RETTENS DOM (Femte Afdeling)

10. oktober 2006 *

I sag T-172/05,

Armacell Enterprise GmbH, Münster (Tyskland), ved advokat O. Spuhler,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

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

* Processprog: engelsk.

nmc SA, Raeren-Eynatten (Belgien), ved advokaterne P. Péters og T. de Haan,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 23. februar 2005 af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 552/2004-1) vedrørende en indsigelsessag mellem nmc SA og Armacell Enterprise GmbH,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, og dommerne F. Dehousse og D. Šváby,

justitssekretær: fuldmægtig K. Andová,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 4. maj 2006,

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder

1 Den 3. december 2001 indgav Armacell Enterprise GmbH (herefter »sagsøgeren« eller »det sagsøgende selskab«) en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (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 ARMAFOAM.

3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 20 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: »Varer i form af systemkomponenter eller slutprodukter fremstillet af elastomerer, termoplastisk eller duroplastisk skumstof«.

4 Varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* den 24. juni 2002.

5 Den 9. juli 2002 rejste nmc SA (herefter »intervenienten«) indsigelse mod registrering af det ansøgte varemærke i medfør af artikel 42, stk. 1, i forordning nr. 40/94.

6 Den begrundelse, der var anført til støtte for indsigelsen, var en risiko for forveksling i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 mellem det ansøgte varemærke og intervenientens ældre EF-ordmærke NOMAFOAM, der var registreret den 31. oktober 1997 for følgende varer:

— klasse 17: »Plastic i halvforarbejdet tilstand, tætnings-, paknings- og isoleringsmateriale, polystyrenskum (halvforarbejdet materiale), isoleringsmateriale til termisk og akustisk isolation, stopningsmateriale af plastic, emballagematerialer

(stopning) af plastic, præparater til isolering af bygninger mod fugt og kulde, indeholdt i denne klasse, lydisolerende materialer, bøjelige slanger, ikke af metal«

— klasse 19: »Byggematerialer (ikke af metal); stive rør til bygningsbrug (ikke af metal); mur- og vægbeklædning, indeholdt i denne klasse«

— klasse 20: »Plasticprodukter, ikke indeholdt i andre klasser, emballagebeholdere i plastic, madrasser, puder, små puder i plastic til støtte særlig til at sidde eller ligge på knæ under have- og/eller hobbyarbejde, til sportsaktiviteter, gymnastik, ferie og fritid«

— klasse 27: »Gulvbeklædning, tæpper, skridsikre måtter, måtter til biler, måtter; tæpper og måtter af plastic til støtte, særlig til at sidde eller ligge på knæ under have- og/eller hobbyarbejde, til sportsaktiviteter, gymnastik, ferie og fritid; gulvbeklædning, mur-og vægbeklædning, isolerende beklædning, ikke indeholdt i andre klasser, vægdraperier, ikke af tekstil«

— klasse 28: »[G]ymnastik- og sportsartikler (ikke indeholdt i andre klasser)«.

7 Ved afgørelse af 24. maj 2004 forkastede Indsigelsesafdelingen indsigelsen med den begrundelse, at det ansøgte varemærke og det ældre varemærke var tilstrækkeligt forskellige til, at enhver risiko for forveksling hos gennemsnitsforbrugeren i Fællesskabet kunne udelukkes på Fællesskabets område.

8 Den 5. juli 2004 indgav intervenienten i medfør af artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 en klage over Indsigelsesafdelingens afgørelse til Harmoniseringskontoret. Den 23. september 2004 indleverede intervenienten en skriftlig begrundelse for klagen. Den 17. december 2004 indleverede sagsøgeren sine bemærkninger til intervenientens klage.

9 Ved afgørelse af 23. februar 2005, der blev meddelt sagsøgeren ved skrivelse af 25. februar 2005 (herefter »den anfægtede afgørelse«), tog Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen til følge med den begrundelse, at der var risiko for forveksling.

Retsforhandlingerne og parternes påstande

10 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 29. april 2005 har det sagsøgende selskab anlagt den foreliggende sag. Selskabet har anført, at dets patentagent, C. Hano, vil repræsentere selskabet sammen med selskabets advokat.

11 Harmoniseringskontoret og intervenienten har indleveret deres svarskrifter henholdsvis den 10. og den 29. august 2005.

12 Ved skrivelse af 15. september 2005, modtaget på Rettens Justitskontor den 19. september 2005, har sagsøgeren i medfør af artikel 135, stk. 2, i Rettens procesreglement, fremsat begæring om at måtte indgive replik. Det sagsøgende selskab har ligeledes bekræftet, at selskabets patentagent vil deltage i retsmødet.

13 Ved beslutning truffet den 27. september 2005 af formanden for Rettens Fjerde Afdeling blev begæringen om at måtte indgive replik afslået. Ved skrivelse af samme dag informerede Rettens justitssekretær det sagsøgende selskab om dette afslag, som blev begrundet med, at selskabet kunne fremsætte sine bemærkninger under retsmødet, og endelig om, at C. Hano kun måtte tage ordet under retsmødet under selskabets advokats tilstedeværelse og kontrol.

14 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

15 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

16 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Harmoniseringskontoret frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

17 Sagsøgeren har fremført et enkelt annullationsanbringende, der — til trods for en formel henvisning til en tilsidesættelse af artikel 43, stk. 5, andet punktum, i forordning nr. 40/94 — alene vedrører en tilsidesættelse af samme forordnings artikel 8, stk. 1, litra b), med den begrundelse, at appelkammeret fejlagtigt har fastslået, at der er risiko for forveksling.

Parternes argumenter

18 Sagsøgeren har indledningsvis gjort gældende, at de omtvistede varemærker ikke ligner hinanden.

19 De første stavelser i varemærkerne, henholdsvis »no« i NOMAFOAM og »ar« i ARMAFOAM, er meget forskellige. Da disse stavelser er placeret først i tegnene, vil de lettere tiltrække forbrugerens opmærksomhed. Graden af lydlig og visuel lighed er således svag.

20 Hvad angår den begrebsmæssige lighed har sagsøgeren gjort gældende, at da ordene »armafoam« og »nomafoam« ikke som sådan eksisterer på de omhandlede sprog, vil den relevante kundekreds være tilbøjelig til at opfatte dem som opdigtede ord. Sagsøgeren er imidlertid af den opfattelse, at den anden del af de omtvistede varemærker — det engelske ord »foam« — af den relevante kundekreds vil blive opfattet som rent beskrivende for de varer, der er omfattet af varemærkerne. I den forbindelse har sagsøgeren gjort gældende, at engelsk er det afgørende sprog ud fra den relevante kundekreds' synsvinkel ved vurderingen af den begrebsmæssige lighed. Delen »foam« i de omtvistede varemærker har således et meget svagt særpræg. Denne omstændighed gør de første dele i de nævnte varemærker, »arma« og

»noma«, så meget vigtigere, idet disse for den relevante kundekreds udgør klart forskellige ord, der ikke henviser til noget fælles begreb. Disse første dele, der har et særligt særpræg, udgør de omtvistede varemærkers dominerende bestanddele inden for rammen af det helhedsindtryk, disse varemærker giver.

21 Sagsøgeren har således anført, at den relevante kundekreds ikke vil tillægge den — helt igennem beskrivende — sidste del af de omtvistede varemærker opmærksomhed, men derimod den første del af disse varemærker, der på ingen måde er beskrivende, og som klart har et særpræg. Der er følgelig ingen begrebsmæssig lighed mellem de omtvistede varemærker. Appelkammeret har i øvrigt ikke i den anfægtede afgørelse anført noget, der kan føre til, at det kan fastslås, at der er begrebsmæssig lighed.

22 Appelkammeret har ulovligt fundet, at det helhedsindtryk, som de omtvistede varemærker giver, karakteriseres ved den sidste del i varemærkerne, »foam«, mens det princip, der er udviklet i retspraksis er, at det normalt er ordenes begyndelse, der har særpræg — det er begyndelsen, der huskes. Appelkammeret har ligeledes anført, at den identiske del »foam« er beskrivende for de omfattede varer. I henhold til Domstolens praksis kan en beskrivende del af et varemærke imidlertid ikke have et særpræg. Appelkammerets bedømmelse er i strid med denne praksis, hvilket bør medføre, at den anfægtede afgørelse annulleres.

23 For det andet og subsidiært har sagsøgeren anført, at de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, ikke ligner hinanden. Varerne i skumstof, der er nævnt i varemærkesansøgningen, og plasticvarerne, der henhører under klasse 20, og som er omfattet af det ældre varemærke, ligner ikke hinanden. Dette gælder også for de andre varer, der er omfattet af det ældre varemærke.

24 Appelkammeret har alene — i punkt 21 i den anfægtede afgørelse — anført, at varemærkeansøgningen bl.a. omfatter varer fremstillet af elastomerer og termo-

plastisk skumstof, at varerne i klasse 20, der er omfattet af det ældre varemærke, er fremstillet af plastic, og at plastic, kautsjuk og polymerer i gummi er lignende materialer, der kan anvendes til at fremstille et stort antal af varerne i klasse 20, såsom måtter, madrasser og små puder.

25 Muligheden for, at de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, fremstilles af det samme materiale, er dog ikke tilstrækkelig til, at disse varer bliver varer af lignende art i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Appelkammeret har således fortolket betingelsen om varernes lighed fejlagtigt.

26 Harmoniseringskontoret og intervenienten har anfægtet sagsøgerens argumenter. Appelkammeret har korrekt fastslået, at der er risiko for forveksling. Under alle omstændigheder har intervenienten bestridt, at den af sagsøgeren fremførte kritik med hensyn til sammenligningen af varerne kan antages til realitetsbehandling.

Rettens bemærkninger

27 Det følger af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, at hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, udelukket fra registrering, »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; risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke«.

28 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 i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder (Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 29, og af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 17, samt Rettens dom af 23.10.2002, sag T-104/01, Oberhauser mod KHIM — Petit Liberto (Fifties), Sml. II, s. 4359, præmis 25).

29 Ifølge samme retspraksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling i offentlighedens bevidsthed under hensyntagen til alle relevante faktorer i det foreliggende tilfælde (Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 22, Canon-dommen, nævnt i præmis 28 ovenfor, præmis 16, Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, nævnt i præmis 28 ovenfor, præmis 18, og Fifties-dommen, nævnt i præmis 28 ovenfor, præmis 26).

30 Denne helhedsvurdering skal for så vidt angår de omhandlede varemærkers visuelle, lydlige eller begrebsmæssige lighed være baseret på helhedsindtrykket af varemærkerne, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller er dominerende (SABEL-dommen, nævnt i præmis 29 ovenfor, præmis 23).

31 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 (Canon-dommen, nævnt i præmis 28 ovenfor, præmis 17, Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, nævnt i præmis 28 ovenfor, præmis 19, og Fifties-dommen, nævnt i præmis 28 ovenfor, præmis 27).

32 Desuden spiller det en afgørende rolle i helhedsvurderingen af risikoen for forveksling, hvordan gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer eller tjenesteydelser opfatter varemærkerne. Gennemsnitsforbrugeren opfatter imidlertid normalt et varemærke som en helhed og undersøger ikke de forskellige detaljer

(SABEL-dommen, nævnt i præmis 29 ovenfor, præmis 23, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, nævnt i præmis 28 ovenfor, præmis 25, Rettens Fifties-dom, nævnt i præmis 28 ovenfor, præmis 28, og dom af 3.3.2004, sag T-355/02, Mühlens mod KHIM, Zirh International (ZIRH), Sml. II, s. 791, præmis 41). For så vidt angår denne helhedsvurdering anses gennemsnitsforbrugeren af den pågældende kategori af varer for at være almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Der må i øvrigt tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugeren kun sjældent har mulighed for at foretage en direkte sammenligning mellem de forskellige mærker, men må stole på det ufuldstændige billede, han har i erindringen af dem. Der må også tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau kan variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser, der er tale om (Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, nævnt i præmis 28 ovenfor, præmis 26, og Fifties-dommen, nævnt i præmis 28 ovenfor, præmis 28).

33 Endelig er en konsekvens af EF-varemærkets enhedskarakter i henhold til artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 40/94, at et ældre EF-varemærke er beskyttet på samme måde i alle medlemsstaterne. De ældre EF-varemærker kan derfor påberåbes til støtte for en indsigelse mod alle senere varemærkeansøgninger, som krænker deres beskyttelse, også selv om beskyttelsen kun krænkes i forhold til forbrugernes opfattelse på en del af fællesskabsområdet. Heraf følger det, at princippet i artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 40/94 — hvorefter det for at udelukke et varemærke fra registrering er tilstrækkeligt, at en absolut registreringshindring kun er til stede i en del af Fællesskabet — også finder anvendelse analogt i tilfælde af en relativ registreringshindring som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 (Rettens dom af 23.10.2002, sag T-6/01, Matratzen Concord mod KHIM — Hukla Germany (MATRATZEN), Sml. II, s. 4335, præmis 59, ZIRH-dommen, nævnt i præmis 32 ovenfor, præmis 36, dom af 6.10.2004, forenede sager T-117/03 — T-119/03 og T-171/03, New Look mod KHIM — Naulover (NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE og NLCollection), Sml. II, s. 3471, præmis 34, og af 1.3.2005, sag T-185/03, Fusco mod KHIM — Fusco International (ENZO FUSCO), Sml. II, s. 715, præmis 33).

34 Hvad for det første angår definitionen af den relevante kundekreds skal det i lighed med det af appelkammeret (den anfægtede afgørelses punkt 8 og 9) og af parterne anførte fastslås, at de varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen, og de varer,

der er omfattet af det ældre varemærke, er egnede til at blive markedsført til en meget bred kundekreds, der både er professionel og ikke-professionel. Den relevante kundekreds er således sammensat af alle forbrugerne i Fællesskabet.

35 Hvad for det andet angår sammenligningen af varerne, har appelkammeret i punkt 21 i den anfægtede afgørelse nærmere bestemt anført, at den meget vide definition af varerne i varemærkeansøgningen indbefatter varer, der er omfattet af det ældre varemærke. Blandt disse varer har appelkammeret særligt nævnt bestemte varer i klasse 20, nemlig plasticprodukter, ikke indeholdt i andre klasser, måtter, madrasser og små puder, der er varer, som ifølge appelkammeret nærmere bestemt kan fremstilles af det samme grundmateriale som det, der er omfattet af det ansøgte varemærke. Appelkammeret har således fastslået, at der er stor lighed eller endog identitet mellem de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker (den anfægtede afgørelses punkt 21).

36 Det sagsøgende selskab har uden at give nogen særlig forklaring anført, at de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, ikke er af samme art. Det har i øvrigt nærmere bestemt gjort gældende, at muligheden for, at de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, fremstilles af det samme grundmateriale, ikke er tilstrækkelig til, at de derved bliver af lignende art i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Appelkammeret har således fortolket betingelsen vedrørende varernes lighed fejlagtigt.

37 Harmoniseringskontoret, der er enigt med appelkammeret i, at varerne er af lignende art, er kommet frem til denne konklusion på en anden måde. Kontoret er i modsætning til appelkammeret af den opfattelse, at det ikke er de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke, der indbefatter bestemte af det ældre varemærkes varer, men at det er varerne, der er omfattet af det ældre varemærke — navnlig »plasticprodukter[ne] [i klasse 20], ikke indeholdt i andre klasser«, som er en kategori, der ifølge Harmoniseringskontoret ikke har nogen begrænsning hverken med hensyn til den anvendte plastictype eller med hensyn til anvendelsen af plasticproduktet — der indbefatter det ansøgte varemærkes varer.

38 Intervenienten har gjort gældende, at det af sagsøgeren anfægtede med hensyn til varerne i medfør af procesreglementets artikel 135, stk. 4, ikke kan antages til realitetsbehandling ved Retten, da det ikke er blevet fremført under sagen for Harmoniseringskontoret. Subsidiært deler intervenienten appelkammerets opfattelse, hvorefter ordlyden i varemærkeansøgningen med hensyn til de omfattede varer er så bred, at den indbefatter varer, der er omfattet af det ældre varemærke og som henhører under klasse 20. Det intervenerende selskab har fremlagt visse forretningsdokumenter, som det allerede havde fremlagt for Harmoniseringskontoret.

39 Hvad indledningsvis angår spørgsmålet, om det af sagsøgeren anfægtede med hensyn til varerne skal afvises, bemærkes, at en sag for Retten har til formål at efterprøve lovligheden af afgørelser fra appelkamrene i henhold til artikel 63, stk. 2, i forordning nr. 40/94 (jf. 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). I henhold til artikel 74 skal denne kontrol inden for rammerne af forordning nr. 40/94 foretages under hensyntagen til sagens faktiske og retlige rammer, således som den er blevet indbragt for appelkammeret (Rettens dom af 5.3.2003, sag T-194/01, Unilever mod KHIM (ægformet tablet), Sml. II, s. 383, præmis 16, og af 1.2.2005, sag T-57/03, SPAG mod KHIM — Dann og Backer (HOOLIGAN), Sml. II, s. 287, præmis 17). Ifølge procesreglementets artikel 135, stk. 4, må der i øvrigt ikke i parternes processkrifter foretages noget ændring af sagsgenstanden, som den har foreligget for appelkammeret.

40 Det skal således undersøges, om sagsøgeren har ændret sagsgenstanden ved for første gang for Retten at påstå, at varerne, der er omfattet af de omtvistede varemærker, er forskellige.

41 I den forbindelse bemærkes, at Harmoniseringskontoret, når der rejses en indsigelse over for registreringen af et EF-varemærke, der er støttet på artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, skal efterprøve, om de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af de omtvistede varemærker, er af samme eller lignende art.

42 Det samme gælder, selv når Harmoniseringskontoret eller en af sagens parter finder det unødvendigt at undersøge spørgsmålet, om varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art, fordi de store forskelle, der er konstateret mellem varemærkerne, under alle omstændigheder udelukker en risiko for forveksling. Det følger heraf, at den omstændighed, at sagsøgeren i den foreliggende sag for Indsigelsesafdelingen har medgivet, at de varer, der er omfattet af varemærkerne, eventuelt kan være identiske, og derefter for appelkammeret har anført, at spørgsmålet, om varerne er af samme art, ikke kan efterprøves i betragtning af den påståede forskel mellem de omtvistede varemærker, på ingen måde har til virkning, at Harmoniseringskontoret ikke skulle behandle spørgsmålet om, hvorvidt de varer, der er omfattet af de nævnte varemærker, var af samme eller lignende art. Denne omstændighed har således heller ikke haft til virkning, at sagsøgeren har mistet retten til — inden for grænserne for den retlige og faktiske ramme for sagen for appelkammeret — at anfægte de vurderinger, som appelkammeret har foretaget med hensyn hertil (jf. analogt Rettens dom af 23.11.2004, sag T-360/03, Frischpack mod KHIM (formen på en beholder til ost), Sml. II, s. 4097, præmis 32-35).

43 Det skal fastslås, at den af sagsøgeren for Retten fremsatte kritik vedrørende sammenligningen af varerne ikke falder uden for rammerne af sagen, som den forelå ved appelkammeret. Sagsøgeren har nemlig alene stillet spørgsmålstegn ved appelkammerets vurderinger og den slutning, som appelkammeret har draget i den forbindelse. Det følger heraf, at sagsøgeren ikke har ændret sagsgenstanden med disse kritikpunkter, og at disse således kan antages til realitetsbehandling ved Retten.

44 Som det fremgår af retspraksis skal der ved vurderingen af de omhandlede varers eller tjenesteydelsers lighed tages hensyn til alle relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem disse varer eller tjenesteydelser, herunder navnlig deres art, anvendelsesformål og benyttelse, samt om de konkurrerer med eller supplerer hinanden (Canon-dommen, nævnt i præmis 28 ovenfor, præmis 23, Rettens dom af 8.7.2004, sag T-203/02, Sunrider mod KHIM — Espadafor Caba (VITAFRUIT), Sml. II, s. 2811, præmis 65, og af 4.5.2005, sag T-359/02, Chum mod KHIM — Star TV (STAR TV), Sml. II, s. 1515, præmis 31).

45 I den foreliggende sag er definitionen af de varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen, ekstremt vid med hensyn til varernes art, da den betegner varer i form af »systemkomponenter eller slutprodukter«, dvs. at det potentielt ikke har nogen betydning, hvilke varer der er tale om. Den eneste begrænsning, der ligger i denne definition, vedrører det materiale, som varerne er fremstillet af: Der er tale om varer, der er fremstillet af elastomerer, termoplastisk eller duroplastisk skumstof.

46 Det ældre varemærke omfatter ud over visse varer, som appelkammeret har nævnt i den anfægtede afgørelses punkt 21, og som henhører under klasse 20, en stor mængde varer, der for størstedelens vedkommende kan svare til beskrivelsen »systemkomponenter« eller »slutprodukter«, og som kan være fremstillet af skumstof.

47 Det sagsøgende selskab har ikke på noget tidspunkt hævdet, at det skumstof, der er nævnt i selskabets varemærkeansøgning, har sådanne kemiske eller fysiske særegenheder, at det er forbeholdt fremstillingen af meget særlige varer, som ikke befinder sig på listen over de varer, der er omfattet af det ældre varemærke.

48 Sagsøgeren har alene — i stævningens punkt 65 — anført, at skumstofvarerne på den ene side og plasticvarerne i klasse 20 på den anden side ikke ligner hinanden, og har tilføjet, at det samme gør sig gældende for de andre varer, der er omfattet af det ældre varemærke.

49 Denne påstand fra sagsøgerens side, der i øvrigt på ingen måde er underbygget, kan ikke stille spørgsmålstegn ved den vurdering, som appelkammeret har foretaget i den anfægtede afgørelses punkt 21, hvorefter »plastic, kautsjuk og plastiske polymer« er lavet af samme materiale, og den modsiges under alle omstændigheder af følgende betragtninger.

50 For det første, og som Harmoniseringskontoret har anført i sit svarskrift, er elastomerer, termoplastisk eller duroplastisk skumstof ikke andet end plasticmateriale. Det sagsøgende selskab synes i øvrigt også at medgive dette, idet det i stævningens punkt 63 henviser til, at varerne, der er omfattet af de omtvistede varemærker, muligvis fremstilles af det samme grundmateriale.

51 For det andet er det af det sagsøgende selskab anførte i strid med den holdning, som selskabet forsvarer inden for rammerne af undersøgelsen af tegnenes lighed, og hvorefter suffikset »foam« er »rent beskrivende« for de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker (stævningens punkt 43). Dermed har sagsøgeren nemlig implicit medgivet, at de varer, der er omfattet af intervenientens varemærke, også er skumstofvarer.

52 For det tredje fremgår det af de dokumenter, som intervenienten har fremlagt i sagen for Harmoniseringskontoret og vedlagt som bilag til sit svarskrift, at sagsøgeren under varemærket ARMAFOAM fremstiller varer, der svarer til definitionen i varemærkeansøgningen, og som er identiske med eller ligner bestemte varer, som intervenienten markedsfører under varemærket NOMAFOAM, nemlig beskyttelsesprofiler i skumstof til emballering af skrøbelige varer. Disse dokumenter illustrerer således — om end begrænset til bestemte varer, men konkret — ligheden mellem eller identiteten af de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker. Under retsmødet var sagsøgeren i øvrigt ikke som svar på et spørgsmål fra Retten i stand til seriøst at dementere, at visse af de varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen, er direkte konkurrerende med de varer, som intervenienten markedsfører under det ældre varemærke.

53 Det fremgår heraf, at sagsøgeren ikke har haft held til at anfægte rigtigheden af appelkammerets vurdering, hvorefter »varemærkeansøgningens ordlyd (varer fremstillet af elastomerer, termoplastisk skumstof) er tilstrækkeligt bred til at omfatte de enkelte varer i den ældre registrering (plasticprodukter, ikke indeholdt i andre klasser)« (den anfægtede afgørelses punkt 21).

54 I modsætning til, hvad sagsøgeren har anført, indebærer appelkammerets vurdering desuden på ingen måde, at appelkammeret lader det forhold, at det er fastslået, at varerne ligner hinanden, udelukkende bero på, at det er det samme grundmateriale, der bruges til at fremstille disse varer. Hvis appelkammeret har fundet anledning til i den anfægtede afgørelses punkt 21 at nævne det materiale, der anvendes til at fremstille varerne, er det alene, fordi varemærkeansøgningen definerer de varer, som den omfatter, ikke blot efter deres natur, der potentielt er meget bred (»systemkomponenter eller slutprodukter«), men også efter det materiale, de består af (»skumstof«).

55 Det var følgelig med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 21 fastslog, at der var delvist sammenfald mellem beskrivelsen af de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke, og beskrivelsen af de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, og således fastholdt, at de varer, der var omfattet af de omtvistede varemærker, var af lignende art eller endog samme art, jf. artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

56 Hvad for det tredje angår sammenligningen af de omtvistede varemærker fastslog appelkammeret, at der var lighed mellem disse varemærker, navnlig ud fra en ikke-engelsktalende relevant kundekreds' synsvinkel (den anfægtede afgørelses punkt 23).

57 Hvad indledningsvis angår den begrebsmæssige sammenligning af de omtvistede varemærker har appelkammeret anført, at disse varemærker, samlet set, er opdigtede konstruktioner, der ikke har nogen sammenhængende mening og derfor ikke egner sig til en begrebsmæssig sammenligning (den anfægtede afgørelses punkt 18). Appelkammeret fandt dog, at det blandt forbrugerne af de omhandlede varer alene var de engelsktalende forbrugere, der spontant i de omtvistede mærker kunne isolere suffikset »foam«, der er det ord på engelsk, der betyder »skum« (den anfægtede afgørelses punkt 13).

58 Det sagsøgende selskab har nærmere bestemt anført, at der ikke er nogen begrebsmæssig lighed mellem de omtvistede varemærker. I den forbindelse har selskabet anført, at da suffikset »foam« spontant kan opfattes af hele den relevante kundekreds som rent beskrivende for varerne, vil denne kundekreds ikke være opmærksom på dette suffiks, men vil i stedet koncentrere sin opmærksomhed om de omtvistede indledende dele »arma« og »noma«, der ikke har nogen mening eller i hvert fald ikke nogen som helst begrebsmæssig lighed på alle fællesskabssprogene.

59 Harmoniseringskontoret og intervenienten er enige i appelkammerets holdning for så vidt angår de ikke-engelsktalende forbrugere, hvorefter der ikke er anledning til at foretage nogen begrebsmæssig sammenligning. Hvad angår de engelsktalende forbrugere er Harmoniseringskontoret af den opfattelse, at den omstændighed, at disse identificerer det engelske ord, der betyder »skum«, i de omtvistede varemærker, ikke er tilstrækkeligt til at kunne konkludere, at der er begrebsmæssig lighed. Intervenienten har for sit vedkommende anført, at der af denne omstændighed kan udledes en relativ begrebsmæssig lighed mellem de omtvistede varemærker.

60 Retten er af den opfattelse, at appelkammerets vurdering er begrundet i det mindste for så vidt angår ikke-engelsktalende forbrugere, med hensyn til hvilke der ikke er anledning til at foretage en begrebsmæssig sammenligning af de omtvistede varemærker. I den forbindelse er sagsøgerens holdning — hvorefter både de ikke-engelsktalende forbrugere og de engelsktalende forbrugere spontant vil identificere suffikset »foam« som det engelske ord, der betyder »skum«, og således som et ord, der er beskrivende for de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker — åbenbart fejlagtig, da denne holdning i øvrigt på ingen måde er underbygget af oplysninger i sagen.

61 Hvad angår den visuelle sammenligning og den fonetiske sammenligning af de omtvistede varemærker har appelkammeret — hvad angår den ikke-engelsktalende kundekreds — nærmere bestemt konkluderet, at der er store ligheder (den anfægtede afgørelses punkt 11-19). Det har nemlig anført, at de omtvistede varemærker har seks bogstaver og tre stavelser til fælles ud af i alt otte bogstaver, samt at begge ord har fire stavelser, og at suffikserne »ar« og »no«, selv om de er placeret i begyndelsen af de omtvistede varemærker, ikke kan svække den visuelle og fonetiske lighed mellem disse varemærker. Intervenienten og Harmoniseringskontoret deler denne opfattelse.

62 Hvad angår den engelsktalende kundekreds er appelkammeret af den opfattelse, at den beskrivende karakter af suffikset »foam« snarere kan øge de visuelle og fonetiske ligheder som helhed i de omtvistede varemærker i relation til denne kundekreds (den anfægtede afgørelses punkt 16 og 17). Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at dette suffiks' beskrivende karakter snarere vil foranledige denne kundekreds til at koncentrere sin opmærksomhed om de omtvistede varemærkers indledende dele, »arma« og »noma«, der er tilstrækkeligt differentierede.

63 Det sagsøgende selskab har for sit vedkommende gjort gældende, at forstavelserne »ar« og »no«, på grund af deres placering i begyndelsen af de omtvistede varemærker, klart adskiller disse varemærker fra hinanden visuelt og fonetisk set. Selskabet har ligeledes anført, at forstavelserne »arma« og »noma«, der ifølge selskabet er de dominerede bestanddele i de omtvistede varemærker, er klart forskellige visuelt og fonetisk set.

64 Retten er af den opfattelse, at de eneste visuelle og fonetiske forskelle i de omtvistede varemærker, der objektivt kan opdages af den ikke-engelsktalende kundekreds, følger af disse varemærkers forstavelser »ar« og »no«.

65 I den forbindelse er det ganske vist rigtigt, at den indledende del af ordmærkerne kan fastholde forbrugerens opmærksomhed i højere grad end de efterfølgende dele (jf. i denne retning Rettens dom af 17.3.2004, forenede sager T-183/02 og T-184/02, El Corte Inglés mod KHIM — González Cabello og Iberia Líneas Aéreas de España (MUNDICOR), Sml. II, s. 965, præmis 81, og af 16.3.2005, sag T-112/03, L'Oréal mod KHIM — Revlon (FLEXI AIR), Sml. II, s. 949, præmis 64 og 65). Imidlertid kan denne betragtning ikke gøres gældende i alle tilfælde (jf. i denne retning Rettens dom af 14.10.2003, sag T-292/01, Phillips-Van Heusen mod KHIM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), Sml. II, s. 4335, præmis 50, og af 6.7.2004, sag T-117/02, Grupo El Prado Cervera mod KHIM — Héritiers Debuschewitz (CHUFAFIT), Sml. II, s. 2073, præmis 48). Den kan under alle omstændigheder ikke stille spørgsmålstegn ved det princip, der fremgår af den retspraksis, der er nævnt ovenfor i præmis 29-32, hvorefter undersøgelsen af varemærkers lighed skal tage hensyn til det helhedsindtryk, varemærkerne giver, da gennemsnitsforbrugeren normalt opfatter et varemærke som en helhed og undersøger ikke de forskellige detaljer.

66 I den foreliggende sag er Retten — i lighed med appelkammeret, intervenienten og Harmoniseringskontoret — af den opfattelse, at for så vidt angår den ikke-engelsktalende kundekreds er forskellen mellem forstavelserne »ar« og »no« — på trods af deres placering i begyndelsen af varemærket — ikke af en sådan art, at den kan ophæve det indtryk af stor visuel og fonetisk lighed, som de nævnte varemærker giver, hvilket resulterer både af den omstændighed, at disse varemærker er lige lange (de har begge otte bogstaver og fire stavelser), og af den omstændighed, at disse varemærker — ud over den ovennævnte forskel — er helt identiske både visuelt (seks bogstaver placeret i samme orden: »m«, »a«, »f«, »o«, »a« og »m«) og fonetisk (»ma«, »fo«, »am«).

67 Det følger heraf, at de omtvistede varemærker visuelt og fonetisk ligner hinanden, i det mindste når der er tale om en ikke-engelsktalende kundekreds. Derfor og i betragtning af det forhold, at en begrebsmæssig sammenligning af disse varemærker er uden relevans for den så vidt angår denne kundekreds, må det fastslås, at varemærkerne ligner hinanden i relation til denne kundekreds.

68 I betragtning af denne konklusion og den retspraksis, der er nævnt ovenfor i præmis 33, hvorefter de ældre EF-varemærker kan påberåbes til støtte for en indsigelse mod alle senere varemærkeansøgninger, som krænker deres beskyttelse, også selv om beskyttelsen kun krænkes i forhold til forbrugernes opfattelse på en del af fællesskabsområdet, må det fastslås, at det var med rette, at appelkammeret –i den anfægtede afgørelses punkt 19 — fastslog, at de omtvistede varemærker ligner hinanden i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, uden at det er nødvendigt at tage stilling til spørgsmålet, om disse varemærker også i relation til den engelsktalende kundekreds ligner hinanden eller ikke.

69 Det følger af ovenstående, at det eneste annullationsanbringende om en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 må forkastes som ugrundet. Herefter må Harmoniseringskontoret frifindes.

Sagens omkostninger

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

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Afdeling)

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

2) Armacell Enterprise GmbH bærer sine egne omkostninger og betaler de omkostninger, som Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) og nmc SA har afholdt.

Vilaras Dehousse Šváby

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 10. oktober 2006.

E. Coulon M. Vilaras

Justitssekretær Afdelingsformand