den relevante kundekreds i det foreliggende tilfælde er alle parterne enige om, at den i det mindste består af de franske og portugisiske gennemsnitsforbrugere.

53 Det skal dernæst konstateres, at det forhold, at de varer, der er omfattet af de omhandlede varemærker, er af samme art, ikke er bestridt for Retten.

54 Hvad angår ligheden mellem de omhandlede tegn fremgår det af retspraksis, at helhedsvurderingen af risikoen for forveksling for så vidt angår de pågældende tegns visuelle, lydlige eller begrebsmæssige lighed skal være baseret på helhedsindtrykket af tegnene, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller

dominans (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). Der skal ligeledes ved afgørelsen af, i hvilken grad der er tale om visuel, lydlig eller begrebsmæssig lighed, i givet fald tages stilling til, hvilken betydning der skal tillægges disse forskellige elementer under hensyntagen til den kategori af varer eller tjenesteydelser, der er tale om, og de omstændigheder, hvorunder de afsættes (Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 27).

55 Hvad for det første angår de omhandlede tegns visuelle lighed har appelkammeret i det foreliggende tilfælde stadfæstet Indsigelsesafdelingens bedømmelse, hvorefter disse tegn var visuelt forskellige (den anfægtede afgørelses punkt 20). Sagsøgeren har blot anført, at de omhandlede tegn har bogstaverne »ol« og den sidste stavelse »gan« til fælles.

56 Hertil bemærkes, at den visuelle lighed er begrænset til de fælles bestanddele, der er anført af sagsøgeren. De omhandlede tegn har derimod væsentlige visuelle forskelle. De ældre varemærker består af to ord, der begynder med et »o« og indeholder et dobbelt »l« og et »y«. Det ansøgte varemærke består af et enkelt ord, der begynder med et »h« og indeholder et dobbelt »o« og et »i«. Det må derfor konkluderes, at appelkammeret med rette fandt, at de omhandlede tegn er visuelt forskellige.

57 Hvad dernæst angår de omhandlede tegns fonetiske lighed har appelkammeret anført, at de bliver udtalt forskelligt i henhold til spanske og franske ordbøger. Under retsmødet har Harmoniseringskontoret anført, at appelkamrene på grund af deres medlemmers forskellige nationalitet har et »internt« kendskab til udtalen på forskellige sprog. Appelkammeret har ligeledes anført, at eftersom de franske og portugisiske gennemsnitsforbrugere kender betydningen af ordet »hooligan« i fodboldsammenhænge, kender de ligeledes ordets udtale. Det ophold mellem ordene, der findes i udtalen af de ældre varemærker og ikke i udtalen af det ansøgte varemærke, udgør ligeledes en fonetisk forskel (den anfægtede afgørelses punkt 21 og 22).

58 Det bemærkes, at gennemsnitsforbrugerens udtale på sit modersmål af et ord på et fremmedsprog vanskeligt kan fastlægges med sikkerhed. For det første er det ikke sikkert, at dette ord bliver genkendt som udenlandsk, frem for alt hvis det — som i det foreliggende tilfælde for så vidt angår den franske forbruger — er blevet omskrevet i henhold til modtagelsessprogets skrivemåde. Det engelske ord »hooligan« findes således på fransk som »houligan«. For det andet er udtalen, selv om det pågældende ords udenlandske oprindelse bliver genkendt, ikke nødvendigvis den samme som på oprindelsessproget. En korrekt udtale i henhold til oprindelsessproget forudsætter nemlig ikke alene et kendskab til denne udtale, men ligeledes, at den pågældende er i stand til at udtale det pågældende ord med den korrekte accent. For det tredje skal det i forbindelse med bedømmelsen af, om der er risiko for forveksling, desuden godtgøres, at størstedelen af den relevante kundekreds er i stand til dette.

59 I denne henseende kan ordbøger på den relevante kundekreds' sprog i princippet tages i betragtning såvel af Harmoniseringskontorets første instans som af appelkamrene, også uden at være forelagt for parterne, da de a priori indeholder velkendte oplysninger. Disse ordbøger giver en relevant angivelse af den korrekte udtale af det omhandlede ord på modtagelsessproget, selv om der ikke er nogen garanti for, at denne korrekte udtale er den, der reelt anvendes i daglig tale. I øvrigt kunne det kendskab, som Harmoniseringskontorets forskellige instanser er i besiddelse af som følge af dets ansattes og dets medlemmers forskellige nationaliteter eventuelt bekræfte de oplysninger, der skal fastlægge gennemsnitsforbrugerens udtale.

60 Hvad angår den relevante kundekreds' fonetiske kendskab til ordet »hooligan« kunne appelkammeret med rette fastslå, at denne kundekreds har kendskab til ordet som følge af dets almindelige anvendelse i fodboldsammenhænge. Appelkammeret har ligeledes med rette anført, at dette ords første stavelse på fransk a priori udtales »ou«. Appelkammeret kunne med føje antage, at den franske forbruger havde kendskab til enten det engelske udtryk »hooligan« og dets basale udtale eller til det franske udtryk »houligan« som det fremgår af den franske ordbog, der er henvist til i den anfægtede afgørelse. Den del af den relevante franske kundekreds, der ikke kender det franske ord, og som udtaler det engelske ord på fransk manér på trods af dets åbenbare udenlandske oprindelse, er nemlig omvendt formentlig ubetydelig.

Selv om vokalerne »ou« og »o« ligger tæt op ad hinanden, udgør de altså en fonetisk forskel mellem de omhandlede varemærker. Hvad derimod angår den portugisiske forbruger er appelkammerets bemærkninger svækket af, at det fejlagtigt har støttet sig på en spansk ordbog, der ikke er relevant i forhold til det sprog, der tales af forbrugeren. Desuden har appelkammeret med rette understreget, at den omstændighed, at de ældre varemærker bestod af to ord, mens det ansøgte varemærke kun bestod af ét, ligeledes udgør en relevant fonetisk forskel mellem de omhandlede varemærker.

61 Imidlertid er der intet, der tyder på, at stavelserne »li« i det ansøgte varemærke og »ly« i de ældre varemærker udtales forskelligt af den relevante kundekreds. Ligeledes — uanset på hvilken måde den udtales — bliver stavelsen »gan«, der er fælles for de omhandlede varemærker, opfattet som identisk af den relevante kundekreds. Der er heller intet, der tyder på, at det indledende »h« i det ansøgte varemærke og den reelle forskel i stavelsestrykket, når de omhandlede varemærker udtales på engelsk, gør det muligt for de relevante franske og portugisiske kundekredse fonetisk at adskille de omhandlede varemærker, således som de udtales af dem selv.

62 Det må således konkluderes, at varemærkerne HOLLIGAN og OLLY GAN — idet de fonetiske ligheder er mere udprægede end forskellene — er fonetisk ens for den relevante kundekreds. Appelkammeret foretog derfor en urigtig bedømmelse, da det fandt, at de omhandlede tegn var fonetisk forskellige for de franske og portugisiske gennemsnitsforbrugere.

63 Hvad endelig angår de omhandlede tegns begrebsmæssige lighed fandt appelkammeret, at en begrebsmæssig lighed, da denne i Indsigelsesafdelingens afgørelse alene var støttet på den fonetiske lighed, og da der ikke var fonetisk lighed, måtte afvises.

64 Da denne vurdering tager udgangspunkt i en forudsætning, der ovenfor blev anset for at være fejlagtig, må det derfor ligeledes konstateres, at den anfægtede afgørelse er fejlagtig på dette punkt.

65 Imidlertid er appelkammerets konklusion om, at de omhandlede varemærker er begrebsmæssigt forskellige, korrekt.

66 Det er for det første åbenbart, at det ansøgte varemærke i sig selv er støttet på hooliganbegrebet. Desuden er det ikke bestridt, at dette begreb er velkendt for de franske og portugisiske gennemsnitsforbrugere — navnlig som følge af begrebets anvendelse i fodboldsammenhænge. Det ansøgte varemærke bliver følgelig forstået som og ligestillet med denne betydning af den relevante kundekreds. For det andet har ordene i de ældre varemærker ikke nogen betydning a priori og vækker i første omgang en forestilling om et for- og efternavn. Sidstnævnte koncept er vidt udbredt i beklædningssektoren og vil derfor fuldt ud blive accepteret af den relevante kundekreds, således at de ældre varemærker vil blive husket i denne betydning. Det er kun indirekte og alene ud fra et fonetisk synspunkt, at de ældre varemærker og hooliganbegrebet i den relevante kundekreds' bevidsthed eventuelt kan sættes i forbindelse med hinanden. Denne forbindelse hviler imidlertid på en forhåndsforveksling af de omhandlede varemærker som følge af deres fonetiske lighed. Den visuelle opfattelse af de ældre varemærker vil imidlertid omgående lægge afstand mellem hooliganbegrebet og disse varemærker. I denne henseende har appelkammeret korrekt anført, at købet af en beklædningsgenstand normalt indbefatter en visuel undersøgelse af varemærkerne (den anfægtede afgørelses punkt 23). Gennemsnitsforbrugeren vil derfor huske de ældre varemærker i henhold til konceptet om efternavn og fornavn.

67 På dette sted i vurderingen skal der tages stilling til sagsøgerens argument om, at de ældre varemærker har et stærkt egentligt særpræg. Som ovenfor anført er de ældre varemærker opbygget på en måde, der bliver opfattet af den relevante kundekreds som en forbindelse mellem et fornavn og et efternavn. Dette koncept er almindeligt i beklædningssektoren. I øvrigt er der intet, der tyder på, at det valgte for- og

efternavn kan anses for at have en særlig betydning i den relevante kundekreds' øjne. Det kan derfor ikke fastslås, at de ældre varemærker har et stærkt egentligt særpræg.

68 Inden for rammerne af helhedsvurderingen af de omhandlede tegns lighed må det følgelig fastslås, at appelkammeret — på trods af den fejlagtige bedømmelse, hvorefter disse ikke er fonetisk ens — med rette har konkluderet, at den visuelle forskel mellem tegnene og den omstændighed, at de begrebsmæssigt ikke ligner hinanden, betyder, at disse tegn ikke er ens.

69 Inden for rammerne af helhedsvurderingen af de omhandlede varemærker har appelkammeret derfor korrekt i den anfægtede afgørelses punkt 23 konkluderet, at den relevante kundekreds ikke vil forveksle det ansøgte varemærke med de ældre varemærker, særligt på beklædningsområdet.

70 På baggrund af ovenstående må Harmoniseringskontoret frifindes.

Sagens omkostninger

71 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 intervenienternes påstande herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling)

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

2) **Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.**

Pirrung Forwood Papasavvas

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 1. februar 2005.

H. Jung

Justitssekretær

J. Pirrung

Afdelingsformand