FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (tredje avdelningen)
den 21 april 2005 *

I mål T-164/03,

Ampafrance SA, Cholet (Frankrike), företrätt av advokaten C. Bercial Arias,

sökande,

mot

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

svarande,

* Rättegångsspråk: franska.

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

Johnson & Johnson GmbH, Düsseldorf (Tyskland), företrätt av advokaten D. von Schultz,

angående en talan mot det beslut som fattats av harmoniseringsbyråns första överklagandenämnd den 4 mars 2003 (ärende R 220/2002-1), avseende ett invändningsförfarande mellan Ampafrance SA och Johnson & Johnson GmbH,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

sammansatt av ordföranden M. Jaeger samt domarna V. Tiili och O. Czúcz,

justitiesekreterare: byrådirektören J. Plingers,

med beaktande av ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 8 maj 2003,

med beaktande av harmoniseringsbyråns svarsinlaga som inkom till förstainstansrättens kansli den 31 oktober 2003,

med beaktande av intervenientens svarsinlaga som inkom till förstainstansrättens kansli den 31 oktober 2003,

efter att förhandling hållits den 2 december 2004,

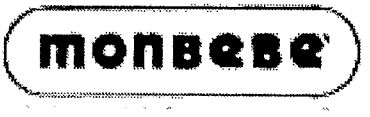
följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Ampafrance SA ingav den 13 juni 1996 en ansökan om registrering av ett gemenskapsvarumärke till Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (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 ändrad lydelse.

2 Det varumärke som registreringsansökan avsåg är nedanstående figurtecken (nedan kallat varumärket monBeBé):



3 De varor som registreringsansökan avsåg ingår i klasserna 3, 5, 8, 10, 11, 12, 16, 18, 20, 21, 22, 24, 25 och 28 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg.

4 Denna ansökan offentliggjordes i *Bulletinen för gemenskapsvarumärken* nr 8/99 av den 8 februari 1999.

5 Bolaget Johnson & Johnson GmbH framställde den 29 mars 1999 en invändning i enlighet med artikel 42 i förordning nr 40/94 mot registreringen av detta gemenskapsvarumärke. Invändningen framställdes på den grunden att ordmärket bebe föreligger, vilket har varit föremål för följande registreringar:

— registrering i Tyskland under nummer 1168346, av den 22 november 1990, avseende följande varor: "hud- och kroppsvårdsprodukter, vilket omfattar produkter för rengöring och skydd av huden, särskilt hudkrämer, hudlotioner, rengöringsmjölk, ansiktsvatten, fuktgivande emulsioner, solskyddskrämer, badtillsats, badgel, oljor för huden, schamponeringsmedel, vårdande produkter för läpparna; tvålar, rengöringsprodukter; våtservetter; deodoranter; produkter för rengöring av tänder, ansiktspuder, avsminkningsprodukter, nagelvårdsprodukter inklusive nagellack och nagellacksborttagningsmedel". Dessa varor ingår i klass 3. Till stöd för invändningen gjordes gällande att varumärket i Tyskland är känt i den mening som avses i artikel 8.5 i förordning nr 40/94 och välkänt i den mening som avses i artikel 8.2 c i samma förordning;

— internationell registrering IR 571254, av den 19 december 1990, vilken bland annat gäller i Italien, Österrike och Beneluxländerna, avseende samma varor i klass 3 som dem som angetts ovan och avseende följande varor:

  — Klass 16: "Pappershanddukar och våtservetter för skönhetsvård";

  — Klass 24: "Handdukar och tvättlappar av tyg för skönhetsvård".

6 Invändningen framställdes på grundval av samtliga varor som omfattas av de äldre varumärkena och avseende en del av de varor som avses i ansökan om gemenskapsvarumärke, nämligen följande varor:

— Klass 3: "Tvål, rengöringsprodukter, hud- och kroppsvårdsprodukter, kosmetika, schamponeringsmedel, talk, eau de toilette, tandpulver, -kräm och -pastor, badprodukter, bomullspinnar".

— Klass 5: "Hygieniska produkter, dietprodukter, dietlivsmedel, bomull, blöjor".

— Klass 10: "Nappflaskor, sugnappar, tröstnappar, medicinska apparater, läkemedelsväskor".

— Klass 16: "Papper och pappersvaror, blöjor av pappersmaterial".

7 De grunder som anförts till stöd för invändningen är de som avses i artikel 8.1 b, 8.2 c och 8.5 i förordning nr 40/94.

8 Under invändningsförfarandet, den 21 februari 2000, begränsade sökanden förteckningen över de varor som avses i registreringsansökan genom att utesluta de varor som ingår i klass 16.

9 Invändningsenheten avslog invändningen genom beslut av den 27 februari 2002. Den konstaterade att det inte förelåg någon risk för förväxling mellan de ifrågavarande varumärkena i den mening som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94. Eftersom kännetecknen inte liknar varandra avslog invändningsenheten även invändningen i den del som den hade framställts på grundval av artikel 8.2 c i förordning nr 40/94. Även den del av invändningen som hade framställts på grundval av artikel 8.5 i förordning nr 40/94 avslogs, eftersom kännetecknen var olika och intervenienten inte hade visat att dess tyska varumärke var känt.

10 Intervenienten överklagade invändningsenhetens beslut hos harmoniseringsbyrån den 12 mars 2002 i enlighet med artiklarna 57–62 i förordning nr 40/94.

11 Genom beslut av den 4 mars 2003 (nedan kallat det omtvistade beslutet), biföll första överklagandenämnden delvis överklagandet. Den ansåg i huvudsak att det var sannolikt att det förelåg en risk för förväxling hos omsättningskretsen, bland annat mot bakgrund av att varorna i klasserna 3 och 5 var identiska eller av liknande slag, att de ifrågavarande kännetecknen liknade varandra och att de äldre varumärkena var kända för kroppsvårdsprodukter. Invändningsenhetens beslut upphävdes följaktligen i den mån som det innebar avslag på den invändning som framställts på grundval av artikel 8.1 i förordning nr 40/94 beträffande följande varor som avses i ansökan: "tvål, rengöringsprodukter, hudvårdsprodukter, kosmetika, schamponeringsmedel, talk, eau de toilette, tandpulver, -kräm och -pastor, badprodukter, bomullspinnar", vilka ingår i klass 3, och "hygieniska produkter, bomull, blöjor", vilka ingår i klass 5.

12 Vad beträffar de varor som inte ansågs vara av liknande slag, nämligen dietprodukter och dietlivsmedel (klass 5), och nappflaskor, sugnappar, tröstnappar, medicinska apparater, läkemedelsväskor (klass 10), bedömde överklagandenämnden att de nödvändiga villkoren för tillämpningen av artikel 8.5 i förordning nr 40/94 inte var uppfyllda och överklagandet avslogs således i detta avseende. I övrigt prövade inte

överklagandenämnden invändningen i den del som den framställts på grundval av artikel 8.2 c i förordning nr 40/94, då den hade bifallit invändningen i den del som den grundades på artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 vad beträffar "kosmetika, vårdprodukter, nämligen hudvårdsprodukter", vilka ingår i klass 3.

Parternas yrkanden

13 Sökandebolaget har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara eller ändra det omtvistade beslutet i den mån som det går bolaget emot,

— fastställa att ansökan om registrering av varumärket monBebé som gemenskapsvarumärke skall beviljas i sin helhet, och

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta kostnaderna i invändningsförfarandet samt förfarandena vid överklagandenämnden och förstainstansrätten.

14 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

15 Intervenienten har yrkat att förstainstansrätten skall ogilla talan.

Föremålet för tvisten

16 Sökanden har, genom en skrivelse av den 25 november 2004, informerat förstainstansrätten om att denne har begränsat registreringsansökan, vad avser varorna i klasserna 3, 5 och 10, till varor avsedda för spädbarn och småbarn.

17 Förstainstansrätten erinrar härvid om att sökanden, med stöd av artikel 44.1 i förordning nr 40/94, när som helst kan återkalla sin ansökan om gemenskapsvarumärke eller begränsa den däri ingående förteckningen över varor eller tjänster. En begränsning av förteckningen över de varor och tjänster som avses i en ansökan om gemenskapsvarumärke skall ske i enlighet med vissa särskilda föreskrifter, genom en ändringsansökan som framställs i enlighet med artikel 44 i förordning nr 40/94 och regel 13 i kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av rådets förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärke (EGT L 303, s. 1) (förstainstansrättens dom av den 5 mars 2003 i mål T-194/01, Unilever mot harmoniseringsbyrån (Äggformad tablett), REG 2003, s. II-383, punkt 13, och av den 25 november 2003 i mål T-286/02, Oriental Kitchen mot harmoniseringsbyrån — Mou Dybfrost (KIAP MOU), REG 2003, s. II-4953, punkt 30).

18 I förevarande fall har sökanden ingett en ansökan om begränsning av förteckningen över varor endast några dagar före förhandlingen. Dessutom har harmoniseringsbyrån under förhandlingen gjort gällande att den fick kännedom om denna ansökan endast genom förstainstansrätten, då sökandens formella ansökan om begränsning ännu inte hade tillagts handlingarna i ärendet vid harmoniseringsbyrån.

19 Det skall i övrigt erinras om att bedömningen av förväxlingsrisken vid tillämpningen av artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 skall avse samtliga de varor som anges i registreringsansökan (domen i det ovannämnda målet KIAP MOU, punkt 30).

20 I förevarande fall avser sökanden, genom den nu aktuella ansökan, inte att från förteckningen ta bort en eller flera varor som har konstaterats vara av liknande slag, utan att ändra samtliga angivna varors avsedda användningsområde. Det kan emellertid inte uteslutas att ändringen av varornas avsedda användningsområde kan påverka den jämförelse av varorna som harmoniseringsbyrån gjorde vid bedömningen av förväxlingsrisken och det administrativa förfarandet vid harmoniseringsbyrån.

21 Att under dessa omständigheter godta ändringen av varornas avsedda användningsområde i detta skede, skulle ändra föremålet för tvisten under pågående domstolsförfarande. I enlighet med artikel 135.4 i förstainstansrättens rättegångsregler kan parternas inlagor inte ändra föremålet för tvisten i överklagandenämnden. Det åligger nämligen förstainstansrätten att inom ramen för förevarande tvist pröva lagenligheten av överklagandenämndens beslut. En ändring i förteckningen över angivna varor och tjänster innebär emellertid nödvändigtvis att föremålet för invändningen, och således även tvistens omfattning, ändras på ett sätt som strider mot rättegångsreglerna.

22 Mot bakgrund av det ovanstående kommer ändringen av det avsedda användningsområdet för de varor som avses i sökandens ursprungliga ansökan om registrering inte att beaktas av förstainstansrätten. Följaktligen avser förevarande tvist de förhållanden som har prövats av överklagandenämnden.

Huruvida sökandens andra och tredje yrkanden kan tas upp till sakprövning

23 Sökanden har genom sitt andra yrkande yrkat att förstainstansrätten skall förelägga harmoniseringsbyrån att bevilja ansökan om registrering av det sökta varumärket. Enligt harmoniseringsbyrån kan detta yrkande inte prövas.

24 Förstainstansrätten erinrar härvid om att harmoniseringsbyrån enligt artikel 63.6 i förordning nr 40/94 är skyldig att vidta de åtgärder som krävs för att följa gemenskapsdomstolens dom. Det ankommer därför inte på förstainstansrätten att rikta förelägganden till harmoniseringsbyrån. Det åligger nämligen harmoniseringsbyrån att rätta sig efter domslutet och domskälen i förstainstansrättens domar (förstainstansrättens dom av den 31 januari 2001 i mål T-331/99, Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld mot harmoniseringsbyrån (Giroform), REG 2001, s. II-433, punkt 33, av den 27 februari 2002 i mål T-34/00, Eurocool Logistik mot harmoniseringsbyrån (EUROCOOL), REG 2002, s. II-683, punkt 12, och av den 3 juli 2003 i mål T-129/01, Alejandro mot harmoniseringsbyrån — Anheuser-Busch (BUDMEN), REG 2003, s. II-2251, punkt 22).

25 Sökandens andra yrkande kan således inte tas upp till sakprövning.

26 Sökanden har genom sitt tredje yrkande yrkat att harmoniseringsbyrån skall förpliktas att ersätta kostnaderna i invändningsförfarandet samt förfarandena vid överklagandenämnden och förstainstansrätten.

27 Det skall erinras om att det i artikel 136.2 i rättegångsreglerna föreskrivs att ”[n]ödvändiga kostnader som parterna haft för förfarandet i överklagandenämnden samt kostnader som de ådragit sig för de i artikel 131.4 andra stycket angivna översättningarna av inlagor och andra skrivelser till rättegångsspråket skall betraktas

som ersättningsgilla kostnader". Härav följer att de kostnader som uppstått i samband med invändningsförfarandet inte är ersättningsgilla.

28 Sökandens tredje yrkande avseende kostnader kan således inte tas upp till sakprövning i den del som det avser kostnaderna i invändningsförfarandet.

Huruvida den bevisning som för första gången förebringats vid förstainstansrätten kan tas upp till prövning

29 Intervenienten har såsom bilaga till svarsinlagan av den 31 oktober 2003 förebringat bevisning som inte hade ingetts till överklagandenämnden, nämligen fotografier från den 4 oktober och den 6 oktober 2003, reklamannonser och en förteckning över varorna med varumärket bebe. Denna bevisning, som förebringats först vid förstainstansrätten, kan således inte beaktas. Talan vid förstainstansrätten syftar nämligen till att, i den mening som avses i artikel 63 i förordning nr 40/94, pröva lagenligheten av beslut som harmoniseringsbyråns överklagandenämnd har fattat, och förstainstansrätten skall under dessa förhållanden inte bedöma de faktiska omständigheterna på nytt mot bakgrund av handlingar som förebringats först vid förstainstansrätten. Ovannämnda handlingar skall således lämnas utan avseende utan att det är nödvändigt att bedöma deras bevisvärde (förstainstansrättens dom av den 18 februari 2004 i mål T-10/03, Koubi mot harmoniseringsbyrån — Flabesa (CONFORFLEX), REG 2004, s. II-719, punkt 52, av den 29 april 2004 i mål T-399/02, Eurocermex mot harmoniseringsbyrån (En ölflaskas form), REG 2004, s. II-1391, punkt 52, och av den 10 november 2004 i mål T-396/02, Storck mot harmoniseringsbyrån (Formen på en karamell), REG 2004, s. II-3821, punkt 24).

Prövning i sak

30 Sökanden har till stöd för sin talan åberopat en enda grund som avser åsidosättande av artikel 8.1 b i förordning nr 40/94.

Parternas argument

31 Sökanden har ifrågasatt överklagandenämndens bedömning att det föreligger risk för förväxling mellan varumärkena bebe och monBeBé.

32 Sökanden har för det första kritiserat överklagandenämndens bedömning att de blöjor som omfattas av det sökta varumärket och varorna i klass 3 som omfattas av de äldre varumärkena, det vill säga "hud- och kroppsvårdsprodukter, kosmetika", är av liknande slag. Det rör sig nämligen inte om varor av samma slag och de har inte heller samma sammansättning. Blöjorna fyller inte heller någon estetisk utan endast en praktisk funktion, eftersom syftet med dem är att spädbarnens kläder skall vara torra.

33 Sökanden har för det andra anfört att de ifrågavarande varumärkena inte liknar varandra i tillräckligt hög grad för att det skall kunna fastställas att det föreligger en risk för förväxling dem emellan. Detta följer av de visuella och fonetiska skillnaderna, men även av den omständigheten att ordet bebe är beskrivande och därmed har liten särskiljningsförmåga.

34 Enligt sökanden medför de visuella särdrag som kännetecknar orddelen monBeBé, tillsammans med den ovala ram som omgärdar den, ett helt annat helhetsintryck än de äldre varumärkena. Konsumenten kommer att lägga märke till att det sökta varumärkets bokstäver är fetstilta, mycket runda, och ger ett intryck av att vara ihoptryckta. Därutöver har ett accent-liknande tecken placerats på ett ovanligt sätt på det sista e:et. Det skall även noteras att bokstaven b i båda fallen är skrivna med versaler, vilket är ovanligt för andra bokstäver än den första bokstaven i ett ord.

35 Dessutom anser sökanden att det inte är realistiskt att anföra att tyska konsumenter, mot bakgrund av att man kan anta att de känner till ordet mon, lägger större vikt vid den andra delen BeBé än vid ordtecknets första del, såsom överklagandenämnden har hävdat. Sökanden har gjort gällande att man läser från vänster till höger och att konsumenterna generellt sett fäster större uppmärksamhet på ordtecknets första del än på dess sista del.

36 I fonetiskt avseende har sökanden därefter gjort gällande att ett ord som består av två stavelser inte uttalas på samma sätt som ett ord som består av tre stavelser. Enligt sökanden medför uttalet av ordet mon ett särskilt ljud som på intet sätt överensstämmer med uttalet av de äldre varumärkena.

37 I begreppsmässigt avseende har sökanden framhållit att ordet bebe är beskrivande då det rör sig om intervenientens varor, vilka möjliggör för användarna av dessa varor att bibehålla en babylen hud. Under dessa omständigheter borde ordet bebe kunna användas fritt av alla.

38 Sökanden har för det tredje ifrågasatt att varumärket bebe är känt i Tyskland. Eftersom varumärket bebe består av ett ord som förstås av samtliga konsumenter i Europeiska unionen, däribland tyska konsumenter, har det inte i sig någon stor särskiljningsförmåga i Tyskland. Sökanden har ifrågasatt den bevisning som har

förebringats beträffande kännedomen om varumärkena bebe i omsättningskretsen. Sökanden har dessutom påpekat att överklagandenämnden, i punkt 40 i det omtvistade beslutet, felaktigt har påpekat att varumärket i fråga är känt i tyskspråkiga länder. Intervenienten har inte gjort gällande att varumärket är känt i de länderna, eftersom den uttryckligen i sin anmälan om invändning begränsade frågan huruvida varumärket är känt till att avse Tyskland.

39 Harmoniseringsbyrån har gjort gällande att överklagandenämnden inte har åsidosatt artikel 8.1 b i förordning nr 40/94.

40 Vad beträffar frågan huruvida de äldre varumärkena har stor särskiljningsförmåga, har harmoniseringsbyrån erinrat om att det tyska varumärket bebe registrerades efter det att det hade visats att det hade uppnått särskiljningsförmåga till följd av användning (durchgesetztes Zeichen) och att det i Österrike inte framställdes någon invändning mot registreringen av det internationella varumärket.

41 Enligt harmoniseringsbyrån har sökanden felaktigt ifrågasatt det omtvistade beslutet i den del som det däri fastställdes att varumärket bebe på den tyska marknaden hade uppnått stor särskiljningsförmåga till följd av dess användning, vid tidpunkten för ingivandet av ansökan om gemenskapsvarumärke den 13 juni 1996.

42 Vad beträffar Österrike har harmoniseringsbyrån i huvudsak anfört att den omständigheten att intervenientens varumärke har stor särskiljningsförmåga i det landet inte skall beaktas, eftersom intervenienten inte har åberopat detta vare sig i sin anmälan om invändning eller i de uppgifter om fakta, bevis och skäl som denne ingav till stöd för invändningen inom den föreskrivna fristen, i enlighet med regel 20.2 i förordning nr 2868/95 (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 13 juni 2002 i mål T-232/00, Chef Revival USA mot harmoniseringsbyrån — Massagué Marín (Chef), REG 2002, s. II-2749, punkterna 34

och 35). Att godta motsatsen skulle kunna innebära att de frister som harmoniseringsbyrån har föreskrivit förlorar sitt innehåll, att förfarandena blir orimligt långa och till och med att förhalningstaktik gynnas.

43 Intervenienten har gjort gällande att det föreligger risk för förväxling mellan kännetecknen bebe och monBeBé i den mening som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94, mot bakgrund av att de ifrågavarande varorna är av liknande slag och de ifrågavarande kännetecknen liknar varandra.

44 Intervenienten har understrukit att varumärket bebe redan år 1995 i hög grad var känt för omsättningskretsen i Tyskland. Denna omständighet borde anses vara avgörande vid bedömningen av likheten mellan de ifrågavarande kännetecknen. Mot bakgrund av att varumärket bebe är välkänt efter att ha använts i stor utsträckning under lång tid, är det irrelevant att pröva huruvida ordet bebe i sig har liten särskiljningsförmåga på grund av att det är suggestivt såsom överklagandenämnden hävdat.

Förstainstansrättens bedömning

45 Enligt artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 skall det sökta varumärket, efter invändning från innehavaren av ett äldre varumärke, inte kunna registreras 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 av liknande slag — föreligger en risk för att allmänheten förväxlar dem inom det område där det äldre varumärket är skyddat, inbegripet risken för att varumärket associeras med det äldre varumärket. Med äldre varumärken avses enligt artikel 8.2 a ii och 8.2 a iii i förordning nr 40/94 varumärken som registrerats i en medlemsstat och varumärken som blivit föremål för en internationell registrering med rättsverkan i medlemsstaten ifråga, för vilka ansökan om registrering har gjorts tidigare än ansökan om registrering som gemenskapsvarumärke.

46 Enligt fast rättspraxis föreligger förväxlingsrisk om det finns en risk att allmänheten kan tro att varorna eller tjänsterna i fråga kommer från samma företag, eller i förekommande fall från företag med ekonomiska band.

47 Enligt samma rättspraxis skall det vid prövningen av huruvida det föreligger förväxlingsrisk hos allmänheten göras en helhetsbedömning mot bakgrund av hur omsättningskretsen uppfattar kännetecknen och varorna eller tjänsterna ifråga och med hänsyn till samtliga relevanta faktorer i det enskilda fallet, bland annat samspelet mellan faktorer såsom graden av likhet mellan kännetecknen och mellan de varor eller tjänster som avses (se förstainstansrättens dom av den 9 juli 2003 i mål T-162/01, Laboratorios RTB mot harmoniseringsbyrån — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), REG 2003, s. II-2821, punkterna 31–33 och där angiven rättspraxis).

48 I förevarande fall är de äldre varumärkena bebe registrerade dels som internationellt varumärke, vilket bland annat gällde i Österrike, Italien och Beneluxländerna vid tidpunkten för ansökan om registrering som gemenskapsvarumärke, dels som nationellt varumärke i Tyskland. Eftersom invändningen grundar sig på det nationella varumärket och på den internationella registrering som gäller i Österrike, är det relevanta området vid bedömningen av förväxlingsrisken särskilt Tyskland och Österrike.

49 Eftersom de ifrågavarande varorna är dagligvaror utgörs omsättningskretsen av normalt informerade samt skäligen uppmärksamma och medvetna genomsnittskonsumenter.

50 Mot bakgrund av det ovanstående skall för det första de berörda varorna jämföras, för det andra de motstående kännetecknen jämföras och för det tredje de äldre varumärkenas påstått stora särskiljningsförmåga prövas, i syfte att fastställa huruvida registreringen av kännetecknet monBeBé kan innebära en risk för förväxling mellan det kännetecknet och de äldre varumärkena bebe.

En jämförelse av varorna

51 Härvid har sökanden endast ifrågasatt överklagandenämndens bedömning att de blöjor som ingår i klass 5, som skall omfattas av varumärket monBebé, och de varor som ingår i klass 3, som omfattas av de äldre varumärkena, nämligen hud- och kroppsvårdsprodukter samt kosmetika, är av liknande slag.

52 För att bedöma om de ifrågavarande varorna är av liknande slag skall, enligt fast rättspraxis, samtliga relevanta faktorer beaktas som avser förhållandet mellan dem. Bland dessa faktorer ingår framför allt varornas art, de tilltänkta köparna, användningsområdet samt huruvida de konkurrerar med eller kompletterar varandra (domstolens dom av den 29 september 1998 i mål C-39/97, Canon, REG 1998, s. I-5507, punkt 23, och förstainstansrättens dom av den 4 november 2003 i mål T-85/02, Díaz mot harmoniseringsbyrån — Granjas Castelló (CASTILLO), REG 2003, s. II-4835, punkt 32).

53 Det skall påpekas att blöjor, oavsett om de är avsedda att användas för spädbarn eller av inkontinenta vuxna, och kosmetika återfinns på samma försäljningsställen. När de sistnämnda varorna är avsedda för spädbarns hygien används de dessutom i mycket nära anslutning till de förstnämnda varorna. Det kan konstateras att blöjor är hygieniska produkter som normalt sett används samtidigt som hudvårdsprodukter och kompletterar dessa varor. Följaktligen kan de blöjor som omfattas av det sökta varumärket samt de hud- och kroppsvårdsprodukter och kosmetika som omfattas av de äldre varumärkena anses vara av liknande slag.

54 Överklagandenämnden har således inte gjort någon felaktig jämförelse av de ifrågavarande varorna.

En jämförelse av kännetecknen

55 Av fast rättspraxis framgår det att helhetsbedömningen av förväxlingsrisken, vad gäller de aktuella varumärkenas visuella, fonetiska och begreppsmässiga likhet, skall grunda sig på det helhetsintryck som varumärkena ger, i synnerhet med hänsyn till deras särskiljande och dominerande beståndsdelar (se 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 47 och där angiven rättspraxis).

56 Överklagandenämnden har vid en jämförelse i visuellt hänseende konstaterat att det föreligger viss visuell likhet mellan det äldre ordmärket och det sökta varumärkets orddel. Den skillnad som består i att ordet mon har tillagts det sökta varumärket har inte ansetts vara så betydelsefull att den likhet som följer av att den huvudsakliga delen, ordet bebe, är identisk med det ord som de äldre varumärkena består av helt undanröjs.

57 Det skall påpekas att de äldre varumärkena uteslutande består av ordet bebe, skrivet med gemener.

58 Det sökta varumärket består däremot av orddelen monBeBé, skrivet med versaler och gemener om varandra, som placerats i en oval svart ram. Det kan delas upp i två delar, mon och BeBé.

59 Vad beträffar det sökta varumärket monBeBés figurdelar, nämligen sättet på vilket ordet monbebé skrivits och den ovala ram som omgärdar ordet, är de inte tillräckligt betydelsefulla för att göra större intryck på konsumenten än vad enbart dess orddel skulle göra. Dessutom är det knappt möjligt att uppfatta den accent som placerats på

det sista e:et i kännetecknet monBeBé, och den omständigheten att b:na är skrivna med versaler innebär inte att det föreligger någon nämnvärd skillnad jämfört med bokstäverna bredvid dem, till skillnad från vad sökanden har anfört. Den omständigheten att versaler används medför emellertid att uppmärksamheten riktas mot den andra orddelen BeBé, på så sätt att den delen kan anses utgöra den dominerande delen av kännetecknet monBeBé.

60 Mot bakgrund av att det äldre varumärket bebe helt innefattas i det sökta varumärket monBeBé är den skillnad som uppkommer genom att orddelen mon läggs till det sökta varumärket inte tillräckligt betydande för att motverka den likhet som uppkommer genom att den huvudsakliga delen i det sökta varumärket, det vill säga ordet bebe, sammanfaller (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet CONFORFLEX, punkt 46).

61 Härav följer att överklagandenämnden inte gjorde någon felaktig bedömning när den fastställde att det föreligger en visuell likhet mellan kännetecknen.

62 Vad beträffar den fonetiska jämförelsen av de motstående kännetecknen, fastställde överklagandenämnden att det föreligger viss fonetisk likhet.

63 Med hänsyn till att orddelen bebe förekommer i de äldre varumärkena och i det sökta varumärket, föreligger det en viss fonetisk likhet mellan de motstående kännetecknen. Tillägget av ordet mon till ordet bebe i det sökta varumärket medför emellertid att de motstående kännetecknen, fonetiskt sett, vid en helhetsbedömning uppvisar olikheter (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet CONFORFLEX, punkt 47). Denna skillnad innebär dock inte att det kan ifrågasättas att det föreligger en fonetisk likhet, eftersom skillnaden inte avser den dominerande delen av det sökta varumärket.

64 Överklagandenämnden gjorde således inte någon felaktig bedömning när den fastställde att det föreligger en viss fonetisk likhet mellan de ifrågavarande kännetecknen.

65 Vad beträffar den begreppsmässiga likheten fastställde överklagandenämnden att eftersom omsättningskretsen i Tyskland uppfattar innebörden av såväl ordet bebe som ordet mon liknar de ifrågavarande kännetecknen varandra då ordet bebe innefattas i båda kännetecknen.

66 Förstainstansrätten påpekar att till skillnad från vad intervenienten har gjort gällande uppfattar den tyskspråkiga allmänheten utan svårighet ordet bebe i betydelsen spädbarn.

67 Vad beträffar frågan huruvida omsättningskretsen ser ett begreppsmässigt samband mellan orden bebe och monbebé, kan det inte uteslutas att den tyskspråkiga konsumenten uppfattar ordet mon såsom mein (det vill säga mon på tyska). De tyskspråkiga konsumenterna är nämligen förtrogna med vissa franska uttryck såsom mon chéri eller mon amour, vilka anger vissa varor som saluförs i Tyskland. Vid antagandet att omsättningskretsen uppfattar betydelsen av ordet mon, föreligger det inte någon egentlig begreppsmässig skillnad mellan de motstående kännetecknen. Tillägget av ett possessivt pronomen ändrar inte det begreppsmässiga innehållet i kännetecknet, vilket innebär en hänvisning till spädbarn, i särskilt stor utsträckning. Även vid antagandet att omsättningskretsen inte uppfattar betydelsen av det franska ordet mon, känner den igen det franska ordet bebe och förekomsten av ordet mon ändrar inte det begreppsmässiga innehåll som omsättningskretsen tillskriver det kännetecknet.

68 Under dessa omständigheter fastställde överklagandenämnden med rätta att det föreligger en begreppsmässig likhet mellan de motstående kännetecknen.

69 Det föreligger följaktligen en visuell, begreppsmässig och viss fonetisk likhet mellan kännetecknen. Inom ramen för helhetsbedömningen av förväxlingsrisken skall det även prövas huruvida de äldre varumärkena har stor särskiljningsförmåga.

Huruvida de äldre varumärkena har stor särskiljningsförmåga

70 Enligt fast rättspraxis gäller att ju större det äldre varumärkets särskiljningsförmåga visar sig vara desto större är risken för förväxling (se analogt domstolens dom av den 11 november 1997 i mål C-251/95, SABEL, REG 1997, s. I-6191, punkt 24). De varumärken som, antingen i sig eller på grund av att de är kända på marknaden, har stor särskiljningsförmåga åtnjuter ett mera omfattande skydd än varumärken med mindre särskiljningsförmåga (se analogt domen i det ovannämnda målet Canon, punkt 18, och domstolens dom av den 22 juni 1999 i mål C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, REG 1999, s. I-3819, punkt 20).

71 För att fastställa ett varumärkes särskiljningsförmåga, och följaktligen för att bedöma om det har förvärvat stor särskiljningsförmåga, skall det göras en helhetsbedömning av om varumärket lämpar sig som identifikationsmedel för att fastställa att de varor och tjänster med avseende på vilka det har registrerats kommer från ett visst företag och således för att särskilja dessa varor och tjänster från andra företags varor och tjänster (se analogt domstolens dom av den 4 maj 1999 i de förenade målen C-108/97 och C-109/97, Windsurfing Chiemsee, REG 1999, s. I-2779, punkt 49, och domen i det ovannämnda målet Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 22).

72 Vid denna bedömning skall hänsyn bland annat tas till varumärkets inneboende egenskaper, inbegripet huruvida det beskriver de varor eller tjänster med avseende på vilka det har registrerats, den marknadsandel som varumärket innehar, hur ofta, hur länge och på hur stort geografiskt område detta varumärke har brukats, hur stora investeringar som har gjorts för att marknadsföra det, den andel av omsättningskretsen som tack vare varumärket kan ange att varan kommer från ett visst företag samt yttranden från handelskammare och andra yrkessammanslutningar (se analogt domarna i de ovannämnda målen Windsurfing Chiemsee, punkt 51, och Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 23).

73 Det äldre varumärkets särskiljningsförmåga, och särskilt omständigheten att det är känt, skall beaktas vid bedömningen av huruvida likheten mellan kännetecknen eller mellan varorna och tjänsterna är tillräckligt stor för att det skall uppstå en risk för förväxling (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Canon, punkt 24, samt förstainstansrättens dom av den 22 oktober 2003 i mål T-311/01, Éditions Albert René mot harmoniseringsbyrån — Trucco (Starix), REG 2003, s. II-4625, punkt 61, och av den 22 juni 2004 i mål T-66/03, "Drie Mollen sinds 1818" mot harmoniseringsbyrån — Manuel Nabeiro Silveira (Galáxia), REG 2004, s. II-1765, punkt 30).

74 Sökanden har i förevarande fall gjort gällande att varumärket bebe inte har någon stor särskiljningsförmåga i sig. Intervenienten och harmoniseringsbyrån har emellertid inte vid något tillfälle anfört att varumärket bebe har stor särskiljningsförmåga i sig, utan det är på grund av att det är känt på marknaden som det har tillskrivits stor särskiljningsförmåga.

75 Det skall således prövas huruvida intervenienten vid harmoniseringsbyrån har redogjort för faktiska omständigheter och förebringat bevisning i tillräcklig utsträckning för att visa att dess varumärke faktiskt var känt i Tyskland vid tidpunkten för ingivandet av den ifrågavarande ansökan om gemenskapsvarumärke den 13 juni 1996.

76 Intervenienten har ingett flera handlingar till harmoniseringsbyrån till stöd för att de äldre varumärkena verkligen är kända. Överklagandenämnden fastställde att de var kända på grundval av en opinionsundersökning från år 1995, som utfördes av IMAS International GmbH (Müller, Schupfner & Gauger) (nedan kallad IMAS opinionsundersökning), och på grundval av en högtidlig förklaring av intervenientens marknadschef, O. Albers. Enligt sökanden är inte denna bevisning sådan att det står klart att varumärket bebe var känt i Tyskland den 13 juni 1996.

77 Vad beträffar IMAS opinionsundersökning har harmoniseringsbyrån och intervenienten gjort gällande att den i sig innebär att det kan fastställas att varumärket bebe har stor särskiljningsförmåga på den tyska marknaden, medan sökanden menar att man av denna opinionsundersökning endast kan utläsa mycket generella procentsatser.

78 Det framgår av handlingarna att IMAS opinionsundersökning genomfördes under oktober och november månad år 1995. Det anges i inledningen till opinionsundersökningen att den syftade till att undersöka hur varumärket bebe uppfattades av den tyska befolkningen. 2 017 personer över 16 år svarade på muntliga frågor. Resultaten presenterades genom procentsatser, enligt följande fyra kriterier: samtliga tillfrågade personer, kön, ålder (16–29 år, 30–49 år, över 50 år) och bostadsort.

79 Det skall påpekas att sökanden felaktigt har påstått att det inte lämnas någon upplysning avseende sammansättningen av gruppen tillfrågade personer. Det har konstaterats att det rör sig om personer över 16 år, kvinnor och män, uppdelade i tre olika ålderskategorier och från nästan alla delstater. Även om det inte redogörs för fördelningen mellan de olika kategorierna, finns det inget som tyder på att dessa personer inte representerar den tyska genomsnittskonsumentens uppfattning. Dessutom är i förevarande fall gruppen på 2 017 tillfrågade personer tillräckligt stor för att vara representativ.

80 Det rör sig inte heller om "mycket generella procentsatser" såsom sökanden har gjort gällande, eftersom det av resultaten, såsom harmoniseringsbyrån har anfört, tydligt framgår att varumärket bebe faktiskt har stor särskiljningsförmåga. Av opinionsundersökningens resultat framgår nämligen att varumärket bebe var känt för en betydande del av allmänheten på den tyska marknaden före tidpunkten för ingivandet av ansökan om gemenskapsvarumärke. Enligt tabellerna I och III i opinionsundersökningen kände 64 procent av de tillfrågade personerna till, det vill säga hade redan läst eller hört, ordet bebe i anslutning till varor för kropps- och

ansiktsvård. Bland kvinnorna kände 80 procent till ordet. Enligt tabellerna II och IV hade 66 procent av dem som kände till ordet (68 procent av kvinnorna) uppfattningen att detta ord endast användes av en enda tillverkare.

81 Vad beträffar formuleringen av frågorna, vilken enligt sökanden inte var neutral, skall det framhållas att det inte finns något som tyder på att opinionsundersökningen inte var objektiv, även om ordet bebe omnämns i frågorna.

82 Sökanden har även gjort gällande att överklagandenämndens fastställande att "66 procent av befolkningen antog att beteckningen bebe endast användes av en enda tillverkare" är felaktigt. Härvid är det tillräckligt att ange, såsom även överklagandenämnden gjort, att 64 procent av befolkningen kände till ordet bebe och att procentsatsen 66 procent endast kunde avse den del av befolkningen som kände till nämnda ord. Trots att överklagandenämnden använde en tvetydig formulering, har den inte agerat felaktigt i detta avseende.

83 IMAS opinionsundersökning är följaktligen tillräcklig för att visa att varumärket bebe hade stor särskiljningsförmåga eftersom det var känt i Tyskland vid tidpunkten för ingivandet av varumärkesansökan.

84 Det saknas således anledning att pröva övrig bevisning som intervenienten förebringade vid antingen invändningsenheten eller överklagandenämnden, men som överklagandenämnden inte själv bedömde och därmed underlät att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 61.1 och artikel 62.1 i förordning nr 40/94 (förstainstansrättens dom av den 23 september 2003 i mål T-308/01, Henkel mot harmoniseringsbyrån — LHS (UK) (KLEENCARE), REG 2003, s. II-3253). Det omtvistade beslutet skall följaktligen inte ogiltigförklaras i detta avseende, eftersom det däri anges att det tyska varumärket bebe har stor särskiljningsförmåga.

85 Det skall inte heller prövas huruvida överklagandenämnden felaktigt fastställde att det äldre varumärket var känt i viss utsträckning i Österrike, eftersom det är tillräckligt att det föreligger en risk för förväxling avseende ett av de äldre varumärkena.

86 Mot bakgrund av att de ifrågavarande varorna är av liknande slag, att det föreligger viss likhet mellan de motstående kännetecknen och att det äldre varumärket bebe har stor särskiljningsförmåga till följd av användning, skall det fastställas att det föreligger en risk för förväxling, åtminstone i Tyskland.

87 Talan kan följaktligen inte bifallas på den grund som sökanden har gjort gällande och talan skall ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

88 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Harmoniseringsbyrån har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, skall harmoniseringsbyråns yrkande bifallas. Intervenienten har inte yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, och denne skall därför bära sin rättegångskostnad.

På dessa skäl beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

följande dom:

1) **Talan ogillas.**

2) **Sökanden skall ersätta den rättegångskostnad som förorsakats Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller).**

3) **Intervenienten skall bära sin rättegångskostnad.**

Jaeger Tiili Czúcz

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 21 april 2005.

H. Jung

Justitiesekreterare

M. Jaeger

Ordförande