RETTENS DOM (Tredje Afdeling)

21. april 2005 *

I sag T-164/03,

Ampafrance SA, Cholet (Frankrig), ved advokat C. Bercial Arias,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

* Processprog: fransk.

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

Johnson & Johnson GmbH, Düsseldorf (Tyskland), ved advokat D. von Schultz,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 4. marts 2003 af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 220/2002-1) vedrørende en indsigelsessag mellem Ampafrance SA og Johnson & Johnson GmbH,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Jaeger, og dommerne V. Tiili og O. Czúcz,

justitssekretær: fuldmægtig J. Plingers,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 8. maj 2003,

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 31. oktober 2003,

under henvisning til intervenientens svarskrift, som blev indleveret til Rettens Justitskontor den 31. oktober 2003,

og efter retsmødet den 2. december 2004,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 13. juni 1996 indgav Ampafrance SA i medfør af Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret, en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM).

2 Der blev ansøgt om registrering af følgende figurmærke (herefter »monBeBé-varemærket«):



3 De varer, for hvilke ansøgningen om registreringen af varemærket er blevet indgivet, henhører under klasse 3, 5, 8, 10, 11, 12, 16, 18, 20, 21, 22, 24, 25 og 28 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret.

4 Ansøgningen blev offentliggjort i *EF-varemærketidende* nr. 8/99 af 8. februar 1999.

5 Den 29. marts 1999 rejste Johnson & Johnson GmbH indsigelse mod registreringen af dette EF-varemærke i henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94. Indsigelsen blev begrundet med ordmærket bebe, der allerede er omfattet af følgende registreringer:

— registrering i Tyskland den 22. november 1990 under nr. 1 168 346 og for følgende varer: »hud- og kropsplejeprodukter, herunder hudbeskyttelses- og hudrenseprodukter, navnlig hudcreme og -lotion, rensemælk og skintonic, fugtighedscreme, solcreme, produkter til karbad, badegél, hudolier, shampoo, læbeplejemidler, sæbe, rensemidler, ansigtsrenseservietter, deodoranter, tandplejemidler, ansigtspudder, make-up fjernere, negleplejemidler, inklusive neglelak og neglelakfjernere«, dvs. varer, der henhører under klasse 3. Til støtte for indsigelsen anførtes, at dette varemærke er velkendt i Tyskland i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94, og vitterlig kendt i den i samme forordnings artikel 8, stk. 2, litra c), angivne betydning

— international registrering den 19. december 1990 under nr. IR 571 254 og med virkning i bl.a. Italien, Østrig og Benelux-landene for de samme klasse 3-varer som de ovenfor anførte samt for følgende varer:

— klasse 16: »Papirsservietter til kosmetisk brug«

— klasse 24: »Stofservietter til kosmetisk brug«.

6 Indsigelsen var baseret på alle de varer, som de ældre varemærker omfattede, og den blev rejst over for en del af de varer, som var angivet i ansøgningen om registrering af EF-varemærket, nemlig følgende varer:

— klasse 3: »Sæbe, præparater til rengøring, hudplejeprodukter, kosmetiske præparater, shampoo, talkumpudder, eau de toilette, tandplejemidler, produkter til bad, vatpinde«

— klasse 5: »Præparater til sundhedspleje, diætetiske præparater, diætetiske levnedsmidler, vandsugende vat, bleer af vandsugende vat«

— klasse 10: »Sutteflasker, sutter, sutter til sutteflasker, medicinske apparater, lægetasker «

— klasse 16: »Papir, pap, varer heraf«.

7 Til støtte for indsigelsen er anført de grunde, der nævnes i artikel 8, stk. 1, litra b), artikel 8, stk. 2, litra c), og artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94.

8 I forbindelse med indsigelsessagen indskrænkede sagsøgeren den 21. februar 2000 listen over de varer, som var anført i registreringsansøgningen, idet varerne henhørende under klasse 16 blev taget af listen.

9 Ved afgørelse af 27. februar 2002 forkastede Indsigelsesafdelingen indsigelsen. Den fastslog i det væsentlige, at der ikke var risiko for forveksling mellem de omhandlede varemærker i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Da tegnene ikke lignede hinanden, forkastede Indsigelsesafdelingen også indsigelsen, for så vidt som den blev støttet på artikel 8, stk. 2, litra c), i forordning nr. 40/94. Eftersom tegnene var forskellige, og intervenienten ikke havde godtgjort, at intervenientens tyske varemærke var et velkendt varemærke, blev indsigelsen tillige forkastet, for så vidt som den støttedes på artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94.

10 Den 12. marts 2002 indgav intervenienten i medfør af artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 klage til Harmoniseringskontoret over Indsigelsesafdelingens afgørelse.

11 Ved afgørelse af 4. marts 2003 (herefter »den anfægtede afgørelse«) gav Første Appelkammer intervenienten delvist medhold i klagen. Appelkammeret fandt i det væsentlige, at der sandsynligvis var risiko for forveksling hos forbrugerne, navnlig henset til, at varerne i klasse 3 og 5 er identiske eller ligner hinanden, at de omhandlede varemærker ligner hinanden, og at de ældre varemærker er velkendte mærker for kropsplejeprodukter. Indsigelsesafdelingens afgørelse blev derfor annulleret, i det omfang den for i det følgende nævnte varer havde forkastet den del af indsigelsen, der støttedes på artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 40/94: »sæbe, præparater til rengøring, hudplejeprodukter, kosmetiske præparater, shampoo, talkumpudder, eau de toilette, tandplejemidler, produkter til bad, vatpinde« henhørende under klasse 3 og »præparater til sundhedspleje, diætetiske præparater, diætetiske levnedsmidler, vandsugende vat, bleer af vandsugende vat« henhørende under klasse 5.

12 For så vidt angik de varer, der ikke blev anset for at ligne hinanden, dvs. diætetiske præparater og levnedsmidler (klasse 5) samt sutteflasker, sutter, sutter til sutteflasker, medicinske apparater og lægetasker (klasse 10), fandt appelkammeret ikke, at betingelserne for at anvende artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 var opfyldt, og klagen blev derfor ikke taget til følge på dette punkt. Da appelkammeret tog indsigelsen støttet på artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 til følge for

så vidt angik »kosmetiske produkter, medicinske plejemidler, nærmere bestemt hudplejemidler« omfattet af klasse 3, traf det ingen afgørelse med hensyn til indsigelsen støttet på artikel 8, stk. 3, litra c), i forordning nr. 40/94.

Parternes påstande

13 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres eller ændres, for så vidt som den er til ugunst for sagsøgeren.

— Ansøgningen om registrering af EF-varemærket monBeBé imødekommes i sin helhed.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med indsigelsessagen og med sagens pådømmelse ved appelkammeret samt Retten.

14 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

15 Intervenienten har nedlagt påstand om, at Harmoniseringskontoret frifindes.

Sagens genstand

16 Ved skrivelse af 25. november 2004 meddelte sagsøgeren Retten, at den begrænsede sin registreringsansøgning for varer henhørende under klasse 3, 5 og 10 til varer bestemt for spædbørn og små børn.

17 I den forbindelse bemærkes, at ansøgeren i henhold til artikel 44, stk. 1, i forordning nr. 40/94 til enhver tid kan tilbagetage sin ansøgning om registrering af EF-varemærket eller begrænse den deri angivne fortegnelse over varer eller tjenesteydelser. En begrænsning af den fortegnelse over varer eller tjenesteydelser, der er angivet i en ansøgning om registrering af et EF-varemærke, kan kun komme i betragtning, hvis begrænsningen gennemføres efter visse nærmere bestemte regler. Der skal således indsendes en begæring om ændring af ansøgningen i henhold til artikel 44 i forordning nr. 40/94 og regel 13 i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1) (Rettens dom af 5.3.2003, sag T-194/01, Unilever mod KHIM (ægformet tablet), Sml. II, s. 383, præmis 13, og af 25.11.2003, T-286/02, Oriental Kitchen mod KHIM — Mou Dybfrost (KIAP MOU), Sml. II, s. 4953, præmis 30).

18 I det foreliggende tilfælde indgav sagsøgeren først begæring om begrænsning af varefortegnelsen nogle dage for retsmødet. Desuden oplyste Harmoniseringskontoret under retsmødet, at det udelukkende var blevet bekendt med denne begæring ved Rettens mellemkomst, idet sagsøgerens formelle begæring om ændring af fortegnelsen endnu ikke var blevet vedlagt sagsakterne i den tilsvarende administrative sag.

19 Endvidere bemærkes, at vurderingen af, om der består en risiko for forveksling i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, skal angå alle de varer, der omfattes af varemærkeansøgningen (KIAP MOU-dommen, præmis 30).

20 I det foreliggende tilfælde er formålet med sagsøgerens begæring ikke at fjerne en eller flere varer fra fortegnelsen, for hvilke det er blevet fastslået, at de er af lignende art, men at foretage en ændring med hensyn til alle de anførte varers anvendelsesformål. Imidlertid kan det ikke udelukkes, at ændringen med hensyn til de anførte varers anvendelse kan få betydning for den sammenligning mellem varerne, som Harmoniseringskontoret foretog i forbindelse med vurderingen af risikoen for forveksling, og for den administrative behandling af sagen ved Harmoniseringskontoret.

21 At tillade en ændring af, hvad varerne anvendes til, på dette trin af sagen, ville under disse omstændigheder svare til at ændre tvistens genstand under sagens behandling. I henhold til artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement må der ikke i parternes processkrifter foretages nogen ændring af sagsgenstanden, som den har foreligget for appelkammeret. Det tilkommer nemlig Retten i sager af denne art at efterprøve lovligheden af appelkamrenes afgørelser. En ændring af fortegnelsen over de omhandlede varer vil nødvendigvis ændre indsigelsens genstand, og følgelig tvistens omfang, på en måde, der er i strid med procesreglementet.

22 I lyset af ovenstående betragtninger skal der i den foreliggende instans ikke tages hensyn til begæringen om at ændre, hvad de varer, der er omfattet af sagsøgerens oprindelige varemærkeansøgning, anvendes til. Den foreliggende tvist vedrører derfor den situation, der blev undersøgt af appelkammeret.

Om formaliteten med hensyn til sagsøgerens anden og tredje påstand

23 Sagsøgeren anmoder med den anden påstand i det væsentlige om, at Retten pålægger Harmoniseringskontoret at afvise det ansøgte varemærke fra registrering. Ifølge Harmoniseringskontoret skal denne påstand afvises.

24 I denne forbindelse bemærkes, at i overensstemmelse med artikel 63, stk. 6, i forordning nr. 40/94 skal Harmoniseringskontoret træffe de foranstaltninger, der er nødvendige til opfyldelse af dommen fra Fællesskabets retsinstanser. Det tilkommer derfor ikke Retten at give Harmoniseringskontoret et pålæg. Det påhviler dette at drage konsekvenserne af konklusionen og præmisserne i Rettens domme (Rettens dom af 31.1.2001, sag T-331/99, Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld mod KHIM (Giroform), Sml. II, s. 433, præmis 33, af 27.2.2002, sag T-34/00, Eurocool Logistik mod KHIM (EUROCOOL), Sml. II, s. 683, præmis 12, og af 3.7.2003, sag T-129/01, Alejandro mod KHIM — Anheuser-Busch (BUDMEN), Sml. II, s. 2251, præmis 22).

25 Sagsøgerens anden påstand må følgelig afvises.

26 Med den tredje påstand anmoder sagsøgeren om, at Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med indsigelsessagen og med sagens pådømmelse ved appelkammeret samt Retten.

27 Det bemærkes, at ifølge procesreglementets artikel 136, stk. 2, betragtes »nødvendige udgifter, som er afholdt af parterne i forbindelse med sagen for appelkammeret, samt udgifter, som er afholdt til de i artikel 131, stk. 4, andet afsnit, omhandlede oversættelser til processproget af processkrifterne og skriftlige indlæg

[...] som omkostninger, der kan kræves erstattet«. Det følger heraf, at omkostninger, der er afholdt i forbindelse med indsigelsessagen, ikke kan betragtes som omkostninger, der kan erstattes.

28 Sagsøgerens tredje påstand angående sagsomkostninger må således afvises, i det omfang den vedrører omkostninger afholdt i forbindelse med indsigelsessagen.

Om de beviser, der først blev fremlagt for Retten, kan tillades

29 Intervenienten har vedlagt svarskriftet af 31. oktober 2003 nogle bilag, som ikke blev fremlagt for appelkammeret, nemlig fotografier taget den 4. og 6. oktober 2003, reklameannoncer og en liste med varer af mærket bebe. Disse bilag, der først blev fremlagt for Retten, kan således ikke tages i betragtning. Sagen for Retten har til formål at efterprøve lovligheden af afgørelser fra Harmoniseringskontorets appelkamre i henhold til artikel 63 i forordning nr. 40/94, hvorfor Rettens opgave ikke er at foretage en fornyet undersøgelse af de faktiske omstændigheder i lyset af dokumenter, der for første gang fremlægges for Retten. Der skal derfor ses bort fra nævnte dokumenter, og det er ufornødent at undersøge deres beviskraft (Rettens dom af 18.2.2004, sag T-10/03, Koubi mod KHIM — Flabesa (CONFORFLEX), Sml. II, s. 719, præmis 52, af 29.4.2004, sag T-399/02, Eurocermex mod KHIM (formen på en ølflaske), Sml. II, s. 1391, præmis 52, og af 10.11.2004, sag T-396/02, Storck mod KHIM (et bolsjes form), Sml. II, s. 3821, præmis 24).

Realiteten

30 Sagsøgeren har anført et eneste anbringende, nemlig at artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er blevet tilsidesat.

Parternes argumenter

31 Sagsøgeren har bestridt appelkammerets vurdering, hvorefter der er risiko for forveksling mellem varemærkerne bebe og monBeBé.

32 For det første har sagsøgeren kritiseret appelkammerets konstatering, hvorefter »bleer af vandsugende vat«, som det ansøgte varemærker betegner, og varerne under klasse 3, som de ældre varemærker betegner, nemlig »hud- og kropsplejeprodukter, kosmetiske præparater«, ligner hinanden. Der er således hverken tale om varer af samme art eller sammensætning. Desuden opfylder bleer ikke et æstetisk behov, men alene et praktisk behov, idet deres formål er at holde spædbørns tøj tørt.

33 For det andet har sagsøgeren anført, at lighedsgraden mellem tegnene ikke er tilstrækkelig stor til at antage, at der er risiko for forveksling mellem de to tegn. Dette skyldes de visuelle og fonetiske forskelle, men også den svage grad af særpræg på grund af ordet »bebe«'s beskrivende karakter.

34 Ifølge sagsøgeren giver de visuelle særegenheder, som karakteriserer ordbestanddelen »monBeBé«, tillige med den ovale ramme, som omkranser den, et samlet indtryk, der er helt forskelligt fra det indtryk, de ældre mærker giver. Forbrugeren vil bemærke, at det ansøgte varemærkes bogstaver er fede og meget afrundede med et kompakt udtryk og med en slags accent usædvanligt placeret på det sidste »e«. Endvidere fremhæver sagsøgeren, at de to »b«'er er skrevet med stort, hvilket normalt kun er tilfældet for ordets begyndelsesbogstav.

35 Desuden finder sagsøgeren ikke, at det med føje kan hævdes, at den tyske forbruger, henset til at denne må antages at kende ordet »mon«, vil tillægge den anden del af ordmærket, nemlig »BeBé«, en større betydning end den første del, således som appelkammeret har anført. Sagsøgeren har gjort gældende, at man læser fra venstre mod højre, og at forbrugerne generelt er mere opmærksomme på den første end på den sidste del af et ordmærke.

36 Hvad herefter angår det fonetiske aspekt har sagsøgeren gjort gældende, at et tostavelsesord ikke udtales på samme måde som et trestavelsesord. Ifølge sagsøgeren frembringer udtalen af ordet »mon« en særlig lyd, som ikke har noget at gøre med udtalen af de ældre varemærker.

37 Med hensyn til det begrebsmæssige aspekt har sagsøgeren henvist til, at ordet »bebe« har en beskrivende karakter, når det drejer sig om intervenientens produkter, som gør det muligt for brugerne at bevare en hud som et spædbarn. Under disse omstændigheder bør ordet »bebe« fortsat være til rådighed for alle.

38 For det tredje har sagsøgeren bestridt, at varemærket bebe er velkendt i Tyskland. Eftersom varemærket bebe er en betegnelse, som alle forbrugere i Den Europæiske Union forstår, herunder bl.a. tyske forbrugere, har dette ikke i sig selv et stærkt særpræg i Tyskland. Sagsøgeren har bestridt de beviser, der er fremlagt vedrørende

kendskabet til bebe-varemærkerne i den berørte kundegruppe. Endvidere har sagsøgeren anført, at det beror på en fejltagelse, når appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 40 har nævnt, at disse varemærker er velkendte i »de tysksprogede lande«. Intervenienten har aldrig påberåbt sig, at varemærkerne er velkendte i disse lande; tværtimod begrænsede intervenienten i sin indsigelse udtrykkeligt spørgsmålet om, hvorvidt varemærket var velkendt, til Tyskland.

39 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at appelkammeret ikke har tilsidesat artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

40 For så vidt angår de ældre varemærkers stærke særpræg har Harmoniseringskontoret henvist til, at det tyske varemærke bebe blev registreret, efter at det var blevet godtgjort, at det havde opnået fornødent særpræg ved brug (durchgesetzes Zeichen), og at der i Østrig ikke blev rejst indsigelse mod, at varemærket blev registreret som et internationalt varemærke.

41 Ifølge Harmoniseringskontoret er det med urette, at sagsøgeren har bestridt den anfægtede afgørelse, for så vidt som denne har lagt vægt på, at varemærket bebe gennem brug havde opnået en høj grad af særpræg på det tyske marked, da ansøgningen om EF-varemærket blev indleveret den 13. juni 1996.

42 For så vidt angår Østrig har Harmoniseringskontoret i det væsentlige gjort gældende, at den høje grad af særpræg, som intervenientens varemærke har i dette land, ikke kan tages i betragtning, eftersom intervenienten hverken har påberåbt sig dette i indsigelsen eller i den redegørelse for de faktiske omstændigheder, beviser og betragtninger, som intervenienten inden for den fastsatte frist indgav til støtte for indsigelsen i overensstemmelse med regel 20, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 (jf. i denne retning Rettens dom af 13.6.2002, sag T-232/00, Chef Revival USA mod

KHIM — Massagué Marín (Chef), Sml. II, s. 2749, præmis 34 og 35). Såfremt det modsatte blev accepteret, kunne det føre til, at de af Harmoniseringskontoret fastsatte frister mistede deres betydning, at sagsbehandlingstiden blev særdeles forlænget, og endog til, at forhalingsmanøvrer blev fremmet.

43 Intervenienten har gjort gældende, at der på grund af ligheden mellem de omhandlede varer og tegnene bebe og monBeBé er risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

44 Intervenienten har anført, at varemærket bebe allerede i 1995 var meget velkendt i den berørte omsætningskreds i Tyskland. Denne omstændighed bør tillægges afgørende betydning ved vurderingen af ligheden mellem de omhandlede tegn. I forhold til den anseelse, som varemærket bebe har opnået ved omfattende og langvarig brug, har det ingen betydning, om ordet »bebe« i sig selv skulle have en lav grad af særpræg på grund af ordets »suggestive« karakter, således som appelkammeret nåede frem til.

Rettens bemærkninger

45 Det bestemmes i 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 mærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre mærke er identisk med eller ligner et 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. I henhold til artikel 8, stk. 2, litra a), nr. ii) og iii), i forordning nr. 40/94 skal der ved ældre varemærker forstås varemærker, som er registreret i en medlemsstat, og varemærker, som er genstand for en international registrering med retsvirkning i en medlemsstat, hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EF-varemærkeansøgningen.

46 Risikoen for forveksling er ifølge fast 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.

47 Ifølge samme retspraksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling i henhold til den opfattelse, som den relevante kundekreds har af de pågældende tegn og de omhandlede varer eller tjenesteydelser. Der skal herved tages hensyn til alle relevante faktorer i sagen, navnlig at ligheden mellem tegnene og ligheden mellem de pågældende varer eller tjenesteydelser er i et indbyrdes afhængighedsforhold (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 31-33 og den deri nævnte retspraksis).

48 I det foreliggende tilfælde var de ældre bebe-varemærker, da ansøgningen om EF-varemærket blev indleveret, dels registreret som internationalt varemærke med retsvirkning i bl.a. Østrig, Italien og Benelux-landene, dels som nationalt varemærke i Tyskland. Da indsigelsen støtter sig på denne sidste registrering samt på den internationale registrering med retsvirkning i Østrig, er det relevante område for vurderingen af risikoen for forveksling navnlig Tyskland og Østrig.

49 Eftersom de omhandlede varer er almindelige forbrugsvarer, er den relevante kundekreds gennemsnitsforbrugeren, der anses for at være almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet.

50 Med henblik på at afgøre, om registreringen af tegnet monBeBé indebærer en risiko for forveksling med de ældre bebe-varemærker, skal der i lyset af ovenstående betragtninger først foretages en sammenligning af de omhandlede varer, herefter en sammenligning af de omtvistede tegn, og endelig skal det undersøges, om de ældre varemærker som hævdet har en høj grad af særpræg.

Sammenligning af varerne

51 På dette punkt har sagsøgeren alene bestridt appelkammerets vurdering af, at bleer af vandsugende vat henhørende under klasse 5, som varemærket monBeBé skal anvendes for, og hud- og kropsplejeprodukter, samt kosmetiske præparater under klasse 3, som de ældre varemærker betegner, er varer af lignende art.

52 Det bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at der ved vurderingen af de omhandlede varers lighed skal tages hensyn til alle relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem disse varer. Disse faktorer omfatter navnlig varernes art, anvendelsesformål og benyttelse, samt om de konkurrerer med eller supplerer hinanden (Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 23, og Rettens dom af 4.11.2003, sag T-85/02, Díaz mod KHIM — Granjas Castelló (CASTILLO), Sml. II, s. 4835, præmis 32).

53 Endvidere bemærkes, at både bleer, hvad enten de er bestemt for spædbørn eller voksne, der lider af inkontinens, og kosmetiske præparater sælges fra de samme salgssteder. I øvrigt anvendes sidstnævnte varer, når de er bestemt til pleje af små børn, på en måde, der er tæt forbundet med de førstnævnte varer. Bleer er således hygiejneprodukter, der normalt anvendes samtidig med plejemidler til huden, og varerne supplerer hinanden. Bleer af vandsugende vat, som det ansøgte varemærke betegner, samt hud- og kropsplejeprodukter og kosmetiske præparater, som de ældre varemærker omfatter, kan derfor anses for varer af lignende art.

54 Følgelig begik appelkammeret ikke en fejl, da det sammenlignede de omhandlede varer.

Sammenligning af tegnene

55 Som det følger af fast praksis, skal helhedsvurderingen af risikoen for forveksling for så vidt angår de omtvistede tegns visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige lighed være baseret på det helhedsindtryk, tegnene giver, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller dominans (jf. 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 47 og den deri nævnte retspraksis).

56 Appelkammeret har konstateret, at den visuelle sammenligning mellem det ældre ordmærke og det ansøgte varemærkes ordbestanddel afslører en vis visuel lighed. Den forskel, der fremkommer ved, at ordet »mon« er blevet tilføjet det ansøgte varemærke, blev ikke anset for tilstrækkeligt afgørende til, at der helt kunne ses bort fra den omstændighed, at den væsentlige del af varemærket, ordet bebe, er identisk med det ord, de ældre varemærker indeholder.

57 Det bemærkes, at de ældre varemærker udelukkende indeholder ordet »bebe«, skrevet med små bogstaver.

58 Det ansøgte varemærke indeholder ordbestanddelen »monBeBé«, der er skrevet med skiftevis store og små bogstaver, og som befinder sig inden i en oval ramme. Det kan opdeles i to dele, »mon« og »BeBé«.

59 Hvad angår de figurative bestanddele af det ansøgte varemærke monBeBé, dvs. ordet »monBeBé«'s skrifttype, og den ovale ramme, der omkranser ordet, er disse ikke tilstrækkeligt betydningsfulde til, at de tiltrækker forbrugerens opmærksomhed, mere end varemærkets ordbestanddel ville have gjort. Endvidere er den accent, der

er anbragt på det sidste bogstav, »e«, i tegnet »monBeBé«, knapt synlig, og i modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende, skaber brugen af store bogstaver hvad angår bogstavet »b« ikke en nævneværdig forskel i forhold til de omkringstående bogstaver. Derimod leder brugen af store bogstaver opmærksomheden hen på den anden bestanddel, »BeBé«, hvorfor denne kan betragtes som den dominerende del af tegnet monBeBé.

60 Eftersom det ældre varemærke bebe indgår i sin helhed i det ansøgte varemærke monBeBé, er den forskel, der er frembragt ved tilføjelsen af ordbestanddelen »mon« i begyndelsen af det ansøgte varemærke, ikke tilstrækkelig vigtig til helt at fjerne den lighed, der er skabt ved sammenfaldet af den væsentlige del af det ansøgte varemærke, nemlig ordet »bebe« (jf. i denne retning CONFORFLEX-dommen, præmis 46).

61 Det følger heraf, at appelkammeret ikke begik en fejl, da det fastslog, at tegnene visuelt lignede hinanden.

62 For så vidt angår den fonetiske sammenligning af de omtvistede tegn fastslog appelkammeret, at der var en vis fonetisk lighed.

63 Det bemærkes, at hvad angår tilstedeværelsen af bestanddelen »bebe« i de ældre varemærker og i det ansøgte varemærke udviser de omtvistede tegn en vis fonetisk lighed. Tilføjelsen af udtrykket »mon« til »bebe« i det ansøgte varemærke indebærer imidlertid, at helhedsindtrykket af de omtvistede tegn fonetisk bliver forskelligt (jf. i denne retning CONFORFLEX-dommen, præmis 47). Denne forskel fører dog ikke til, at den fonetiske lighed kan drages i tvivl, eftersom denne forskel ikke vedrører den dominerende bestanddel af det ansøgte mærke.

64 Følgelig har appelkammeret ikke begået en fejl, idet det antog, at de omhandlede tegn udviste en vis fonetisk lighed.

65 Hvad angår den begrebsmæssige lighed fastslog appelkammeret, at da den relevante kundekreds i Tyskland forstår betydningen af ordet »bebe« såvel som betydningen af ordet »mon«, ligner de omhandlede tegn hinanden, for så vidt som de har ordet »bebe« til fælles.

66 Det bemærkes, at i modsætning til det af intervenienten anførte, forstår den relevante tysktalende kundekreds uden vanskeligheder, at ordet »bebe« betyder spædbarn.

67 For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt kundekredsen skaber en begrebsmæssig forbindelse mellem ordene »bebe« og »monBeBé«, må det konstateres, at ikke det ikke er udelukket, at den tysktalende forbruger forstår ordet »mon« som »mein« (dvs. »mon« (mit) på tysk). Tysktalende er således bekendt med visse franske udtryk, som f.eks. »mon chéri« og »mon amour«, som betegner visse varer, der markedsføres i Tyskland. Hvis det antages, at den relevante kundekreds forstår, hvad ordet »mon« betyder, er der derfor reelt ikke nogen begrebsmæssig forskel mellem de omtvistede tegn. Tilføjelsen af et possessivt pronomen ændrer således ikke væsentligt ved det begrebsmæssige indhold af tegnet, der henviser til spædbarn. Selv hvis det antages, at den relevante kundekreds ikke opfatter betydningen af det franske ord »mon«, vil den genkende det franske ord »bebe«, og tilstedeværelsen af ordet »mon« vil ikke ændre kundekredsens opfattelse af tegnets begrebsmæssige indhold.

68 Under disse omstændigheder fastslog appelkammeret med rette, at der var begrebsmæssig lighed mellem de omtvistede tegn.

69 Der er således visuel og begrebsmæssig lighed samt en vis fonetisk lighed mellem tegnene. I forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling skal det endvidere undersøges, om de ældre varemærker har en høj grad af særpræg.

De ældre varemærkers eventuelle høje grad af særpræg

70 Det følger af fast retspraksis, at der er større risiko for forveksling, jo stærkere det ældre varemærkes særpræg er (jf. analogt Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 24). Der tilkommer derfor de varemærker, som har et stærkt særpræg, enten i sig selv eller fordi de er kendt på markedet, en videre beskyttelse end de mærker, hvis særpræg er mindre (jf. analogt Canon-dommen, præmis 18, og Domstolens dom af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 20).

71 For at kunne tage stilling til et varemærkes særpræg og dermed, om det har en høj grad af særpræg, skal der foretages en samlet vurdering af, om varemærket er mere eller mindre egnet til at identificere de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, som hidrørende fra en bestemt virksomhed og dermed til at adskille disse varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders (jf. analogt Domstolens dom af 4.5.1999, forenede sager C-108/97 og C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Sml. I, s. 2779, præmis 49, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 22).

72 Ved denne vurdering skal der bl.a. tages hensyn til mærkets egentlige beskaffenhed, herunder om det indeholder elementer, der beskriver de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, varemærkets markedsandel, intensiteten, den geografiske udstrækning og varigheden af brugen af dette varemærke, størrelsen af de investeringer, som virksomheden har foretaget for at fremme varemærket, den andel af de relevante omsætningskredse, der identificerer varerne eller tjenesteydelserne som hidrørende fra en bestemt virksomhed på grund af varemærket, samt erklæringer fra industri- og handelskamre eller andre faglige sammenslutninger (jf. analogt Windsurfing Chiemsee-dommen, præmis 51, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 23).

73 Det ældre varemærkes særpræg og det forhold, at et varemærke er velkendt, skal tages i betragtning ved bedømmelsen af, om ligheden mellem tegnene eller mellem varerne og tjenesteydelserne er tilstrækkelig til at fremkalde risiko for forveksling (jf. i denne retning Canon-dommen, præmis 24, Rettens dom af 22.10.2003, sag T-311/01, Éditions Albert René mod KHIM — Trucco (Starix), Sml. II, s. 4625, præmis 61, og af 22.6.2004, sag T-66/03, »Drie Mollen sinds 1818« mod KHIM — Manuel Nabeiro Silveira (Galáxia), Sml. II, s. 1765, præmis 30).

74 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren gjort gældende, at varemærket bebe ikke i sig selv har et stærkt særpræg. Intervenienten og Harmoniseringskontoret har imidlertid ikke på noget tidspunkt gjort gældende, at varemærket bebe i sig selv skulle have en høj grad af særpræg, men derimod at det er på grund af kendskabet hertil på markedet, at varemærket har fået en høj grad af særpræg.

75 Det skal således undersøges, om intervenienten har anført tilstrækkeligt med faktiske omstændigheder eller beviser for Harmoniseringskontoret til godtgørelse af, at dets varemærke i virkeligheden var kendt i Tyskland, da ansøgningen om EF-varemærket blev indleveret den 13. juni 1996.

76 Intervenienten har for Harmoniseringskontoret fremlagt adskillige dokumenter til støtte for, at dets ældre varemærker er velkendte. Appelkammeret har på grundlag af en forbrugerundersøgelse foretaget i 1995 af IMAS International GmbH (Müller, Schupfner & Gauger) (herefter »IMAS-forbrugerundersøgelsen«) og en erklæring fra intervenientens markedsføringsdirektør, O. Albers, anerkendt, at varemærkerne er velkendte. Ifølge sagsøgeren er disse beviser ikke af en sådan karakter, at de kan godtgøre, at varemærket bebe var velkendt i Tyskland den 13. juni 1996.

77 For så vidt angår IMAS-forbrugerundersøgelsen har Harmoniseringskontoret og intervenienten anført, at denne i sig selv er tilstrækkelig til at fastslå varemærket bebe's høje grad af særpræg på det tyske marked, hvorimod sagsøgeren har anført, at denne forbrugerundersøgelse kun giver meget generelle procentsatser.

78 Det fremgår af sagen, at IMAS-forbrugerundersøgelsen blev gennemført i oktober og november måned 1995. Ifølge den indledende præsentation af forbrugerundersøgelsen var dennes formål at evaluere værdien af varemærket bebe hos den tyske befolkning. 2 017 personer over 16 år besvarede således mundtligt nogle spørgsmål. Resultatet blev præsenteret som nogle procentsatser fordelt i henhold til fire forskellige kriterier: det samlede antal adspurgte personer, køn, alder (16-29 år, 30-49 år, mere end 50 år) og bopæl.

79 Det bemærkes, at sagsøgeren med urette har hævdet, at der ikke blev givet nogle oplysninger om sammensætningen af den adspurgte persongruppe. Som det netop er konstateret, var der tale om personer over 16 år, både mænd og kvinder, som var opdelt i tre forskellige alderskategorier, og som boede i næsten alle delstaterne. Selv om fordelingen mellem de forskellige kategorier ikke blev afsløret, er der intet, som peger på, at disse kategorier ikke repræsenterer den tyske gennemsnitforbrugers holdning. Endvidere bemærkes, at en gruppe på 2 017 adspurgte personer i det foreliggende tilfælde er tilstrækkelig stor til, at undersøgelsen er repræsentativ.

80 I øvrigt er der ikke tale om meget generelle procentsatser, således som sagsøgeren har gjort gældende, idet resultaterne — således som Harmoniseringskontoret har anført — viser, at varemærket bebe konkret har en høj grad af særpræg. Resultatet af forbrugerundersøgelsen viser således, at varemærket bebe var kendt af en væsentlig del af kundekredsen på det tyske marked, før ansøgningen om EF-varemærket blev indgivet. Ifølge tabel I og III i forbrugerundersøgelsen kendte 64% af de adspurgte personer, dvs. havde læst eller hørt om, ordet »bebe« i forbindelse med krops- og ansigtsplejemidler. Blandt kvinderne var der 80%, som kendte ordet. Ifølge tabel II

og IV antog 66% af dem, der kendte ordet (68% af kvinderne), at ordet kun blev anvendt af en enkelt producent.

81 For så vidt angår spørgsmålenes formulering, som ifølge sagsøgeren ikke var neutral, bemærkes, at selv om spørgsmålene nævnte ordet »bebe«, er det intet grundlag for at betvivle forbrugerundersøgelsens objektivitet.

82 Med hensyn til sagsøgerens argument om, at det er ukorrekt, når appelkammeret konstaterer, at »66% af befolkningen antog, at betegnelsen »bebe« kun blev anvendt af en enkelt producent«, er det tilstrækkeligt at bemærke, således som appelkammeret selv fastslog, at 64% af befolkningen kendte ordet »bebe«, og at procentdelen på 66% kun kunne vedrøre den del af befolkningen, som faktisk kendte ordet. Selv om appelkammeret formulerede sig uklart, begik dette derfor ikke nogen fejl i denne forbindelse.

83 Herefter må det konstateres, at IMAS-forbrugerundersøgelsen er tilstrækkeligt bevis for, at varemærket bebe havde en høj grad af særpræg, fordi det var velkendt i Tyskland, da ansøgningen om EF-varemærket blev indgivet.

84 Det er således ufornødent at tage stilling til de øvrige beviser, som intervenienten fremlagde for Indsigelsesafdelingen eller appelkammeret, men som appelkammeret ikke tog i betragtning, hvorved det tilsidesatte sine forpligtelser i henhold til artikel 61, stk. 1, og artikel 62, stk. 1, i forordning nr. 40/94 (Rettens dom af 23.9.2003, sag T-308/01, Henkel mod KHIM — LHS (UK) (KLEENCARE), Sml. II, s. 3253). Herved er der er ikke grundlag for at annullere den anfægtede afgørelse på dette punkt, eftersom det i afgørelsen anerkendes, at det tyske varemærke bebe har en høj grad af særpræg.

85 Det er endvidere ufornødent at tage stilling til, om appelkammeret begik en fejl, da det fastslog, at det ældre varemærke var forholdsvis velkendt i Østrig, eftersom det er tilstrækkeligt, at der er risiko for forveksling i relation til et af de ældre varemærker.

86 Henset til at de omhandlede varer er af lignende art, at der er en vis lighed mellem de omtvistede tegn, og at det ældre varemærke bebe har en høj grad af særpræg, der er opnået ved brug, bemærkes, at der i det mindste i Tyskland er risiko for forveksling.

87 Følgelig skal sagsøgerens eneste anbringende forkastes, og Harmoniseringskontoret frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

88 I henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets påstand herom. Da intervenienten ikke har nedlagt påstand om betaling af sagens omkostninger, bærer denne sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Tredje Afdeling)

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

2) Sagsøgeren betaler de omkostninger, som Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) har afholdt.

3) Intervenienten bærer sine egne omkostninger.

Jaeger Tiili Czúcz

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 21. april 2005.

H. Jung

Justitssekretær

M. Jaeger

Afdelingsformand