FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)

den 6 oktober 2004 *

I de förenade målen T-117/03–T-119/03 och T-171/03,

New Look Ltd, Weymouth, Dorset (Förenade kungariket), företrätt av advokaterna R. Ballester och G. Marín,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån), företrädd av O. Montalto, J. García Murillo och S. Laitinen, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

varvid den andra parten i förfarandet inför överklagandenämnden vid harmoniseringsbyrån var

Naulover, SA, Barcelona (Spanien),

* Rättegångsspråk: spanska.

angående fyra fall av talan om ogiltigförklaring av beslut som fattats av första överklagandenämnden vid harmoniseringsbyrån den 27 januari 2003 (R 95/2002-1, R 577/2001-1, R 578/2001-1) och den 15 april 2003 (R 19/03-1), under invändningsförfaranden mellan Naulover, SA och New Look Ltd,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden J. Pirrung samt domarna A.W.H. Meij och N. J. Forwood,

justitiesekreterare: avdelningsdirektören J. Palacio González,

med beaktande av de ansökningar som inkom till förstainstansrättens kansli den 4 april 2003 (mål T-117/03–T-119/03) och den 19 maj 2003 (mål T-171/03),

med beaktande av de svarsinlagor från harmoniseringsbyrån som inkom till förstainstansrättens kansli den 25 september 2003 (mål T-117/03–T-119/03) och den 8 oktober 2003 (mål T-171/03),

med beaktande av det beslut som fattats av ordföranden på andra avdelningen vid förstainstansrätten den 1 april 2004 om att förena målen vad gäller det muntliga förfarandet och domen,

efter att förhandling hållits den 28 april 2004 i sökandens frånvaro,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Sökanden ansökte den 5 maj 1998 (i mål T-117/03–T-119/03) och den 19 februari 1999 (i mål T-171/03) hos Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån) om registrering av fyra gemenskapsvarumärken med stöd av 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 De varumärken som registreringsansökningarna avser är de nedan återgivna figurmärkena:

— I mål T-117/03: NLSPORT

— I mål T-118/03: NLJEANS

— I mål T-119/03: NLACTIVE

— I mål T-171/03: NLCollection

3 De varor som ansökningarna om varumärkesregistrering avsåg och som är av intresse i den förevarande tvisten ingår i klass 25 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den

15 juni 1957, med ändringar och tillägg. De omfattas av beskrivningen "kläder, huvudbonader och fotbeklädnader för kvinnor och flickor" vad gäller de sökta varumärkena NLSPORT, NLJEANS och NLACTIVE, och av beskrivningen "klädesartiklar, fotbeklädnader och huvudbonader" vad gäller det sökta varumärket NLCollection.

4 Den 11 juni 1999 (mål T-117/03–T-119/03) och den 3 januari 2000 (mål T-171/03) framställde den andra parten i förfarandet inför överklagandenämnden invändningar beträffande samtliga ansökningar om gemenskapsvarumärke med stöd av artikel 42.1 i förordning nr 40/94.

5 I varje mål gjordes invändningen med hänvisning till det nedan återgivna gemenskapsvarumärket (figurmärke) nr 13417 (nedan kallat det äldre varumärket) för vilket registreringsansökan inlämnades den 1 april 1996 och som registrerades den 1 februari 1999:



6 Detta varumärke har registrerats för bland annat följande varor, vilka samtliga ingår i klas. 25 i Niceöverenskommelsen: Koftor; tröjor; västar; jackor; kjolar; byxor; skjortor; blusar; morgonrockar; omklädningsrockar; underkläder; badrockar; badkläder; regnrockar; dräkter; strumpor; sockor; halsdukar; slipsar; huvudbonader och handskar (accessoarer).

7 Till stöd för invändningarna hänvisade den andra parten i förfarandet inför överklagandenämnden till det relativa registreringshindret i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94.

8 Invändningsenheten avslog invändningarna genom beslut av den 10 april 2001 (beslut nr 939/2001 i mål T-119/03), av den 27 april 2001 (beslut nr 1106/2001 i mål T-118/03), av den 23 november 2001 (beslut nr 2765/2001 i mål T-117/03) och av den 29 oktober 2002 (beslut nr 3138/2002 i mål T-171/03). Sammanfattningsvis bedömde invändningsenheten att varumärkena i fråga skilde sig åt visuellt och fonetiskt, och att inget av varumärkena hade någon särskild begreppsmässig innebörd.

9 Den 7 juni 2001 (mål T-118/03 och T-119/03), den 22 januari 2002 (mål T-117/03) och den 24 december 2002 (mål T-171/03) överklagade andra parten i förfarandet inför överklagandenämnden invändningsenhetens samtliga beslut.

10 Genom beslut av den 27 januari 2003 (mål T-117/03–T-119/03) och av den 15 april 2003 (mål T-171/03) ogiltigförklarade första överklagandenämnden vid harmoniseringsbyrån invändningsenhetens beslut och avslog sökandens ansökningar om gemenskapsvarumärke för samtliga varor som ingår i klass 25 i Niceöverenskommelsen. Överklagandenämnden ansåg i sak att den mest framträdande beståndsdelen i vart och ett av de sökta varumärkena var bokstavskombinationen NL, med motiveringen att orden sport, jeans, active och collection endast har en svag särskiljningsförmåga inom klädbranschen. Vidare fann överklagandenämnden att de visuella likheterna mellan de motstående gemenskapsvarumärkena var små, dels med tanke på den speciella grafiska utformningen av det äldre varumärket, dels med tanke på orden sport, jeans, active och collection i de sökta varumärkena NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE och NLCollection. Överklagandenämnden ansåg däremot att de motstående gemenskapsvarumärkena liknade varandra fonetiskt och begreppsmässigt eftersom bokstavskombinationen NL, av vilken det äldre varumärket består, utgör den dominerande beståndsdelen i de sökta varumärkena NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE och NLCollection. Enligt överklagandenämnden är det vanligt inom klädbranschen att ett och samma varumärke har olika utformning beroende på vilken typ av varor det gäller och att undervarumärken används för att göra en åtskillnad mellan olika produktserier. Till följd av detta skulle konsumenten kunna förledas att tro att varor med de sökta

varumärkena NLSPORT, NLJEANS och NLACTIVE tillhör produktserier med ett ungt mode, eller att varumärket NLCollection indikerar att det rör sig om nya modeller för säsongen, medan varor med det äldre varumärket utgör en mer sofistikerad klädkollektion. Överklagandenämnden kom mot denna bakgrund fram till att det förelåg en förväxlingsrisk i den mening som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94.

Parternas yrkanden

11 Sökanden har i samtliga mål yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara överklagandenämndens beslut, och

— förplikta harmoniseringsbyrån, och i förekommande fall intervenienten, att ersätta de rättegångskostnader som har uppstått under det förevarande förfarandet samt under förfarandet inför överklagandenämnden.

12 Harmoniseringsbyrån har i samtliga mål yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig prövning

Parternas argument

13 Med undantag av vissa smärre detaljer har parterna framfört samma grunder och argument i de fyra förevarande målen. Till stöd för sin talan har sökanden åberopat en enda grund, nämligen att artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 har åsidosatts.

14 Sökanden har gjort gällande att det var fel av överklagandenämnden att vid bedömningen av de sökta varumärkena lägga tyngdpunkten på bokstavskombinationen NL och skilja den från de efterföljande orden sport, jeans, active och collection.

15 Sökanden anser vidare att bokstavskombinationen NL inte utgör vare sig den dominerande beståndsdelen i de sökta varumärkena eller den grundläggande beståndsdelen i det äldre varumärket. Vad beträffar de sökta varumärkena har sökanden bestridit att orden sport, jeans, active och collection har en svag särskiljningsförmåga inom branschen i fråga. Sökanden har vidare gjort gällande att det är omöjligt att med säkerhet säga vilka bokstäver det äldre varumärket består av. Enligt sökanden kan det förutom bokstäverna NL vara fråga om bokstäverna ALV, AVOL, AOL eller AL. Dessutom har sökanden anfört att om en konsument betraktade det äldre varumärket spegelvänt, skulle han kunna urskilja bokstäverna JRV eller JPV. Slutligen har sökanden lagt till att det följer av fast rättspraxis och doktrin att varumärken som består av endast två eller tre bokstäver till sin art är sådana att de har en svag särskiljningsförmåga, och att dessa bokstäver således inte kan utgöra den dominerande beståndsdelen i ett kännetecken. Till stöd för detta påstående har sökanden hänvisat till punkt 8.3 i riktlinjerna för harmoniseringsbyråns undersökningar och till en dom som meddelats av Tribunal Supremo (Spaniens högsta domstol) den 21 januari 1993. Enligt denna dom är det omöjligt att lägga beslag på den fonetiska aspekten av vissa bokstäver i alfabetet. Vidare har sökanden åberopat att det finns ett flertal registreringar av nationella varumärken och gemenskapsvarumärken som innehåller bokstavskombinationen NL.

16 Vad beträffar de visuella likheterna mellan kännetecknen i fråga har sökanden framhållit att det äldre varumärket är ett kännetecken som har en "markerad barockstil". Överklagandenämnden har förbisett vikten av denna figurativa egenskap.

17 Sökanden anser också att överklagandenämndens resonemang angående de fonetiska likheterna mellan kännetecknen är inkonsekvent, eftersom det anges att varumärkena i fråga från fonetisk synpunkt liknar varandra och samtidigt är identiska. Dessutom har sökanden kritiserat överklagandenämnden för att ha fokuserat den jämförande undersökningen på bokstavskombinationen NL.

18 Sökanden har slutligen gjort gällande att genomsnittskonsumenten inom klädbranschen är särskilt uppmärksam när det gäller varumärken vid inköp av klädesartiklar, vilket innebär att det är svårt att vilseleda en sådan konsument.

19 Enligt harmoniseringsbyrån saknar sökanden fog för sin kritik. Det föreligger en risk för förväxling mellan det äldre varumärket och de sökta varumärkena av de skäl som redovisas i överklagandenämndens beslut.

20 Harmoniseringsbyrån har bestridit att genomsnittskonsumenten inom klädbranschen skulle vara särskilt välinformerad och uppmärksam. Under förhandlingen preciserade harmoniseringsbyrån att den uppmärksamhet som konsumenten ägnar varumärket varierar, bland annat beroende på den berörda varans värde och på hur specialiserad målgruppen är. I det förevarande fallet har sökanden påstått att konsumenter är mer uppmärksamma på varumärken inom klädbranschen än inom andra sektorer, utan att lämna någon närmare förklaring till detta.

21 Enligt harmoniseringsbyrån finns det vissa ljud- och begreppsmässiga likheter mellan de motstående varumärkena. Under förhandlingen preciserade harmoniseringsbyrån att den omständigheten att den framträdande beståndsdelen i dessa kännetecken utgörs av en bokstavskombination inte innebär att större vikt skall fästas vid de visuella skillnaderna än vid de fonetiska och begreppsmässiga likheterna mellan kännetecknen. Harmoniseringsbyrån har medgett att den figurativa beståndsdelen i regel medför att ett kännetecken som består av en bokstav eller en kombination av två bokstäver kan anses ha särskiljningsförmåga, men har betonat att bedömningen av förväxlingsrisken också styrs av andra principer. Om ett kännetecken faktiskt har särskiljningsförmåga, om än svag, och det har blivit vederbörligen registrerat som varumärke åtnjuter detta varumärke skydd enligt artikel 8.1 b i förordning nr 40/94. Harmoniseringsbyrån utesluter inte möjligheten att vikta de visuella, fonetiska och begreppsmässiga likheterna mellan kännetecknen i fråga beroende på under vilka förhållanden varorna saluförs på den konkreta marknaden. Med hänsyn till att det rör sig om samma varor och att undervarumärken är vanligt förekommande i branschen i fråga anser harmoniseringbyrån att det i det förevarande fallet föreligger en risk för förväxling.

Förstainstansrättens bedömning

22 Det framgår av artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 att om innehavaren av ett äldre varumärke invänder skall det varumärke som ansökan gäller 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 är av liknande slag — föreligger en risk att allmänheten förväxlar dem inom det område där det äldre varumärket är skyddat. Enligt artikel 8.2 a i i förordning nr 40/94 avses med äldre varumärken bland annat gemenskapsvarumärken för vilka ansökan om registrering gjorts tidigare än ansökan om registrering av gemenskapsvarumärket.

23 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.

24 Enligt samma rättspraxis skall det vid prövningen av huruvida det föreligger förväxlingsrisk göras en helhetsbedömning, mot bakgrund av hur målgruppen uppfattar kännetecknen och varorna eller tjänsterna i fråga, och med hänsyn till samtliga relevanta faktorer i det enskilda fallet, bland annat samspelet mellan kännetecknens likhet och likheten mellan de varor eller tjänster som de avser (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).

25 De berörda varorna i det förevarande fallet (kläder, närmare bestämt kläder för kvinnor och flickor) utgör vanligt förekommande konsumtionsvaror (förstainstansrättens dom av den 23 oktober 2002 i mål T-104/01, Oberhauser mot harmoniseringsbyrån — Petit Liberto (Fifties), REG 2002, s. II-4359, punkt 29, och 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 43). Det varumärke som ligger till grund för invändningen har registrerats som gemenskapsvarumärke. Bedömningen av huruvida förväxlingsrisk föreligger skall därför göras med utgångspunkt i en målgrupp bestående av Europeiska gemenskapens genomsnittskonsumenter.

26 Det är otvistigt mellan parterna att de varor som de sökta varumärkena avser och de varor som det äldre varumärket avser till viss del liknar varandra och till viss del är identiska.

27 Mot denna bakgrund är utgången av målet beroende av hur stora likheter som föreligger mellan kännetecknen i fråga. Det framgår av fast rättspraxis att helhetsbedömningen av förväxlingsrisken, vad gäller de motstående kännetecknens visuella, fonetiska och begreppsmässiga likheter, skall grunda sig på det helhetsintryck som kännetecknen ger, och göras med hänsyn till bland annat deras särskiljande och dominerande beståndsdelar (se domen i det ovannämnda målet BASS, punkt 47, och där angiven rättspraxis).

28 Rent visuellt har överklagandenämnden beskrivit det äldre varumärket som "bestående av två versala bokstäver, NL, placerade vertikalt i förhållande till varandra och skrivna med ett fantasifullt typsnitt som kallas engelskt 'Stephenson Blake' och lutar till höger" (punkt 32 i överklagandenämndens beslut i mål T-117/03, punkt 31 i överklagandenämndens beslut i målen T-118/03 och T-119/03 och punkt 28 i överklagandenämndens beslut i mål T-171/03). Förstainstansrätten konstaterar att denna beskrivning är riktig. I det äldre varumärket kan betraktaren med lätthet urskilja bokstaven L som är placerad under och snett till höger om den andra bokstaven. Eftersom läsning normalt sker från vänster till höger och uppifrån och ner kommer bokstaven L inte först i bokstavskombinationen. Mellan den vänstra delen av bokstaven N, som eventuellt skulle kunna utgöra spetsen av ett A, och den övre delen av bokstaven L finns det ett utrymme som gör det lätt att se att det inte rör sig om något tvärgående streck som tillhör ett A. Sålunda uppfattas den första bokstaven inte som ett A. Inte heller kan den övre delen av bokstaven L uppfattas som ett O. Slutligen påpekar förstainstansrätten att kännetecknen skall jämföras i deras skyddade form, och inte såsom de eventuellt skulle kunna uppfattas av en konsument som ser dem spegelvänt. Den osäkerhet som sökanden har påstått föreligger vad gäller hur det äldre varumärket uppfattas är således inte motiverad.

29 De sökta varumärkena utgörs av figurativa kännetecken innehållande bokstäverna NL. Vad gäller varumärkena i målen T-117/03–T-119/03 följs dessa bokstäver direkt av ett ord som är skrivet med versaler, och vad gäller varumärket i mål T-171/03 följs de av ett ord skrivet med en versal och nio gemener. I samtliga kännetecken framträder bokstavskombinationen NL i fetstil, medan de övriga bokstäverna är tryckta i mager stil. Härav följer att bokstäverna NL på det visuella planet utgör den dominerande beståndsdelen i de sökta varumärkena, vilket med rätta har angetts i överklagandenämndens beslut.

30 Harmoniseringsbyrån har med fog påpekat att de sökta kännetecknen har en likartad morfosyntaktisk struktur. Endast det sökta varumärket NLCollection skiljer sig något från de övriga varumärkena genom att det inte helt består av versala bokstäver och genom att ordet NLCollection omges av en svart rektangulär ram. Sökanden har visserligen fog för sin kritik att överklagandenämnden i sitt beslut av den 15 april 2003, genom att följa samma modell som i besluten av den

27 januari 2003, inte har beaktat dessa särdrag. Överklagandenämndens bedömning av kännetecknet på det visuella planet är dock korrekt för såvitt det anges att bokstavskombinationen NL på det visuella planet utgör den dominerande beståndsdelen i det sökta varumärket NLCollection.

31 Vid en visuell jämförelse mellan det äldre varumärket å ena sidan och de sökta varumärkena å andra sidan har överklagandenämnden konstaterat att likheterna är små. Sökanden har inte bestridit detta påstående.

32 Vad gäller de begreppsmässiga likheterna mellan de ifrågavarande kännetecknen påpekar förstainstansrätten att de sökta kännetecknen består av bokstäverna NL i kombination med orden sport, jeans, active respektive collection. Det äldre varumärket består däremot enbart av bokstavskombinationen NL. Såsom överklagandenämnden med fog har konstaterat betyder NL inget särskilt inom klädbranschen.

33 Däremot har, såsom harmoniseringsbyrån mycket riktigt har påpekat, orden sport, jeans, active och collection samtliga, både på engelska och franska, ett begreppsmässigt innehåll eftersom de beskriver de varor som avses. Inom klädbranschen leder ordet sport tankarna till träningskläder eller kläder i en "sportig" stil. Ordet jeans uppfattas som en beskrivning av kläder av jeanstyg. Ordet collection avser samtliga modeller som har utformats för en viss säsong. Ordet active beskriver snarare varornas avsedda användning, och leder tankarna till kläder som är avsedda för aktiva personer eller som gör det möjligt att vara aktiv.

34 Förstainstansrätten erinrar om att allmänheten i regel inte anser att en beskrivande beståndsdel i ett sammansatt varumärke utgör den särskiljande och dominerande delen i det helhetsintryck som varumärket ger (förstainstansrättens dom av den 3 juli 2003 i mål T-129/01, Alejandro mot harmoniseringsbyrån — Anheuser-Busch (BUDMEN), REG 2003, s. II-2251, punkt 53). Det räcker i det avseendet att en sådan beståndsdels beskrivande karaktär uppfattas i en del av gemenskapen. Även om det i

artikel 8 i förordning nr 40/94 inte finns någon bestämmelse som liknar bestämmelsen i artikel 7.2 i samma förordning, anser förstainstansrätten att det framgår av principen om gemenskapsvarumärkenas enhetliga karaktär i artikel 1.2 i förordningen, att registreringen skall vägras även om det relativa registreringshindret finns i endast en del av gemenskapen (förstainstansrättens dom av den 3 mars 2004 i mål T-355/02, Mühlens mot harmoniseringsbyrån — Zirh International (ZIRH), REG 2004, s. II-791, punkterna 35 och 36, vilken dom har överklagats).

35 I det förevarande fallet innehåller de sökta kännetecknen delar som, åtminstone för den engelsk- och franskspråkiga målgruppen har ett begreppsmässigt innehåll som beskriver varorna i fråga. Överklagandenämnden har således med fog konstaterat att, åtminstone från denna målgrupps perspektiv, den dominerande beståndsdelen på ett begreppsmässigt plan i vart och ett av de sökta varumärkena är bokstavskombinationen NL, vilken utgör den enda beståndsdelen i det äldre varumärket.

36 När det gäller de ljudmässiga likheterna påpekar förstainstansrätten att det äldre varumärket, vilket består av bokstäverna N och L, med hänsyn till bedömningen av de visuella likheterna ovan i punkterna 28–30, uttalas "N-L" på de flesta språk i Europeiska gemenskapen, bland annat på franska och engelska. Det sökta varumärket NLSPORT kommer att uttalas "N-L-sport", åtminstone på engelska eller franska. De övriga sökta varumärkena kommer att uttalas "N-L-jeans", "N-L-active" och "N-L-collection". Ljudmässigt ingår bokstavskombinationen N-L, som utgör det äldre varumärket, således i vart och ett av de sökta varumärkena. Orden sport, jeans, active och collection kommer åtminstone av de fransk- och engelskspråkiga konsumenterna att uppfattas som beståndsdelar som beskriver varorna eller deras avsedda användning. Följaktligen utgör bokstavskombinationen NL, åtminstone för denna målgrupp, den dominerande beståndsdelen på det fonetiska planet. Överklagandenämndens konstateranden i punkterna 33 (mål T-117/03), 32 (målen T-118/03 och T-119/03) och 29 (mål T-171/03) i nämndens beslut skall således godtas. Förstainstansrätten konstaterar för övrigt att över-

klagandenämnden inte har gjort gällande att kännetecknen är fonetiskt identiska, utan att den dominerande beståndsdelen i de sökta kännetecknen, NL, är identisk med bokstavskombinationen NL i det äldre varumärket.

37 Att den dominerande delen i vart och ett av de sökta varumärkena helt innefattar det kännetecken som utgör det äldre varumärket medför att det finns en betydande fonetisk likhet (se, beträffande det omvända fallet, domen i det ovannämnda målet Fifties, punkt 40).

38 Sökanden har gjort gällande att överklagandenämnden inte har gjort någon helhetsbedömning av likheten mellan kännetecknen, utan har delat upp de sökta kännetecknen i bokstavskombinationen NL å ena sidan och orden sport, jeans, active och collection å andra sidan.

39 Förstainstansrätten påpekar att även om genomsnittskonsumenten vanligtvis uppfattar ett varumärke som en helhet och inte ägnar sig åt att undersöka dess olika detaljer (domstolens dom av den 11 november 1997 i mål C-251/95, SABEL, REG 1997, s. I-6191, punkt 23), är det i allmänhet ett kännetecknens dominerande och särskiljande särdrag som är enklast att minnas (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Fifties, punkterna 47 och 48). Följaktligen kan överklagandenämnden inte kritiseras för att ha undersökt vilka beståndsdelar i varumärkena som konsumenten uppfattar som särskiljande och dominerande, vilka är de beståndsdelar som konsumenten kommer att lägga på minnet.

40 Således har överklagandenämnden inte gjort någon felaktig rättslig bedömning genom att konstatera att det förelåg fonetiska och begreppsmässiga likheter mellan kännetecknen i fråga.

41 Enligt överklagandenämnden framgår det av helhetsbedömningen av förväxlingsrisken att det föreligger en sådan risk, på grund av de fonetiska och begreppsmässiga likheterna mellan kännetecknen, på grund av att det rör sig om identiska varor och på grund av villkoren för saluföring inom klädbranschen, det vill säga att undervarumärken används ofta och att det är vanligt att ett kännetecken är utformat på flera olika sätt. Sökanden har ifrågasatt denna slutsats av två skäl.

42 För det första anser sökanden att genomsnittskonsumenten inom klädbranschen är särskilt uppmärksam när det gäller varumärken, vilket innebär att det är svårt att vilseleda en sådan konsument.

43 Förstainstansrätten framhåller att konsumentens uppmärksamhet kan variera beroende på vilken kategori av varor eller tjänster det är fråga om (se analogt domstolens dom av den 22 juni 1999 i mål C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, REG 1999, s. I-3819, punkt 26). Såsom harmoniseringsbyrån med fog har påpekat räcker det dock inte att en sökande hävdar att genomsnittskonsumenten inom en viss sektor är särskilt uppmärksam när det gäller varumärken, utan att anföra några faktiska omständigheter eller bevis till stöd för sitt påstående. Vad beträffar klädbranschen konstaterar förstainstansrätten att denna omfattar stora kvalitets- och prisskillnader. Även om det är möjligt att konsumenten är mycket uppmärksam vid valet av varumärke när han köper ett klädesplagg till en särskilt hög kostnad, kan det inte, utan några bevis, presumeras att konsumenten har denna inställning när det gäller samtliga varor inom den berörda sektorn. Således skall detta argument underkännas.

44 För det andra har sökanden gjort gällande att bokstavskombinationer till sin art är sådana att deras särskiljningsförmåga är svag. Dessutom är det enligt sökanden omöjligt att lägga beslag på den fonetiska aspekten av en bokstavskombination. Till stöd för detta har sökanden hänvisat till ett beslut från Tribunal Supremo av den 21 januari 1993 beträffande ett kännetecken som bestod av bokstaven D. Slutligen

har sökanden påpekat att det finns flera nationella varumärken och gemenskapsvarumärken som innehåller beståndsdelen NL och mellan vilka ingen förväxlingsrisk har befunnits föreligga.

45 Vad beträffar förekomsten av ett flertal registreringar av varumärken som innehåller bokstavskombinationen NL konstaterar förstainstansrätten att sökanden inte har visat att det rör sig om fall som är av relevans i det förevarande fallet. Dessutom har harmoniseringsbyrån påpekat att de gemenskapsregistreringar som sökanden har nämnt aldrig har blivit föremål för några invändningar, vilket sökanden inte har bestridit. Vad gäller beslutet från Tribunal Supremo har harmoniseringsbyrån med fog framhållit att det i det fallet rörde sig om ett varumärke bestående av en enda bokstav. Vidare erinrar förstainstansrätten om att lagenligheten av överklagandenämndernas beslut endast skall prövas på grundval av förordning nr 40/94, såsom förordningen har tolkats av gemenskapsdomstolarna (domen i det ovannämnda målet BUDMEN, punkt 61, och där angiven rättspraxis). Således skall denna del av argumentet underkännas.

46 Förstainstansrätten anser att argumentet att den fonetiska aspekten av NL inte kan ha monopoliserats genom registreringen av det äldre varumärket i huvudsak är detsamma som att förneka detta varumärkes ljudmässiga särskiljningsförmåga och följaktligen detsamma som att påstå att de fonetiska likheterna inte kan leda till en förväxlingsrisk i den mening som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94.

47 Såsom framgår av artikel 4 i förordning nr 40/94 kan ett gemenskapsvarumärke utgöras av alla kännetecken som kan återges grafiskt, särskilt ord och bokstäver, förutsatt att kännetecknet i fråga kan särskilja ett företags varor eller tjänster från andra företags. Lagstiftaren har således valt att i artikel 4 i förordningen uttryckligen inkludera sådana kännetecken som består av en bokstav eller av en bokstavskombination i uppräkningen av exempel på kännetecken som kan utgöra ett gemenskapsvarumärke, under förutsättning att inga absoluta eller relativa registreringshinder föreligger som kan omöjliggöra en registrering.

48 Artiklarna 7 och 8 i förordning nr 40/94 om registreringshinder innehåller inga särskilda regler för sådana kännetecken som består av en bokstavskombination som inte bildar något ord. Följaktligen skall helhetsbedömningen av förväxlingsrisken enligt artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 mellan sådana kännetecken i princip göras enligt samma regler som när det gäller kännetecken bestående av ett ord, ett namn eller ett fantasiord. Härav följer att sökandens teori enligt vilken kännetecken som består av en bokstavskombination till sin art är sådana att de helt saknar fonetisk särskiljningsförmåga skall avvisas.

49 Förstainstansrätten framhåller dock att de motstående kännetecknens visuella, ljudmässiga och begreppsmässiga särdrag inte alltid väger lika tungt vid helhetsbedömningen av förväxlingsrisken. En bedömning skall göras av de objektiva förhållanden under vilka varumärkena kan förekomma på marknaden (domen i det ovannämnda målet BUDMEN, punkt 57). Hur viktiga likheterna eller skillnaderna mellan kännetecknen är kan bero på bland annat kännetecknens inneboende egenskaper eller villkoren för saluföring av de varor eller tjänster som de motstående varumärkena avser. Om de varor som varumärkena avser normalt säljs i affärer med självbetjäning där konsumenten själv väljer ut sin vara och således huvudsakligen måste utgå från utseendet på det varumärke som finns på varan, är en visuell likhet mellan kännetecknen i regel av större betydelse. Om varan ifråga tvärtom till största delen säljs muntligen, fästs normalt sett större vikt vid ljudmässiga likheter mellan kännetecknen.

50 Sökanden har inte åberopat att det föreligger några särskilda villkor för saluföringen. I klädaffärer kan kunderna i allmänhet antingen själva välja ut de kläder de vill köpa, eller få hjälp av affärsbiträdena. Även om det inte är uteslutet att det förekommer muntlig kommunikation beträffande varan och varumärket, väljer konsumenten i allmänhet sina klädesplagg på grundval av ett visuellt intryck. Sålunda föregås köpet normalt sett av ett visuellt intryck av varumärkena i fråga. Den visuella aspekten har därmed större betydelse vid helhetsbedömningen av förväxlingsrisken.

51 Inom klädbranschen är det emellertid vanligt att samma varumärke har olika utformning beroende på vilken vara som avses. Det är också vanligt i denna bransch att ett klädföretag använder sig av undervarumärken, det vill säga kännetecken som härrör från ett huvudvarumärke och som har en med detta gemensam dominerande del, för att särskilja sina olika produktionsserier (domarna i de ovannämnda målen Fifties, punkt 49, och BUDMEN, punkt 57). I det förevarande fallet kan de sökta varumärkenas begreppsmässiga innehåll göra att konsumenterna i än högre grad uppfattar dessa varumärken som undervarumärken till varumärket NL. Även om konsumenten endast kom i kontakt med ett av varumärkena i fråga, skulle denne kunna förledas att tolka detta som ett undervarumärke till varumärket NL, genom att uppfatta den i fetstil trycka bokstavskombinationen NL såsom åtskild från det därpå följande ordet som antyder att det rör sig om kläder i en särskild stil. Vidare skulle den annorlunda formgivningen av bokstavskombinationen NL i de sökta varumärkena, jämfört med samma bokstavskombination i det äldre varumärket NL, kunna uppfattas som en särskild utformning av det sistnämnda varumärket. Således godtar förstainstansrätten överklagandenämndens slutsats att det inte är uteslutet att konsumenten uppfattar de sökta varumärkena som kännetecken för särskilda produktserier från det företag som innehar det äldre varumärket.

52 Förstainstansrätten erinrar om att det enligt artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 krävs att det föreligger en risk för förväxling, men inte att en förväxling har konstaterats. Mot denna bakgrund konstaterar förstainstansrätten att den slutsats som överklagandenämnden kom fram till är korrekt, även om överklagandenämnden kunde ha gjort en mer ingående undersökning av den särskilda formgivningen av bokstavskombinationen NL i det äldre varumärket, vilken skiljer sig från formgivningen av bokstäverna NL i de sökta varumärkena och som utgör den i sig viktigaste beståndsdelen i det äldre varumärket. Med hänsyn till att varorna är identiska och med tanke på de villkor för saluföringen som beskrivs i föregående punkt är likheterna mellan kännetecknen i det förevarande fallet tillräckligt stora för att det skall anses föreligga en förväxlingsrisk.

53 Således kan talan inte vinna bifall på den enda grund som åberopats, nämligen att artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 skulle ha åsidosatts. Talan skall sålunda ogillas.

Rättegångskostnader

54 Enligt artikel 87.2 i förstainstansrättens rättegångsregler 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.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

följande dom:

1) Talan ogillas.

2) Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.

Pirrung Meij Forwood

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 6 oktober 2004.

H. Jung J. Pirrung

Justitiesekreterare Ordförande