FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (femte avdelningen)

den 10 oktober 2006 *

I mål T-172/05,

Armacell Enterprise GmbH, Münster (Tyskland), företrätt av advokaten O. Spuhler,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån), företrädd av A. Folliard-Monguiral, i egenskap av ombud,

svarande,

varvid motparten i förfarandet vid harmoniseringsbyråns överklagandenämnd, som intervenerat vid förstainstansrätten, var

* Rättegångsspråk: engelska.

nmc SA, Raeren-Eynatten (Belgien), företrätt av advokaterna P. Péters och T. de Haan,

angående en talan mot det beslut som fattats av harmoniseringsbyråns första överklagandenämnd den 23 februari 2005 (ärende R 552/2004-1) om ett invändningsförfarande mellan nmc SA och Armacell Enterprise GmbH,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

sammansatt av ordföranden M. Vilaras samt domarna F. Dehousse och D. Šváby,

justitiesekreterare: handläggaren K. Andová,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 4 maj 2006,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Armacell Enterprise GmbH (nedan kallad sökanden) ingav den 3 december 2001 en ansökan om registrering av gemenskapsvarumärke till harmoniseringsbyrån i enlighet med rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3), i dess ändrade lydelse.

2 Det sökta varumärket utgörs av ordkännetecknet ARMAFOAM.

3 De varor som registreringsansökan avsåg omfattas av klass 20 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar följande beskrivning: "Varor framställda av elastomera, termoplastiska eller duroplastiska skumplaster utgörande systemkomponenter eller slutprodukter".

4 Denna ansökan offentliggjordes i *Bulletinen för gemenskapsvarumärken* den 24 juni 2002.

5 Den 9 juli 2002 framställde nmc SA (nedan kallad intervenienten) med stöd av artikel 42.1 i förordning nr 40/94 en invändning mot registrering av det sökta varumärket.

6 Den grund som åberopades till stöd för invändningen var att det förelåg risk för förväxling i den mening som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 mellan det sökta varumärket och intervenientens äldre gemenskapsordmärke NOMAFOAM, som registrerats den 31 oktober 1997 för följande varor:

— "Plast i halvfabrikat, tätnings, packnings- och isoleringsmaterial, polyetylenskum (halvfabrikat), värme- och ljudisoleringsmaterial, stoppningsmaterial av plast, plastmaterial för emballering (stoppning), sammansättningar som isolerar

mot fukt och kyla ingående i denna klass, ljudisoleringsmaterial, flexibla rör, ej av metall" i klass 17,

— "Byggnadsmaterial (ej av metall); styva rör (ej av metall) för byggnation; väggbeklädnader ingående i denna klass" i klass 19,

— "Plastprodukter ej ingående i andra klasser, emballeringsbehållare av plast, madrasser, kuddar, dynor av plast för användning som stöd, speciellt på vilka man sitter och står på knä vid trädgårds- och hobbyarbeten, sport-, idrotts-, gymnastik-, rekr[e]ations- och fritidsaktiviteter" i klass 20,

— "Mattor, glidskydd, bilmattor, dörrmattor, halmmattor; mattor av plast för stöd, speciellt på vilka man sitter eller står på knäna vid trädgårds- och/eller hobbyarbeten, sport-, gymnastik-, rekreations- och fritidsaktiviteter; golvbeklädnader, väggbeklädnader, isolerande beklädnader ej ingående i andra klasser, tapeter, ej av textil" i klass 27, och

— "Gymnastik- och sportartiklar ej ingående i andra klasser" i klass 28.

7 Invändningsenheten avslog invändningen genom beslut av den 24 maj 2004. Skälet till avslaget var att det sökta och det äldre varumärket var så olika att varje risk för förväxling hos genomsnittskonsumenten inom gemenskapen var utesluten.

8 Den 5 juli 2004 överklagade intervenienten invändningsenhetens beslut till harmoniseringsbyrån i enlighet med artiklarna 57–62 i förordning nr 40/94. Den 23 september 2004 gav intervenienten in en skrivelse med grunderna för överklagandet. Den 17 december 2004 gav sökanden in sitt yttrande avseende intervenientens överklagande.

9 Genom beslut av den 23 februari 2005, om vilket sökanden delgavs genom skrivelse av den 25 februari 2005 (nedan kallat det angripna beslutet), biföll harmoniseringsbyråns första överklagandenämnd överklagandet med motiveringen att det förelåg risk för förväxling.

Förfarandet och parternas yrkanden

10 Sökanden väckte förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 29 april 2005. Sökanden angav därvid att bolaget, vid sidan av dess advokat, företräddes av bolagets patentrådgivare C. Hano.

11 Harmoniseringsbyrån och intervenienten inkom med sina svarsinlagor den 10 respektive den 29 augusti 2005.

12 Genom skrivelse av den 15 september 2005, som inkom till förstainstansrättens kansli den 19 september 2005, begärde sökanden med stöd av artikel 135.2 i förstainstansrättens rättegångsregler att få lämna in en replik. Sökanden bekräftade också att bolagets patentrådgivare avsåg att närvara vid förhandlingen.

13 Genom beslut av den 27 september 2005 avslog ordföranden på förstainstansrättens femte avdelning sökandens begäran att få lämna in en replik. Genom skrivelse av samma datum underrättade förstainstansrättens justitiesekreterare sökanden om avslagsbeslutet, om att sökanden kunde framföra sina synpunkter vid förhandlingen och, slutligen, om att C. Hano endast hade rätt att uttala sig vid förhandlingen under förutsättning att detta skedde i närvaro och under överinseende av sökandens advokat.

14 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det angripna beslutet, och

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

15 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

16 Intervenienten har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

17 Sökanden har åberopat en enda grund till stöd för sin talan om ogiltigförklaring. Trots en formell hänvisning till ett åsidosättande av artikel 43.5 andra meningen i förordning nr 40/94 har sökanden genom denna grund endast gjort gällande att harmoniseringsbyrån åsidosatte artikel 8.1 b i samma förordning genom att felaktigt finna att risk för förväxling föreligger.

Parternas argument

18 Sökanden har för det första gjort gällande att de motstående varumärkena inte liknar varandra.

19 Den första stavelsen i respektive varumärke, närmare bestämt "no" i NOMAFOAM och "ar" i ARMAFOAM, är mycket olika. Eftersom de är placerade först i kännetecknet drar de lättare till sig konsumentens uppmärksamhet. Graden av ljudlikhet och visuell likhet är således låg.

20 Vad beträffar den begreppsmässiga likheten kommer omsättningskretsen i första hand att uppfatta orden armafoam och nomafoam som påhittade ord, eftersom de inte existerar i de berörda språken. Omsättningskretsen kommer emellertid att uppfatta den senare delen av de motstående varumärkena, det engelska ordet "foam", som ett ord som endast beskriver de varor som avses med nämnda varumärken. Vid bedömningen av den begreppsmässiga likheten är engelska det avgörande språket ur omsättningskretsens synvinkel. Delen foam i de motstående varumärkena har således mycket låg särskiljningsförmåga. Den första delen av nämnda varumärken, nämligen "arma" och "noma", vilka för omsättningskretsen är

ord som klart skiljer sig åt och som inte kan kopplas till något gemensamt begrepp, är därför desto viktigare. Denna första del har särskild särskiljningsförmåga och utgör, mot bakgrund av det helhetsintryck som de motstående varumärkena åstadkommer, den dominerande beståndsdelen inom respektive varumärke.

21 Omsättningskretsen kommer således inte att uppmärksamma den sista delen av de motstående varumärkena, som är rent beskrivande, utan den första delen av respektive varumärke, vilken inte är beskrivande och har klar särskiljningsförmåga. Det finns således ingen begreppsmässig likhet mellan de motstående varumärkena. Överklagandenämnden angav i det angripna beslutet inte någon annan omständighet som kan medföra en begreppsmässig likhet.

22 Överklagandenämnden fann att det helhetsintryck som de motstående varumärkena ger utmärks av den sista delen av varumärkena, nämligen foam. Denna bedömning är rättsstridig. Enligt en i rättspraxis fastställd princip är det nämligen i normalfallet början på ett ord som är särskiljande, och det är därför denna del man minns. Överklagandenämnden fann vidare att den för varumärkena identiska delen foam beskriver de varor som avses med varumärkena. Enligt domstolens rättspraxis kan en beskrivande del av ett varumärke emellertid inte ha särskiljningsförmåga. Överklagandenämndens bedömning strider mot denna praxis, och det angripna beslutet skall följaktligen ogiltigförklaras.

23 Sökanden har i andra hand gjort gällande att de varor som avses med de motstående varumärkena inte är av liknande slag. Sådana varor av skumplast som avses i registreringsansökan och sådana varor av plast i klass 20 som avses med det äldre varumärket är inte av liknande slag. Detta gäller även för övriga varor som avses med det äldre varumärket.

24 Överklagandenämnden fann endast, i punkt 21 i det angripna beslutet, att registreringsansökan avsåg bland annat varor framställda av elastomera och

termoplastiska skumplaster, att de varor i klass 20 som avsågs med det äldre varumärket var tillverkade i plast och att plast, gummi och elastiska polymerer är material av liknande slag, som kan användas för tillverkning av ett stort antal av varorna i klass 20, såsom halmmattor, madrasser och dynor.

25 Att de varor som avses med de motstående varumärkena kan tillverkas av samma material är dock inte tillräckligt för att varorna skall anses vara av liknande slag i den mening som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94. Överklagandenämnden tolkade således villkoret avseende varuslagslikhet felaktigt.

26 Harmoniseringsbyrån och intervenienten har bestritt sökandens argument. Överklagandenämnden gjorde en riktig bedömning då den kom fram till att det föreligger risk för förväxling. Intervenienten har gjort gällande att sökandens anmärkningar beträffande jämförelsen mellan varorna under alla omständigheter inte kan tas upp till sakprövning.

Förstainstansrättens bedömning

27 Enligt artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 skall det varumärke som ansökan gäller inte kunna registreras om innehavaren av ett äldre varumärke invänder och "om det — på grund av att det är identiskt med eller liknar det äldre varumärket och de varor eller tjänster som omfattas av varumärkena är identiska eller är av liknande slag — föreligger en risk att allmänheten förväxlar dem inom det område där det äldre varumärket är skyddat, inbegripet risken för att varumärket associeras med det äldre varumärket".

28 Enligt rättspraxis föreligger risk för förväxling om det finns risk för att allmänheten kan tro att varorna eller tjänsterna i fråga kommer från samma företag eller i förekommande fall från företag med ekonomiska band (domstolens dom av den 29 september 1998 i mål C-39/97, Canon, REG 1998, s. I-5507, punkt 29, och av den 22 juni 1999 i mål C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, REG 1999, s. I-3819, punkt 17, samt förstainstansrättens dom av den 23 oktober 2002 i mål T-104/01, Oberhauser mot harmoniseringsbyrån — Petit Liberto (Fifties), REG 2002, s. II-4359, punkt 25).

29 Enligt samma rättspraxis skall det vid prövningen av huruvida det föreligger risk för förväxling hos allmänheten göras en helhetsbedömning mot bakgrund av samtliga relevanta faktorer i det enskilda fallet (domstolens dom av den 11 november 1997 i mål C-251/95, SABEL, REG 1997, s. I-6191, punkt 22, samt domarna i de ovan i punkt 28 nämnda målen Canon, punkt 16, Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 18, och Fifties, punkt 26).

30 Denna helhetsbedömning skall, vad gäller varumärkenas visuella likhet, ljudlikhet eller begreppsmässiga likhet, grunda sig på det helhetsintryck som varumärkena åstadkommer med hänsyn särskilt till deras särskiljande och dominerande beståndsdelar (domen i det ovan i punkt 29 nämnda målet SABEL, punkt 23).

31 Vid helhetsbedömningen av risken för förväxling föreligger ett visst samspel mellan de faktorer som beaktas, däribland varumärkeslikheten och varu- eller tjänsteslagslikheten. Låg varu- eller tjänsteslagslikhet kan således kompenseras av hög varumärkeslikhet och omvänt (domarna i de ovan i punkt 28 nämnda målen Canon, punkt 17, Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 19, och Fifties, punkt 27).

32 Den uppfattning som genomsnittskonsumenten av de ifrågavarande varorna och tjänsterna har av varumärkena är av avgörande betydelse vid helhetsbedömningen av risken för förväxling. Genomsnittskonsumenten uppfattar vanligtvis ett varumärke som en helhet och ägnar sig inte åt att undersöka varumärkets olika

detaljer (domen i det ovan i punkt 29 nämnda målet SABEL, punkt 23, och i det ovan i punkt 28 nämnda målet Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 25, samt förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 28 nämnda målet Fifties, punkt 28, och av den 3 mars 2004 i målet Mühlens mot harmoniseringsbyrån — Zirh International (ZIRH), punkt 41). I samband med denna helhetsbedömning förväntas genomsnittskonsumenten av varorna i fråga vara normalt informerad samt skäligen uppmärksam och medveten. Vidare skall hänsyn tas till att genomsnittskonsumenten sällan har möjlighet att göra en direkt jämförelse mellan de olika varumärkena utan måste förlita sig på en oklar minnesbild av varumärkena. Det skall även beaktas att genomsnittskonsumentens uppmärksamhet kan variera beroende på vilket varu- eller tjänsteslag det är fråga om (domarna i de ovan i punkt 28 nämnda målen Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 26, och Fifties, punkt 28).

33 I artikel 1.2 i förordning nr 40/94 föreskrivs slutligen att ett gemenskapsvarumärke skall ha en enhetlig karaktär, och därav följer att ett äldre gemenskapsvarumärke skyddas på ett identiskt sätt i alla medlemsstater. Äldre gemenskapsvarumärken kan således åberopas mot varje senare ansökan om varumärkesregistrering som utgör intrång i deras skydd, även om det endast är i förhållande till konsumenternas uppfattning i en del av gemenskapen. Härav följer att principen i artikel 7.2 i förordning nr 40/94, enligt vilken det räcker att ett absolut registreringshinder finns i endast en del av gemenskapen för att ett varumärke inte skall få registreras, även är analogt tillämplig då det föreligger ett relativt registreringshinder i den mening som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 (förstainstansrättens dom av den 23 oktober 2002 i mål T-6/01, Matratzen Concord mot harmoniseringsbyrån — Hukla Germany (MATRATZEN), REG 2002, s. II-4335, punkt 59, i det ovan i punkt 32 nämnda målet ZIRH, punkt 36, av den 6 oktober 2004 i de förenade målen T-117/03–T-119/03 och T-171/03, New Look mot harmoniseringsbyrån — Naulover (NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE och NLCollection), REG 2004, s. II-3471, punkt 34, och av den 1 mars 2005 i mål T-185/03, Fusco mot harmoniseringsbyrån — Fusco International (ENZO FUSCO), REG 2005, s. II-715, punkt 33).

34 I likhet med vad överklagandenämnden fann (punkterna 8 och 9 i det angripna beslutet) och parterna har anfört kan det, vad beträffar omsättningskretsen, konstateras att de varor som avses i registreringsansökan och de som avses med det

äldre varumärket kan saluföras i förhållande till en vid omsättningskrets, som består av såväl branschfolk som privatkonsumenter. Omsättningskretsen utgörs således av gemenskapens samtliga konsumenter och avnämare.

35 Vad gäller jämförelsen mellan varorna fann överklagandenämnden i punkt 21 i det angripna beslutet huvudsakligen att den i registreringsansökan mycket vida definitionen av varorna omfattar sådana varor som avses med det äldre varumärket. Bland de sistnämnda nämnde överklagandenämnden särskilt vissa varor i klass 20, närmare bestämt plastprodukter som inte ingår i andra klasser såsom halmmattor, madrasser och dynor. Enligt överklagandenämnden kan dessa varor tillverkas av samma grundmaterial som används för att tillverka de varor som avses med det sökta varumärket. Överklagandenämnden fann således att de varor som avses med de motstående varumärkena i stor utsträckning är av liknande slag, eller till och med av samma slag (punkt 21 i det angripna beslutet).

36 Sökanden har, utan att härvid lämna någon särskild förklaring, gjort gällande att de varor som avses med de motstående varumärkena inte är av liknande slag. I övrigt har sökanden i huvudsak gjort gällande att den omständigheten att de varor som avses med de motstående varumärkena kan tillverkas av samma material inte är tillräckligt för att de skall anses vara av liknande slag i den mening som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94. Överklagandenämnden tolkade således villkoret avseende varuslagslikhet felaktigt.

37 Harmoniseringsbyrån anser i likhet med överklagandenämnden att varorna är av liknande slag, men har resonerat annorlunda. Den anser, tvärtemot vad överklagandenämnden kom fram till, att det inte är de varor som avses med det sökta varumärket som omfattar vissa av de varor som avses med det äldre varumärket, utan att det i stället är de sistnämnda, särskilt "plastprodukter [i klass 20], ej ingående i andra klasser" — en kategori som enligt harmoniseringsbyrån inte är begränsad till vare sig plasttyp eller plastproduktens användning — som omfattar de varor som avses med det sökta varumärket.

38 Intervenienten har i första hand gjort gällande att förstainstansrätten i enlighet med artikel 135.4 i rättegångsreglerna inte kan ta upp sökandens anmärkningar beträffande varorna till sakprövning på den grunden att sökanden inte åberopade dessa anmärkningar under förfarandet vid harmoniseringsbyrån. I andra hand delar intervenienten överklagandenämndens åsikt att registreringsansökan är så vitt formulerad i fråga om vilka varor som avses med varumärket att den omfattar sådana varor i klass 20 som avses med det äldre varumärket. Intervenienten har inkommit med vissa handlingar som den även gav in under förfarandet vid harmoniseringsbyrån.

39 Vad beträffar invändningen att sökandens anmärkningar beträffande varorna inte kan tas upp till sakprövning skall det erinras om att en talan vid förstainstansrätten enligt artikel 63.2 i förordning nr 40/94 syftar till att pröva lagenligheten av överklagandenämndernas beslut (se förstainstansrättens dom av den 12 december 2002 i mål T-247/01, eCopy mot harmoniseringsbyrån (ECOPY), REG 2002, s. II-5301, punkt 46, och av den 22 oktober 2003 i mål T-311/01, Éditions Albert René mot harmoniseringsbyrån — Trucco (Starix), REG 2003, s. II-4625, punkt 70 och där angiven rättspraxis). Med tillämpning av artikel 74 i förordning nr 40/94 skall denna prövning göras med hänsyn till tvistens faktiska och rättsliga ram, såsom denna framlagts vid överklagandenämnden (förstainstansrättens dom av den 5 mars 2003 i mål T-194/01, Unilever mot harmoniseringsbyrån (äggformad tablett), REG 2003, s. II-383, punkt 16, och av den 1 februari 2005 i mål T-57/03, SPAG mot harmoniseringsbyrån — Dann och Backer (HOOLIGAN), REG 2005, s. II-287, punkt 17). Dessutom kan parternas inlagor enligt artikel 135.4 i rättegångsreglerna inte ändra föremålet för tvisten i överklagandenämnden.

40 Förstainstansrätten skall således pröva huruvida sökanden har ändrat föremålet för tvisten genom att vid förstainstansrätten för första gången göra gällande att de varor som avses med de motstående varumärkena inte är av liknande slag.

41 En invändning med stöd av artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 mot registrering av ett gemenskapsvarumärke innebär att harmoniseringsbyrån skall pröva huruvida de varor och tjänster som avses med de motstående varumärkena är av samma eller liknande slag.

42 Detta gäller även när harmoniseringsbyrån eller någon av parterna i förfarandet anser att det saknas anledning att pröva frågan huruvida de ifrågavarande varorna och tjänsterna är av samma eller liknande slag därför att de stora skillnader som föreligger mellan varumärkena innebär att risk för förväxling under alla omständigheter är utesluten. Sökanden medgav i förfarandet vid invändningsenheten att de varor som avses med varumärkena potentiellt är av samma slag och gjorde vid överklagandenämnden gällande att frågan om varuslagslikhet inte kunde prövas med hänsyn till den påstådda olikheten mellan de motstående varumärkena. Detta medförde inte på något sätt att harmoniseringsbyrån inte skulle pröva frågan huruvida varorna i fråga är av samma eller liknande slag. Sökanden har således inte heller förlorat rätten att inom gränserna för den faktiska och rättsliga ramen för förfarandet vid överklagandenämnden framställa anmärkningar mot de bedömningar som överklagandenämnden har gjort i detta avseende (se, analogt, förstainstansrättens dom av den 23 november 2004 i mål T-360/03, Frischpack mot harmoniseringsbyrån (formen på en ask för ost), REG 2004, s. II-4097, punkterna 32–35).

43 Sökandens anmärkningar vid förstainstansrätten beträffande jämförelsen mellan varorna omfattas av processmaterialet vid överklagandenämnden. Sökanden har i själva verket endast ifrågasatt överklagandenämndens bedömningar och resonemang i detta avseende. Sökanden har följaktligen inte ändrat föremålet för tvisten genom sina anmärkningar, och förstainstansrätten kan därför ta upp dessa till sakprövning.

44 Såsom framgår av rättspraxis skall förstainstansrätten för att bedöma likheten mellan berörda varu- eller tjänsteslag beakta samtliga relevanta faktorer som är kännetecknande för förhållandet mellan varorna eller tjänsterna, däribland deras art, de tilltänkta köparna, användningsområdet samt huruvida de konkurrerar med eller kompletterar varandra (domen i det ovan i punkt 28 nämnda målet Canon, punkt 23, förstainstansrättens dom av den 8 juli 2004 i mål T-203/02, Sunrider mot harmoniseringsbyrån — Espadafor Caba (VITAFRUIT), REG 2004, s. II-2811, punkt 65, och av den 4 maj 2005 i mål T-359/02, Chum mot harmoniseringsbyrån — Star TV (STAR TV), REG 2005, s. II-1515, punkt 31).

45 I det nu aktuella fallet är definitionen av varorna i registreringsansökan extremt vid, eftersom denna omfattar "systemkomponenter eller slutprodukter", det vill säga i princip vilka varor som helst. Definitionen begränsas enbart av varornas tillverkningsmaterial på så sätt att varorna skall vara framställda av elastomera, termoplastiska eller duroplastiska skumplaster.

46 Utöver vissa varor i klass 20 som överklagandenämnden angav i punkt 21 i det angripna beslutet avser det äldre varumärket en stor mängd varor av vilka de flesta är systemkomponenter eller slutprodukter och tillverkade av skumplast.

47 Sökanden har inte vid något tillfälle påstått att de skumplaster som avses i bolagets registreringsansökan har några särskilda kemiska eller fysiska egenskaper och därför är förbehållna tillverkningen av mycket specifika varor som inte finns med bland dem som avses med det äldre varumärket.

48 Sökanden har endast, i punkt 65 i ansökan, gjort gällande att varor tillverkade av skumplast inte är av liknande slag som plastprodukter i klass 20, och att detta gäller även de övriga varor som avses med det äldre varumärket.

49 Detta påstående från sökandens sida, vilket för övrigt saknar stöd, föranleder inte förstainstansrätten att göra någon annan bedömning än den som överklagandenämnden gjorde i punkt 21 i det angripna beslutet. Enligt denna bedömning är plast, gummi och elastiska polymerer material av liknande slag. Under alla omständigheter talar nedanstående omständigheter emot påståendet.

50 För det första är, såsom harmoniseringsbyrån har angett i sin svarsinlaga, elastomera, termoplastiska och duroplastiska skumplaster inget annat än plastmaterial. Sökanden förefaller i övrigt ha medgett detta genom att i punkt 63 i ansökan hänvisa till möjligheten att tillverka de varor som avses med de motstående varumärkena av samma grundmaterial.

51 För det andra strider sökandens påstående mot sökandens egen ståndpunkt i fråga om prövningen av kännetecknenslikheten, enligt vilken suffixet "foam" är "rent beskrivande" för de varor som avses med de motstående varumärkena (punkt 43 i ansökan). Sökanden har härigenom implicit medgett att de varor som avses med intervenientens varumärke också är varor tillverkade av skumplast.

52 För det tredje framgår det av de handlingar som intervenienten gav in under förfarandet vid harmoniseringsbyrån, vilka finns bifogade intervenientens svarsinlaga, att sökanden under varumärket ARMAFOAM tillverkar varor som motsvarar definitionen i registreringsansökan och som är av samma eller jämförbart slag som vissa av de varor som intervenienten tillverkar under varumärket NOMAFOAM, närmare bestämt skyddsprofiler av skumplast för emballering av ömtåliga varor. Dessa handlingar ger sålunda en konkret illustration av likheten eller identiteten mellan de varor som avses med de motstående varumärkena, även om illustrationen är begränsad till vissa varor. Sökanden har i övrigt, efter en fråga som förstainstansrätten ställde under förhandlingen, inte kunnat vederlägga att vissa av de varor som avses i registreringsansökan konkurrerar direkt med dem som intervenienten saluför under det äldre varumärket.

53 Av det ovan anförda följer att sökanden inte har styrkt att överklagandenämnden gjorde fel då den kom fram till bedömningen att "registreringsansökan är tillräckligt vitt formulerad (varor tillverkade av elastomera och termoplastiska skumplaster) för att omfatta de varor som angavs i registreringsansökan för det äldre varumärket (plastprodukter ej ingående i andra klasser)" (punkt 21 i det angripna beslutet).

54 Överklagandenämndens bedömning att det föreligger varuslagslikhet grundar sig inte heller på något sätt, i motsats till vad sökanden har hävdat, enbart på att samma grundmaterial används för att tillverka dessa varor. Den enda orsaken till att överklagandenämnden i punkt 21 i det angripna beslutet hänförde sig till vilka material som används för att tillverka varorna är att sökanden i registreringsansökan har definierat de avsedda varorna med utgångspunkt från vilket material de består av (skumplast) snarare än från deras potentiellt vitt bestämda beskaffenhet (systemkomponenter eller slutprodukter).

55 Överklagandenämnden hade således skäl för att i punkt 21 i det angripna beslutet finna att beskrivningen av de varor som avses med det sökta varumärket överlappar beskrivningen av de varor som avses med det äldre varumärket. Den hade således även skäl för sin bedömning att de varor som avses med de motstående varumärkena är av liknande eller till och med av samma slag i den mening som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94.

56 Vad gäller jämförelsen mellan de motstående varumärkena fann överklagandenämnden att de liknar varandra, särskilt med utgångspunkt från den icke engelsktalande delen av omsättningskretsen (punkt 23 i det angripna beslutet).

57 Såvitt avser den begreppsmässiga jämförelsen mellan de motstående varumärkena fann överklagandenämnden vid en helhetsbedömning av dessa att de är fantasikonstruktioner utan logisk betydelse och att det därför inte är relevant att göra en begreppsmässig jämförelse (punkt 18 i det angripna beslutet). Överklagandenämnden ansåg emellertid att det enbart är de engelsktalande konsumenterna av de ifrågavarande varorna som spontant kan avgöra att suffixet "foam" i de motstående varumärkena motsvarar det engelska ordet för skum (punkt 13 i det angripna beslutet).

58 Sökanden har i huvudsak gjort gällande att det inte finns någon begreppsmässig likhet mellan de motstående varumärkena. Eftersom hela omsättningskretsen spontant uppfattar suffixet foam som rent beskrivande för varorna, kommer den inte att uppmärksamma detta suffix, utan i stället de motstående varumärkenas inledande delar arma och noma. Dessa saknar enligt sökanden innebörd, eller i vart fall varje begreppsmässig likhet, i samtliga språk inom gemenskapen.

59 När det gäller de icke engelsktalande konsumenterna instämmer harmoniseringsbyrån och intervenienten i överklagandenämndens åsikt att det inte är relevant att göra en begreppsmässig jämförelse. Harmoniseringsbyrån anser att den omständigheten att de engelsktalande konsumenterna identifierar det engelska ordet för skum i de motstående varumärkena inte räcker för att det skall anses föreligga en begreppsmässig likhet. Enligt intervenienten indikerar nämnda omständighet att det föreligger en relativ begreppsmässig likhet mellan de motstående varumärkena.

60 Förstainstansrätten anser att överklagandenämndens bedömning är riktig, åtminstone vad gäller icke engelsktalande konsumenter, med utgångspunkt från vilka det inte är relevant att göra en begreppsmässig jämförelse mellan de motstående varumärkena. Sökandens åsikt att både de icke engelsktalande och de engelsktalande konsumenterna spontant kommer att identifiera suffixet foam som det engelska ordet för skum, och således som ett ord som beskriver de varor som avses med de motstående varumärkena, är uppenbart felaktig och saknar dessutom stöd i handlingarna i målet.

61 Såvitt avser den visuella och fonetiska jämförelsen mellan de motstående varumärkena fann överklagandenämnden i huvudsak att varumärkena med utgångspunkt från den icke engelsktalande omsättningskretsen liknar varandra i många avseenden (punkterna 11–19 i det angripna beslutet). De motstående varumärkena har vardera totalt åtta bokstäver och fyra stavelser, av vilka sex bokstäver och tre stavelser är gemensamma. Enligt överklagandenämnden innebär inte prefixen "ar" och "no" att de motstående varumärkena inte liknar varandra i visuellt och fonetiskt hänseende, trots att prefixen är placerade i början av orden. Intervenienten och harmoniseringsbyrån delar denna åsikt.

62 I fråga om den engelsktalande delen av omsättningskretsen fann överklagandenämnden att den beskrivande karaktären hos suffixet foam snarare ökar de motstående varumärkenas visuella och fonetiska likheter (punkterna 16 och 17 i det angripna beslutet). Harmoniseringsbyrån anser att detta suffix beskrivande karaktär snarare borde göra att denna del av omsättningskretsen främst uppmärksammar de motstående varumärkenas ganska olika inledande delar arma och noma.

63 Sökanden har anfört att prefixen ar och no tydligt skiljer varumärkena åt visuellt och fonetiskt på grund av att de kommer först i de motstående varumärkena. Även prefixen arma och noma, vilka enligt sökanden utgör de dominerande beståndsdelarna i de motstående varumärkena, skiljer sig tydligt åt visuellt och fonetiskt.

64 Förstainstansrätten anser att de enda visuella och fonetiska skillnader som den icke engelsktalande delen av omsättningskretsen kan urskilja mellan de motstående varumärkena är prefixen ar respektive no.

65 Det är visserligen riktigt att konsumenten snarare uppmärksammar ett ordmärkes inledning än de efterföljande delarna (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 17 mars 2004 i de förenade målen T-183/02 och T-184/02, El Corte Inglés mot harmoniseringsbyrån — González Cabello och Iberia Líneas Aéreas de España (MUNDICOR), REG 2004, s. II-965, punkt 81, och av den 16 mars 2005 i mål T-112/03, L'Oréal mot harmoniseringsbyrån — Revlon (FLEXI AIR), REG 2005, s. II-949, punkterna 64 och 65). Detta gäller dock inte undantagslöst (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 14 oktober 2003 i mål T-292/01, Phillips-Van Heusen mot harmoniseringsbyrån — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), REG 2003, s. II-4335, punkt 50, och av den 6 juli 2004 i mål T-117/02, Grupo El Prado Cervera mot harmoniseringsbyrån — delägarna i dödsboet Debuschewitz (CHUFAFIT), REG 2004, s. II-2073, punkt 48). Ovannämnda omständighet påverkar under alla förhållanden inte principen enligt den ovan i punkterna 29–32 angivna rättspraxisen, enligt vilken varumärkeslikheten skall bedömas med utgångspunkt från det helhetsintryck som varumärkena åstadkommer, eftersom genomsnittskonsumenten vanligtvis uppfattar ett varumärke som en helhet och inte ägnar sig åt att undersöka varumärkets olika detaljer.

66 I likhet med överklagandenämnden, intervenienten och harmoniseringsbyrån anser förstainstansrätten såvitt avser den icke engelsktalande delen av omsättningskretsen att skillnaden mellan prefixen ar och no i de motstående varumärkena inte påverkar intrycket av att varumärkena visuellt och fonetiskt liknar varandra i betydande grad, trots att prefixen kommer först. Detta beror på dels att varumärkena är lika långa (åtta bokstäver och fyra stavelser), dels att de bortsett från ovannämnda skillnad är helt identiska såväl visuellt (sex bokstäver placerade i samma ordning: m, a, f, o, a, m) som fonetiskt (ma, fo, am).

67 Härav följer att de motstående varumärkena liknar varandra visuellt och fonetiskt, åtminstone för den icke engelsktalande delen av omsättningskretsen. På grund härav, och med beaktande av att det med avseende på denna del av omsättningskretsen inte är relevant att jämföra varumärkena ur begreppsmässigt hänseende, konstaterar förstainstansrätten att varumärkena liknar varandra med utgångspunkt från denna del av omsättningskretsen.

68 Mot bakgrund av den ovan i punkt 33 angivna rättspraxisen, enligt vilken äldre gemenskapsvarumärken kan åberopas gentemot varje senare ansökan om registrering som innebär intrång i deras skydd även om intrånget bara sker med avseende på konsumenterna i en del av gemenskapen, finner förstainstansrätten att överklagandenämnden gjorde en riktig bedömning då den i punkt 19 i det angripna beslutet fann att de motstående varumärkena liknar varandra i den mening som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94. Det är härvid inte nödvändigt att pröva frågan huruvida dessa varumärken även liknar varandra med avseende på den engelsktalande delen av omsättningskretsen.

69 Av det ovan anförda framgår att sökandens enda grund till stöd för talan om ogiltigförklaring, enligt vilken överklagandenämnden har åsidosatt artikel 8.1 b i förordning nr 40/94, skall underkännas. Talan skall följaktligen ogillas.

Rättegångskostnader

70 Enligt artikel 87.2 i förstainstansrättens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Harmoniseringsbyrån och intervenienten har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, skall harmoniseringsbyråns och intervenientens yrkanden bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

följande:

1) Talan ogillas.

2) Armacell Enterprise GmbH skall bära sin rättegångskostnad och ersätta de rättegångskostnader som Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) och nmc SA har förorsakats.

Vilaras Dehousse Šváby

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 10 oktober 2006.

E. Coulon M. Vilaras

Justitiesekreterare Ordförande