RETTENS DOM (Ottende Afdeling)

21. april 2010 *

I sag T-361/08,

Peek & Cloppenburg, Hamburg (Tyskland),

van Graaf GmbH & Co. KG, Wien (Østrig),

ved avocats V. von Bomhard, A. Renck, T. Dolde og J. Pause,

sagsøgere,

* Processprog: tysk.

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved S. Schäffner, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

intervenient ved Retten efter tilladelse til at træde i stedet for Office of the Permanent Secretary, The Prime Minister's Office, Thailand (Thailand), der var den anden part i sagen for appelkammeret ved Harmoniseringskontoret:

The Queen Sirikit Institute of Sericulture, Office of the Permanent Secretary, Ministry of Agriculture and Cooperatives, Thailand (Thailand), Bangkok (Thailand), ved avocat A. Kockläuner,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 10. juni 2008 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 1677/2007-4) vedrørende en indsigelsessag mellem Peek & Cloppenburg og Office of the Permanent Secretary, The Prime Minister's Office, Thailand,

har

RETTEN (Ottende Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, E. Martins Ribeiro (refererende dommer), og dommerne S. Papasavvas og N. Wahl,

justitssekretær: fuldmægtig J. Plingers,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Den 29. oktober 2004 indgav Office of the Permanent Secretary, The Prime Minister's Office, Thailand (Thailand), en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)).

2 Varemærket, der er søgt registreret, er følgende figurtegn:



3 Der er ansøgt om registrering for varer, som henhører under klasse 24 og 25 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og som i hver enkelt af disse klasser svarer til følgende beskrivelse:

— klasse 24: »Silke«

— klasse 25: »Beklædningsgenstande fremstillet af silke«.

4 Denne ansøgning blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 24/2005 af 13. juni 2005.

5 Den 7. september 2005 rejste den ene af denne sags to sagsøgere, Peek & Cloppenburg, indsigelse i henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 41 i forordning nr. 207/2009) mod registreringen af det ansøgte varemærke, idet det gjordes gældende, at der var en risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning (EF) nr. 207/2009].

6 Indsigelsen var støttet på den tyske registrering nr. 30336340 af følgende figurmærke:



7 Ansøgningen om dette mærke blev indgivet den 18. juli 2003, og varemærket blev registreret den 14. juni 2004 for de følgende varer og tjenesteydelser henhørende under klasse 18, 25 og 35:

— klasse 18: »Lædervarer, særlig bælter, tasker, beholdere (henhørende under klasse 18), og lædervarer, særlig punge, tegnebøger, nøgleringe, paraplyer«

— klasse 25: »Beklædningsgenstande (herunder strikkede og vævede beklædningsgenstande og lædertøj) til kvinder, mænd og børn, særlig beklædningsgenstande til udendørs og indendørs brug, fritids- og sportstøj; fodtøj, herunder støvler og hjemmefodtøj, bælter«

— klasse 35: »Annonce- og reklamevirksomhed, bistand ved forretningsledelse, forretningsadministration, bistand ved varetagelse af kontoropgaver, præsentation af varer, uddeling af vareprøver i reklameøjemed, auktionssalg af varer og tjenesteydelser, markedsundersøgelser«.

8 Indsigelsen var rettet mod alle de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke.

9 Ved afgørelse af 15. oktober 2007 forkastede Indsigelsesafdelingen indsigelsen med den begrundelse, at de omtvistede tegn ikke lignede hinanden, og at der under alle omstændigheder ikke forelå risiko for forveksling på Fællesskabets område.

10 Den 26. oktober 2007 indgav Peek & Cloppenburg en klage til Harmoniseringskontoret over Indsigelsesafdelingens afgørelse.

11 Den 15. november 2007 ansøgte Peek & Cloppenburg Deutsches Patent- und Markenamt (det tyske patent- og varemærkekontor) om at overdrage det ældre varemærke til den anden sagsøgende part i nærværende sag, van Graaf GmbH & Co. KG (herefter »van Graaf«).

12 Ved afgørelse af 10. juni 2008 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afviste Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen. Appelkammeret stadfæstede Indsigelsesafdelingens afgørelse, idet de omhandlede tegn var visuelt, fonetisk og begrebsmæssigt forskellige, og det således ikke var nødvendigt at sammenligne de omhandlede varer, da en af betingelserne i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ikke var opfyldt. Appelkammeret fastslog, at selv hvis det antoges, at de omhandlede tegn lignede hinanden blot på baggrund af deres begrebsmæssige lighed, ville det ikke have ført til et andet resultat, selv hvis de omhandlede varer ansås for at være identiske, idet den tilsigtede kundekreds ikke ville kunne misforstå deres handelsmæssige oprindelse.

13 Den 11. august 2008 udstedte Deutsches Patent- und Markenamt et certifikat, hvoraf det fremgår, at van Graaf med virkning fra den 17. november 2007 er den nye indehaver af varemærket i stedet for Peek & Cloppenburg.

Retsforhandlinger og parternes påstande

14 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 27. august 2008 har sagsøgerne anlagt dette søgsmål.

15 Harmoniseringskontoret og Queen Sirikit Institute of Sericulture, Office of the Permanent Secretary, Ministry of Agriculture and Cooperatives, Thailand, har indgivet deres svarskrifter til Rettens Justitskontor den 16. december 2008.

16 Queen Sirikit Institute of Sericulture, Office of the Permanent Secretary, Ministry of Agriculture and Cooperatives, Thailand, har den 16. december 2008 i sit svarskrift,

med henblik på at intervenere i sagen for Retten, indgivet en begæring om substitution, således at instituttet træder i stedet for Office of the Permanent Secretary, The Prime Minister's Office, Thailand, og har den 8. januar 2009 til Rettens Justitskontor fremsendt en kopi af kontrakten om overdragelse af EF-varemærket Thai Silk.

17 Ved skrivelse registreret på Rettens Justitskontor den 2. februar 2009 gav Harmoniseringskontoret samtykke til denne begæring om substitution. Ved skrivelse registreret på Rettens Justitskontor samme dag har sagsøgerne anført, at de ingen indvendinger har herimod.

18 Ved kendelse af 19. juni 2009 tiltrådte Retten, at Queen Sirikit Institute of Sericulture, Office of the Permanent Secretary, Ministry of Agriculture and Cooperatives, Thailand, trådte i stedet for Office of the Permanent Secretary, The Prime Minister's Office, Thailand, som intervenient under sagen ved Retten.

19 Ved afgørelse af 9. juli 2009 besluttede Retten at afvise det af Queen Sirikit Institute of Sericulture, Office of the Permanent Secretary, Ministry of Agriculture and Cooperatives, Thailand, indgivne svarskrift med den begrundelse, at instituttet først var blevet intervenient i sagen fra den 19. juni 2009, hvor Retten afsagde sin kendelse herom, og dermed på datoen for indgivelsen af nævnte svarskrift, som var den 16. december 2008, var en udenforstående tredjemand i forhold til sagen. Retten anmodede intervenienten om at fremlægge sin argumentation vedrørende den foreliggende sag under retsmødet.

20 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 24. juli 2009 indgav Queen Sirikit Institute of Sericulture, Office of the Permanent Secretary, Ministry of Agriculture and Cooperatives, Thailand, på ny sit svarskrift af 16. december 2008, såvel som sine bilag, således at de kunne blive taget i betragtning under sagen, og således at dets ret til at blive hørt blev effektivt sikret.

21 Henset til sagens særlige omstændigheder besluttede formanden for Rettens Ottende Afdeling at lade det nævnte dokument indgå i sagen, samt at tillade de øvrige parter at udtale sig herom under retsmødet.

22 Sagsøgerne, Peek & Cloppenburg og van Graaf, har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret betaler sagens omkostninger.

23 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Sagen afvises for så vidt angår van Graaf.

— Harmoniseringskontoret frifindes for så vidt angår Peek & Cloppenburg.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

24 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Sagen afvises.

— Harmoniseringskontoret frifindes.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

25 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens spørgsmål i retsmødet den 8. oktober 2009.

Formaliteten

Parternes argumenter

26 Sagsøgerne har anført, at af processuelle grunde og af forsigtighedshensyn er søgsmålet anlagt af Peek & Cloppenburg, som er den formelt berørte part i henhold til artikel 63, stk. 4, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 65, stk. 4, i forordning nr. 207/2009), og af van Graaf, som er den materielt berørte part. De har ligeledes anmodet om, at det meddeles dem, såfremt Retten skulle træffe beslutning om, at blot en af dem har søgsmålskompetence.

27 Harmoniseringskontoret har anført, at Peek & Cloppenburg var part i sagen for appelkammeret i henhold til artikel 63, stk. 4, i forordning nr. 40/94, således at udelukkende Peek & Cloppenburg har ret til at anlægge søgsmålet. Det er korrekt, at varemærket er blevet overdraget til van Graaf, som dermed er materielt berørt af den anfægtede afgørelse. Det er imidlertid en parts formelle status under klagesagen, der er afgørende i henhold til denne bestemmelse. Da van Graaf på intet tidspunkt var part i sagen for appelkammeret, har van Graaf ikke søgsmålskompetence.

28 Ifølge Harmoniseringskontoret, der henviser til Rettens retspraksis, kan van Graaf som følge af overdragelsen af det ældre varemærke indtræde i sagen i stedet for Peek & Cloppenburg, på betingelse af, at van Graaf indgiver en begæring om at indtræde i Peek & Cloppenburgs rettigheder, og at Retten ved kendelse tillader denne substitution. Van Graaf har imidlertid ikke indgivet en sådan begæring om substitution.

29 Intervenienten har gjort gældende, at søgsmålet skal afvises, dels fordi Peek & Cloppenburg med virkning fra den 17. november 2007 ikke længere var indehaver af varemærket, således at den anfægtede afgørelse ikke kunne gå selskabet imod som omhandlet i artikel 63, stk. 4, i forordning nr. 40/94, dels fordi van Graaf ikke var part i sagen for appelkammeret, samt ikke indtrådte i denne sag, selv om van Graaf var blevet indehaver af det ældre varemærke kort tid inden klagens indgivelse til appelkammeret. Ingen af de to sagsøgere har således søgsmålskompetence.

Rettens bemærkninger

30 Artikel 63, stk. 4, i forordning nr. 40/94 bestemmer, at adgang til at indbringe en klage over appelkammerets afgørelse har »[e]nhver part i sagen ved appelkammeret […], for så vidt den pågældende ikke har fået medhold«.

31 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at i en sag, hvor overdragelsen af varemærket var sket efter appelkammerets afgørelse, men inden sagens indbringelse for Retten, er det fastslået, at nye indehavere af et ældre varemærke i overensstemmelse med artikel 63, stk. 4, i forordning nr. 40/94 kan anlægge sag ved Retten og bør anerkendes som parter i sagen, så snart de har bevist, at de er indehavere af den rettighed, der er blevet påberåbt for Harmoniseringskontoret (Rettens dom af 28.6.2005, sag T-301/03, Canali Ireland mod KHIM — Canal Jean (CANAL JEAN CO. NEW YORK), Sml. II, s. 2479, præmis 19).

32 Det bemærkes endvidere, at eftersom den nye indehaver af varemærket i den sag, der gav anledning til dommen i sagen CANAL JEAN CO. NEW YORK, nævnt ovenfor i præmis 31, havde fremlagt bevis for, at det nævnte varemærke var blevet overdraget til denne, og eftersom Harmoniseringskontoret havde registreret denne overdragelse efter sagen for appelkammeret, var denne nye indehaver blevet part i sagen for Harmoniseringskontoret (præmis 20).

33 I den foreliggende sag fremgår det af sagsakterne, at Peek & Cloppenburg ved skrivelse af 15. november 2007 ansøgte Deutsches Patent- und Markenamt om at overdrage flere varemærker, herunder det ældre varemærke, til van Graaf, og at Deutsches Patent- und Markenamt den 11. august 2008 til van Graafs repræsentant udstedte et certifikat, hvoraf fremgår, at dette varemærke er overdraget til van Graaf med virkning fra den 17. november 2007, hvilket betyder, at van Graaf er blevet part i sagen for Harmoniseringskontoret som omhandlet i artikel 63, stk. 4, i forordning nr. 40/94 (jf. ligeledes i denne retning Rettens dom af 13.12.2007, sag T-134/06, Xentral mod KHIM — Pages Jaunes (PAGESJAUNES.COM), Sml. II, s. 5213).

34 Denne konklusion afkræftes ikke af den omstændighed, at overdragelsen af det ældre varemærke er blevet officielt registreret af Deutsches Patent- und Markenamt og ikke af Harmoniseringskontoret, idet det ældre varemærke var registreret i Tyskland, og idet det er ubestridt, at der er sket overdragelse af dette mærke til fordel for van Graaf.

35 Sagen kan derfor antages til realitetsbehandling for så vidt angår van Graaf.

36 Da der er tale om et fælles søgsmål, er det ikke nødvendigt at undersøge, om Peek & Cloppenburg har retlig interesse (jf. i denne retning Domstolens dom af 24.3.1993, sag C-313/90, CIRFS m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1125, præmis 31, samt Rettens dom af 8.7.2003, sag T-374/00, Verband der freien Rohrwerke m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2275, præmis 57, og af 9.7.2007, sag T-282/06, Sun Chemical Group m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2149, præmis 50).

37 Det følger af det ovenstående, at sagen bør antages til realitetsbehandling.

Om realiteten

38 Sagsøgerne har påberåbt sig et enkelt anbringende om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

Parternes argumenter

39 Sagsøgerne har gjort gældende, at de varer i klasse 25, der er omfattet af det ansøgte varemærke, er af samme art som dem, der er omfattet af det ældre varemærke. For så vidt angår de varer i klasse 24, der er omfattet af det ansøgte varemærke, og varerne, der er omfattet af det ældre varemærke og henhører under klasse 25, foreligger der lighed, idet både beklædningsgenstande og silke henhører under tekstilkategorien. Da beklædningsgenstande i øvrigt anvendes til beklædning, og da silke indgår i deres sammensætning og deres fabrikation, er disse varer i indbyrdes konkurrence. Distributionskanalerne og de steder, hvor de bliver markedsført, vil ligeledes ofte være de samme.

40 Sagsøgerne har gjort gældende, at de omhandlede tegn visuelt ligner hinanden meget, da de begge domineres af en illustration, der forestiller en påfugl, hvilket medfører, at de minimale forskelle i de to tegns gengivelse af påfuglen og af de sekundære bestanddele ikke er tilstrækkelige til, at forbrugeren opfatter de to tegn som forskellige. Sagsøgerne har gjort gældende, at det er urealistisk og fuldstændig uforståeligt at anse det for umuligt at »associere de respektive figurbestanddele til en bestemt dyreart«, således som appelkammeret har gjort. Sagsøgerne har i modsætning hertil vurderet, at den gennemsnitlige forbruger i de omhandlede tegn kan genkende gengivelsen af en påfugl, der ikke har nogen beskrivende karakter for varer omfattet af klasse 24 og 25, og som dermed tiltrækker denne forbrugers opmærksomhed. De bestanddele, der adskiller de to tegn fra hinanden, dvs. rammen, linjen og farverne, er endvidere sekundære, da de ikke vender den gennemsnitlige forbrugers opmærksomhed bort fra de fælles, dominerende bestanddele. Udtrykket »thai silk« er desuden beskrivende for silke og beklædningsgenstande for den tyske forbruger, som udmærket forstår dets betydning, og udtrykket har således ingen indflydelse på opfattelsen af det ansøgte varemærke.

41 Ifølge sagsøgerne er det fastslået i adskillige af Rettens domme, at der kan foreligge risiko for forveksling som følge af visuel lighed mellem bestanddele, selv om det ene af de to tegn, der sammenlignes, derudover består af en ordbestanddel, uden at det er nødvendigt at tage i betragtning, om det andet tegn har en høj grad af særpræg.

42 Sagsøgerne har tilføjet, at de omhandlede tegn fonetisk enten i høj grad ligner hinanden eller ikke er sammenlignelige, og at de begrebsmæssigt enten i høj grad ligner hinanden, eller at de er ens.

43 Sagsøgerne har konkluderet, at der på det tyske marked eksisterer en risiko for forveksling i den relevante kundekreds' bevidsthed, og at denne består af almindeligt oplyste forbrugere, der er rimeligt opmærksomme og velunderrettede. En yderligere omstændighed, der skal tages i betragtning, er dels, at forbrugeren i erindringen har et ufuldstændigt billede af varemærkerne, dels at det ældre varemærke har en høj

grad af særpræg i sig selv. Den visuelle sammenligning mellem mærkerne er særligt vigtig med hensyn til de omhandlede varer, der typisk sælges i selvbetjeningsbutikker.

44 Harmoniseringskontoret og intervenienten har afvist anbringendet.

Rettens bemærkninger

45 I henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er det varemærke, der søges registreret, udelukket fra registrering, hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, »såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre varemærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre varemærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art; risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke«.

46 I henhold til artikel 8, stk. 2, litra a), nr. ii), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 8, stk. 2, litra a), nr. ii), i forordning nr. 207/2009] skal der ved ældre varemærker forstås varemærker, der er registreret i en medlemsstat, og hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EF-varemærkeansøgningen.

47 Ved risikoen for forveksling forstås 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 (jf. Rettens dom af 10.9.2008, sag T-325/06, Boston Scientific mod KHIM — Terumo (CAPIO), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 70 og den deri nævnte retspraksis; jf. ligeledes analogt Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I,

s. 5507, præmis 29, og af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 17).

48 Der skal desuden foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling i offentlighedens bevidsthed under hensyntagen til alle relevante faktorer i det foreliggende tilfælde (jf. CAPIO-dommen, nævnt i præmis 47 ovenfor, præmis 71 og den deri nævnte retspraksis; jf. analogt Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 22, og af 22.6.2000, sag C-425/98, Marca Mode, Sml. I, s. 4861, præmis 40).

49 Denne helhedsvurdering indebærer en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning, og mellem især ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkerne. En svag grad af lighed mellem de af varemærkerne omfattede varer eller tjenesteydelser kan således opvejes af en høj grad af lighed mellem varemærkerne og omvendt (Domstolens dom af 13.9.2007, sag C-234/06 P, Il Ponte Finanziaria mod KHIM, Sml. I, s. 7333, præmis 48, og Rettens dom af 23.10.2002, sag T-6/01, Matratzen Concord mod KHIM — Hukla Germany (MATRATZEN), Sml. II, s. 4335, præmis 25). Den indbyrdes afhængighed mellem disse faktorer kommer til udtryk i syvende betragtning til forordning nr. 40/94, ifølge hvilken begrebet lighed bør fortolkes i forhold til risikoen for forveksling, og bedømmelsen heraf afhænger af en lang række faktorer, herunder navnlig hvor kendt varemærket er på markedet, om der kan skabes en forbindelse med det benyttede eller registrerede tegn, samt hvor stor ligheden er mellem varemærket og tegnet og mellem de pågældende varer eller tjenesteydelser (jf. CAPIO-dommen, nævnt i præmis 47 ovenfor, præmis 72 og der deri nævnte retspraksis).

50 Desuden skal helhedsvurderingen for så vidt angår de omtvistede mærkers visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige lighed være baseret på helhedsindtrykket af tegnene, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller er dominerende. Det fremgår således af ordlyden af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, hvorefter der er »en risiko for forveksling […] i offentlighedens bevidsthed«, at det spiller en afgørende rolle i helhedsvurderingen af risikoen for forveksling, hvordan gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer eller tjenesteydelser opfatter varemærkerne. Gennemsnitsforbrugeren opfatter imidlertid normalt et varemærke som en helhed og undersøger ikke de forskellige detaljer (jf. CAPIO-dommen,

nævnt i præmis 47 ovenfor, præmis 73 og den deri nævnte retspraksis; jf. ligeledes analogt SABEL-dommen, nævnt i præmis 48 ovenfor, præmis 23, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, nævnt i præmis 47 ovenfor, præmis 25).

51 For så vidt angår helhedsvurderingen af risikoen for forveksling anses gennemsnitsforbrugeren af de omhandlede varer for at være almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Der må i øvrigt tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugeren kun sjældent har mulighed for at foretage en direkte sammenligning mellem de forskellige varemærker, men må stole på det ufuldstændige billede af dem, han har i erindringen. Der må også tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau kan variere alt efter, hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om (Rettens dom af 23.10.2002, sag T-104/01, Oberhauser mod KHIM — Petit Liberto (Fifties), Sml. II, s. 4359, præmis 28, og af 30.6.2004, sag T-186/02, BMI Bertollo mod KHIM — Diesel (DIESELIT), Sml. II. s. 1887, præmis 38; jf. analogt Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, nævnt i præmis 47 ovenfor, præmis 26).

52 I den foreliggende sag fremgår det af den anfægtede afgørelses punkt 16, at appelkammeret på den ene side har taget hensyn til den tyske kundekreds, idet det ældre varemærke er et tysk varemærke, og på den anden side, at den kundekreds, som risikoen for forveksling skal vurderes ud fra, består af den gennemsnitlige tyske forbruger, der anses for at være almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Denne forudsætning, der i øvrigt ikke bestrides af sagsøgerne, skal lægges til grund.

53 Intervenienten har ganske vist hævdet, at den relevante kundekreds har et forhøjet opmærksomhedsniveau.

54 Når det imidlertid drejer sig om varer, der som i den foreliggende sag er almindelige dagligvarer, må det fastslås, at appelkammeret med rette vurderede, at den relevante kundekreds består af gennemsnitsforbrugeren, der må anses for at være almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet (jf. i denne retning Rettens dom af

5.10.2005, sag T-423/04, Bunker & BKR mod KHIM — Marine Stock (B.K.R.), Sml. II, s. 4035, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).

Om ligheden mellem tegnene

55 Hvad for det første angår den visuelle sammenligning var det med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 17 fastslog, at de omhandlede tegn er visuelt forskellige.

56 Det er ganske vist korrekt, at begge tegn er sammensat af en bestanddel, der gengiver et dyr. Det ansøgte varemærke er således sammensat af et dyr, der på stiliseret vis skal gengive en påfugl set i profil i oprejst stilling, rettet mod højre, benene ses ikke, og den lange halefjer synes at være beklædt med øjne. Denne bestanddel er blå og findes i midten af en cirkel, der ligeledes er blå, hvorunder udtrykket »thai silk« fremgår. Det ældre mærke er til sammenligning sammensat af en bestanddel, der ligeledes gengiver en fugl, set i profil i oprejst stilling og rettet mod højre, der ikke umiddelbart opfattes som en påfugl, idet gengivelsen er skematisk. Denne fugl består af en fjerkam, ben, der er skematisk tegnede, og en halefjer, der synes at være beklædt med skæl. Selv hvis en del af den relevante kundekreds ville opfatte denne figurbestanddel som en gengivelse af en påfugl, er denne gengivelse imidlertid så fjern fra den stiliserede gengivelse af dette dyr i det ansøgte varemærke, at den nævnte kundekreds visuelt ville opfatte den som værende anderledes.

57 Som det således med rette er anført af appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 21, medfører den blotte omstændighed, at de to gengivelser begge er rettet mod højre, ikke, at der skabes en visuel lighed mellem de omtvistede varemærker.

58 Hvad for det andet angår den fonetiske sammenligning bemærkes det, at den fonetiske gengivelse af et komplekst tegn strengt taget indebærer, at alle tegnets ordbestanddele gengives uden hensyn til deres særlige grafiske beskaffenhed, der snarere henhører under analysen af tegnet på det visuelle plan (Rettens dom af 25.5.2005, sag T-352/02, Creative Technology mod KHIM — Vila Ortiz (PC WORKS), Sml. II, s. 1745, præmis 42).

59 I denne henseende bemærkes det, således som også appelkammeret med rette har anført i den anfægtede afgørelses punkt 23, at de omhandlede tegn ligeledes er forskellige. I det ansøgte varemærke indgår således ordbestanddelen »thai silk«, der ikke findes i det ældre varemærke. Da den relevante kundekreds vil benytte denne ordbestanddel til at henvise til det ansøgte varemærke, er der ingen fonetisk lighed, som i givet fald kunne følge af, at denne kundekreds genkender det samme dyr i de to tegn. Den relevante kundekreds kan nemlig ikke tænkes at henvise til det ansøgte varemærke uden at nævne dets ordbestanddel, men ved at nævne det tyske ord for det dyr, der er gengivet i mærkets figurbestanddel, i øvrigt på lettere unøjagtig vis, eftersom det ikke kan udelukkes, at denne kundekreds ikke umiddelbart genkender en påfugl i denne figurbestanddel.

60 Selv hvis det antages, at ordbestanddelen i det ansøgte varemærke kan anses for beskrivende, således som sagsøgerne har hævdet, forhindrer dette ikke, at den relevante kundekreds, når den skal henvise til mærket, udelukkende vil udtale dets ordbestanddel og ikke ordet, der er benævnelsen for det dyr, der er gengivet i mærkets figurbestanddel, idet denne benævnelse i sig selv er indirekte og, som i den foreliggende sag, usikker for så vidt angår det nævnte ord, og dette uanset den retspraksis, som sagsøgerne har gjort gældende, ifølge hvilken kundekredsen i almindelighed ikke opfatter en beskrivende bestanddel, der udgør en del af et sammensat varemærke, som den bestanddel i det helhedsindtryk, varemærket fremkalder, der har særpræg eller er dominerende (jf. Rettens dom af 22.5.2008, sag T-205/06, NewSoft Technology mod KHIM — Soft (Presto! Bizcard Reader), Sml. II, s. 78, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis).

61 Hvad for det tredje angår den begrebsmæssige sammenligning er det ganske vist korrekt, således som appelkammeret har fastslået i den anfægtede afgørelses punkt 24, at der kun foreligger lighed, såfremt opfattelsen i den relevante kundekreds af de to

gengivelser umiddelbart er, at det er en påfugl, der gengives. Det er ligeledes korrekt, at denne antagelse ikke har kunnet bekræftes, idet de to gengivelser er visuelt forskellige.

62 Det kan imidlertid ikke udelukkes, at en del af den relevante kundekreds genkender en påfugl i de to figurbestanddele, hvilket således medfører en vis begrebsmæssig lighed mellem de omtvistede varemærker. Selv om det er tegnet skematisk, gengiver det ældre varemærke således visse af påfuglens kendetegn, nemlig fjerkammen og den lange halefjer. Hvad angår det ansøgte varemærke er det tættere på en direkte gengivelse af en påfugl, som følge af tilstedeværelsen af øjne på halefjerene og dens generelle positur.

63 I denne forbindelse bemærkes, at den begrebsmæssige lighed udspringer af den omstændighed, at to varemærker anvender billeder, hvis meningsindhold er det samme (SABEL-dommen, nævnt i præmis 48 ovenfor, præmis 24). Såfremt det således antages, at den relevante kundekreds ledes til at opfatte en påfugl i de omtvistede tegn, benytter tegnene billeder, hvis begrebsindhold er det samme, for så vidt som disse billeder i forhold til den nævnte kundekreds antyder eller formidler en idé om skønhed og elegance vedrørende de omhandlede varer, da disse egenskaber traditionelt kendetegner påfuglen.

64 Det bemærkes imidlertid, at en sådan begrebsmæssig lighed må anses for at være svag, da det er på indirekte vis, at de omtvistede tegn antyder eller formidler det samme begrebsmæssige indhold.

65 Det må i dettte omfang fastslås, at det var med urette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 24 fandt, at der ikke var en begrebsmæssig lighed mellem de omhandlede tegn. Det bemærkes imidlertid, at denne konklusion ikke i denne fase kan have som konsekvens, at den anfægtede afgørelse skal annulleres, eftersom appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 29 desuden vurderede en eventuel risiko for forveksling under hensyntagen til en begrebsmæssig lighed mellem de omhandlede tegn.

Om ligheden mellem varerne

66 Som det fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 29, omfatter de varer i klasse 25, der er betegnet af det ældre varemærke — dvs. beklædningsgenstande — de af EF-figurmærket Thai Silk betegnede varer i klasse 24 og 25, nemlig henholdsvis silke og beklædningsgenstande fremstillet af silke.

67 Heraf følger, at de omhandlede varer må anses for at være af samme art, hvorfor intervenientens anbringende om, at beklædningsgenstande og silke ikke er af samme art, ikke kan tiltrædes.

Om risikoen for forveksling

68 Selv om de omhandlede varer er af samme art, og uanset, at der findes en svag begrebsmæssig lighed mellem de omtvistede tegn, var det med rette, at appelkammeret konkluderede, at det helhedsindtryk, de omhandlede varemærker fremkalder, ikke skaber en risiko for forveksling i den relevante kundekreds' bevidsthed.

69 I denne henseende bemærkes, at det ikke kan udelukkes, at den begrebsmæssige lighed, der udspringer af den omstændighed, at to varemærker anvender billeder, hvis meningsindhold er det samme, kan skabe en risiko for forveksling, i de tilfælde hvor det ældre varemærke har en særlig grad af særpræg, enten i sig selv, eller fordi det er kendt i offentligheden. I de tilfælde hvor det ældre varemærke imidlertid ikke er særlig velkendt og forestiller et billede, der indeholder få fantasifulde bestanddele, er den blotte begrebsmæssige lighed mellem mærkerne ikke tilstrækkelig til at skabe risiko for forveksling (SABEL-dommen, nævnt i præmis 48 ovenfor, præmis 24 og 25).

70 Det bemærkes herved, at det intet sted fremgår af sagens akter eller af sagsøgernes anbringender, at det ældre varemærke har en særlig grad af særpræg enten i sig selv, eller fordi det skulle være kendt i offentligheden.

71 Det bemærkes desuden, at de omtvistede tegns visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige bestanddele ikke altid har samme vægt i helhedsvurderingen af forvekslingsrisikoen. Det er nødvendigt at undersøge de objektive betingelser, hvorunder varemærkerne kan præsenteres på markedet. Betydningen af tegnenes ligheds- eller forskelsbestanddele kan bl.a. afhænge af deres væsentlige kendetegn eller markedsføringsbetingelserne for de varer eller tjenesteydelser, som de omtvistede varemærker betegner. Hvis de varer, som de omhandlede varemærker omhandler, normalt sælges i selvbetjeningsbutikker, hvor forbrugeren selv vælger varen og således hovedsageligt må forlade sig på billedet af det varemærke, der anvendes på denne vare, får en visuel lighed mellem tegnene generelt større betydning. Hvis den omhandlede vare derimod overalt sælges mundtligt, vil en fonetisk lighed mellem tegnene normalt blive tillagt mere vægt (Rettens dom af 6.10.2004, forenede sager T-117/03 — T-119/03 og T-171/03, New Look mod KHIM — Naulover (NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE og NLCollection), Sml. II, s. 3471, præmis 49).

72 Med hensyn til de omhandlede varer og deres markedsføringsform bemærkes det, at visuel og fonetisk lighed mellem de omhandlede tegn, der i den foreliggende sag har den største betydning, netop er det, der mangler.

73 De konstaterede visuelle og fonetiske forskelle opvejer således den svage grad af begrebsmæssig lighed. Det er ganske udelukket, at den relevante kundekreds, når den stilles over for de omhandlede tegn, vil skabe en sammenhæng mellem disse, der kan give anledning til en forvekslingsrisiko i dennes bevidsthed, og som vil få den til at tro, at de omhandlede varer hidrører fra den samme virksomhed eller fra økonomisk forbundne virksomheder. Selv om tøjfabrikanter til tider skaber adskillige produktlinjer, er det desuden ganske usandsynligt, således som appelkammeret med rette har anført i den anfægtede afgørelses punkt 32, at den relevante kundekreds, når den stilles over

for de omhandlede tegn, vil tro, at det drejer sig om varianter af det samme mærke eller om undermærker fra den samme fabrikant.

74 Under disse omstændigheder skal det eneste fremførte anbringende forkastes og Harmoniseringskontoret dermed frifindes.

Sagens omkostninger

75 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Peek & Cloppenburg og van Graaf har tabt sagen og bør derfor dømmes til at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets og intervenientens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Ottende Afdeling):

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

2) **Peek & Cloppenburg og van Graaf GmbH & Co. KG betaler sagens omkostninger.**

Martins Ribeiro Papasavvas Wahl

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 21. april 2010.

Underskrifter