DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

22. juni 2006 *

I sag C-24/05 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i Domstolens statut, iværksat den 24. januar 2005,

August Storck KG, Berlin (Tyskland), ved Rechtsanwälte I. Rohr, H. Wrage-Molkenthin og T. Reher,

appellant,

den anden part i appelsagen:

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

sagsøgt i første instans,

* Processprog: tysk.

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann, og dommerne N. Colneric, J.N. Cunha Rodrigues, M. Ilešič (refererende dommer) og E. Levits,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: fuldmægtig B. Fülöp,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 16. februar 2006,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 23. marts 2006,

afsagt følgende

Dom

1 I appelskriftet har August Storck KG nedlagt påstand om ophævelse af den dom, der blev afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (Fjerde Afdeling) den 10. november 2004, Storck mod KHIM (et bolsjes form) (sag T-396/02, Sml. II, s. 3821, herefter »den appellerede dom«), hvorved appellanten ikke fik medhold i sin påstand om annullation af den afgørelse, der var blevet truffet af Fjerde

Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) den 14. oktober 2002 (sag R 187/2001-4) (herefter »den anfægtede afgørelse«), hvorved dette afslog at registrere et tredimensionalt varemærke i form af et lysebrunt bolsje.

Retsforskrifter

2 Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1) bestemmer i artikel 7, der har overskriften »Absolutte hindringer for registrering«, følgende:

»1. Udelukket fra registrering er:

[...]

b) varemærker, som mangler fornødent særpræg

[...]

3. Stk. 1, litra b), c) og d), finder ikke anvendelse, hvis mærket som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret.«

3 Artikel 73 i forordning nr. 40/94, der har overskriften »Begrundelse af afgørelsen«, bestemmer:

»Harmoniseringskontorets afgørelser skal begrundes. De må kun støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om.«

4 Artikel 74 i forordning nr. 40/94, der har overskriften »Harmoniseringskontorets ex officio prøvelse af de faktiske omstændigheder«, indeholder følgende præcisering i stk. 1:

»Under sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret prøver dette ex officio de faktiske omstændigheder; i sager vedrørende relative registreringshindringer begrænser Harmoniseringskontoret sig imidlertid til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger.«

Sagens baggrund

5 Den 30. marts 1998 indgav appellanten i medfør af forordning nr. 40/94 en ansøgning til Harmoniseringskontoret om registrering som EF-varemærke af et tredimensionalt varemærke, der svarer til et lysebrunt bolsjes udseende, som gengivet nedenfor:



6 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, er »sukkervarer«, der henhører under klasse 30 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret.

7 Ved afgørelse af 25. januar 2001 meddelte undersøgeren afslag på ansøgningen med den begrundelse, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, og at det ikke havde fået fornødent særpræg ved brug i henhold til artikel 7, stk. 3.

8 Ved den anfægtede afgørelse stadfæstede Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret undersøgerens afgørelse. Appelkammeret fandt nærmere bestemt, at kombinationen af formen og farven, som udgjorde det ansøgte varemærke, ikke i sig selv kunne give oplysninger om de pågældende varers oprindelse, dvs. sukkervarer. Desuden fandt appelkammeret, at de forhold, der var fremført af appellanten, ikke beviste, at dette varemærke havde fået fornødent særpræg som følge af den brug, der var blevet gjort heraf for bl.a. karamelbolsjer.

Retsforhandlinger ved Retten og den appellerede dom

9 Appellanten anlagde sag ved Retten med påstand om annullation af den anfægtede afgørelse, hvori selskabet gjorde to anbringender gældende.

10 I forbindelse med det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 fandt Retten i den appellerede doms præmis 39-

45, at appelkammeret med rette havde fastslået, at det ansøgte varemærke savnede fornødent særpræg i denne bestemmelses forstand, og anførte følgende begrundelse:

»39 I den foreliggende sag har appelkammeret med rette fastslået, at hvad angår vidt udbredte dagligvarer, som de i den foreliggende sag omhandlede, »vil forbrugeren ikke skænke sukkervarernes form og farve megen opmærksomhed«, og at det er derfor »usandsynligt, at gennemsnitsforbrugerens valg er styret af bolsjets form« (den anfægtede afgørelses punkt 12).

40 Desuden har appelkammeret ført tilstrækkeligt bevis for, at ingen af kendetegnene ved det pågældende varemærke — alene eller i kombination med andre — har fornødent særpræg. I den forbindelse har appelkammeret indledningsvis anført, at »[d]en næsten runde form, der minder om en cirkel [...], er en geometrisk grundform«, og at gennemsnitsforbrugeren »er vant til sukkervarer, herunder bolsjer, med runde former (cirkelformede, ovale, elipse- eller cylinderformede)«. Hvad derefter angår bolsjets hvælvede kanter på oversiden fandt appelkammeret, at »bolsjer uanset deres form har hvælvede kanter«, hvilket har funktionelle grunde. Endelig har appelkammeret for så vidt angår bolsjets runde fordybning i midten og dets flade underside fastslået, at »disse bestanddele ikke væsentligt ændrer det samlede indtryk af formen«, og at det derfor »er usandsynligt, at den berørte forbruger er opmærksom på disse to kendetegn i en sådan grad, at han opfatter dem som angivelse af en bestemt handelsmæssig oprindelse« (den anfægtede afgørelses punkt 13).

41 Hvad angår den omhandlede vares farve, nemlig lysebrun eller forskellige nuancer heraf, har appelkammeret ligeledes anført, at der er tale om en »gængs farve for bolsjer« (den anfægtede afgørelses punkt 13). Det bør fastslås, at den berørte kundekreds er vant til denne farve ved sukkervarer.

42 Heraf følger, at den tredimensionale form, der er søgt registreret, er en geometrisk grundform, der er blandt de former, der naturligt melder sig i forbrugerens bevidsthed for dagligvarer såsom bolsjer.

43 Under disse omstændigheder skal sagsøgerens argument om, at der er en væsentlig forskel mellem det ansøgte varemærkes form og farve og andre sukkervarers form og farve, forkastes.

44 Det følger af det anførte, at det ansøgte tredimensionale varemærke består af en kombination af bestanddele, der naturligt melder sig i bevidstheden, og som er typiske for de berørte varer. Den omhandlede form adskiller sig nemlig ikke væsentligt fra visse af de berørte varers grundformer, som normalt anvendes i handelen, men den fremtræder snarere som en variation af disse grundformer. Da de påståede forskelle ikke er lette at opfatte, adskiller den omhandlede form sig følgelig ikke tilstrækkelig fra andre former, der normalt anvendes for bolsjer, og den gør det således ikke muligt for den relevante kundekreds umiddelbart og sikkert at adskille sagsøgerens bolsjer fra bolsjer, der har en anden handelsmæssig oprindelse.

45 Således som det ansøgte varemærke opfattes af en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger, kan det ikke individualisere de berørte varer og adskille dem fra varer, der har anden handelsmæssig oprindelse. Som følge heraf mangler det ansøgte varemærke fornødent særpræg for disse varer.«

11 I forbindelse med det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 fastslog Retten i den appellerede doms præmis 61-67, at

appelkammeret ikke havde begået en retlig fejl ved at fastslå, at appellanten ikke havde bevist, at det ansøgte varemærke havde fået fornødent særpræg som følge af den brug, der var gjort heraf, og anførte følgende begrundelse:

»61 For det første er sagsøgerens argumenter om de høje salgstal og de store reklameomkostninger for karamelbolsjerne »Werther's Original« (»Werther's Echte«) ikke egnede til at bevise, at det ansøgte varemærke har fået fornødent særpræg som følge af den brug, der er gjort heraf.

62 Selv om appelkammeret har erkendt, at omsætningstallene og oplysningerne vedrørende reklameomkostningerne viser, at det omhandlede bolsje var vidt udbredt på markedet, har det ikke desto mindre fundet, at disse oplysninger ikke er det krævede bevis for, at det ansøgte varemærke blev brugt som et tredimensionalt varemærke til at betegne sagsøgerens bolsjer (den anfægtede afgørelses punkt 16).

63 I den anfægtede afgørelses punkt 17-21 har appelkammeret begrundet denne bedømmelse på følgende måde:

»17. Klageren har fremlagt vareprøver af de plastikposer, som bolsjerne er indpakket i, og har anført, at den form, der er gengivet herpå, er en »central henvisning og et orienteringspunkt« for forbrugeren. Ifølge klageren er denne brug et bevis på, at formen er genstand for en reklame som varemærke for varen, og at det er som en sådan, at formen opfattes af forbrugeren. Appelkammeret er ikke enigt i dette synspunkt. Der er nemlig en uoverensstemmelse mellem klagerens erklæringer og den måde, [hvorpå] bolsjerne fremtræder på posen som helhed.

18. Selv om det er korrekt, at bolsjerne med den brune form som dem, sagsøgeren har fremlagt, fremtræder på indpakningen, skal det ikke desto mindre undersøges, hvilket formål denne gengivelse har. Denne undersøgelse kan ikke være abstrakt, men skal derimod foretages under hensyntagen til den måde, [hvorpå] gennemsnitforbrugeren sandsynligvis opfatter gengivelsen af bolsjerne, således som de fremtræder på indpakningen.

19. Når den pågældende forbruger betragter en af sagsøgerens bolsjeposer, lægger han først mærke til navnet »Werther's Original«, der skrevet med store bogstaver næsten fylder halvdelen af posen, og som er omgivet af yderligere bestanddele, såsom et lille ovalt tegn med navnet »Storck« og en stiliseret tegning af en lille landsby, hvorunder der står »Traditional Werther's Quality« [den klassiske Werther-kvalitet]. På den nederste halvdel af posen er der et farvefoto af ca. 15 tilfældigt placerede bolsjer med billedteksten: »The classic candy made with real butter and fresh cream« [det klassiske bolsje lavet af rigtig smør og fløde].

20. Ifølge klagerens erklæringer svarer denne gengivelse til det tredimensionale varemærke, som selskabet har søgt registreret. Appelkammeret kan imidlertid ikke tiltræde denne opfattelse. Den måde, hvorpå bolsjerne er gengivet på posen, er ikke i overensstemmelse med den måde, hvorpå et varemærke normalt gengives på en vare. Formålet med denne gengivelse er efter kammerets opfattelse (snarere) at afbilde indholdet af posen. I modsætning til klagerens påstande viser posen ikke en form, men et realistisk billede af en bunke uindpakkede bolsjer. Det bemærkes, at denne gengivelse ikke fremhæver de kendetegn, som klageren mener giver varemærket fornødent særpræg (uddybningen i midten, den flade underside og de hvælvede kanter). Derfor finder appelkammeret, at der er en uoverensstemmelse mellem den måde, hvorpå bolsjerne er gengivet på emballagen, og påstanden om, at denne gengivelse er et tredimensionalt varemærke, der vil blive opfattet som et sådant af gennemsnitsforbrugeren. Efter appelkammerets skøn er det mere sandsynligt, at forbrugeren udelukkende ser billedet af bolsjerne som en afbildning af posens indhold. Inden for levnedsmiddelindustrien, herunder sukkervareindustrien, er det en udbredt praksis at have en attraktiv afbildning på vareemballagen, der viser, hvorledes varen ser ud, eller hvorledes den kan serveres, og denne afbildning har mere at gøre med markedsføringen af varen end med identificeringen af varen ved hjælp af et varemærke. Appelkammeret finder

derfor, at billedet ikke opfylder et varemærkes funktion, men at det udelukkende har til formål at afbilde varen. Sætningen, der ledsager billedet, nemlig »The classic candy made with real butter and fresh cream«, bekræfter endvidere, at dette vil være den sandsynlige opfattelse hos en rimeligt opmærksom bolsjekøber. Sætningen og billedet komplementerer nemlig hinanden: Sætningen beskriver bolsjernes art, og billedet viser dem. Appelkammeret er enigt med klageren i, at en vare kan have flere varemærker. Dette er ikke til hinder for appelkammerets opfattelse — der er baseret på den afbildning på poserne, som sagsøgerens bolsjer er indpakket i — hvorefter gengivelsen af bolsjerne på disse poser ikke er i overensstemmelse med en gengivelse af et varemærke.

21. Som følge af de ovennævnte betragtninger må det fastslås, at tallene for omsætningen og reklameomkostningerne, der er fremlagt som bevis, ganske vist beviser, at bolsjerne »Werther's« er blevet markedsført, men ikke, at deres form er blevet brugt som varemærke [...]«

64 Disse betragtninger skal ikke anfægtes. Det reklamemateriale, der er fremlagt af sagsøgeren, indeholder intet bevis for brugen af varemærket, således som varemærket fremgår af varemærkeansøgningen. På alle de fremlagte billeder er gengivelsen af den ansøgte form og farve ledsaget af ord- og figurmærker. Som følge heraf kan dette materiale ikke være et bevis for, at den relevante kundekreds opfatter det ansøgte varemærke — i sig selv og uafhængigt af de ord- og figurmærker, som det er ledsaget af i reklamerne og ved købet af varer — som en handelsmæssig oprindelsesangivelse for de berørte varer og tjenesteydelser [...]

65 Desuden bemærkes, at sagsøgeren i stævningen selv har anført, at det pågældende bolsje ikke sælges uindpakket, men i poser, hvori hvert enkelt bolsje derudover er indpakket separat. Heraf følger, at gennemsnitsforbrugeren på købstidspunktet ikke direkte konfronteres med det pågældende bolsjes form, hvilket ville gøre det muligt for ham at tillægge denne en funktion som oprindelsesangivelse.

66 Tilsvarende gælder for det andet hvad angår meningsmålingerne, som sagsøgeren fremlagde til bedømmelse for appelkammeret for at bevise, at det ansøgte varemærke havde fået fornødent særpræg som følge af brug. Det fremgår nemlig klart af den anfægtede afgørelses punkt 21, in fine, at kendskabet til det af sagsøgeren markedsførte bolsje som varemærke ikke er godtgjort på grundlag af den omhandlede form, men på grundlag af bolsjets navn »Werther's«.«

12 Retten frifandt følgelig Harmoniseringskontoret og tilpligtede appellanten at betale sagens omkostninger.

Appellen

13 I appelskriftet har appellanten fremført fire anbringender til støtte for følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves.

— Principalt træffes der endelig afgørelse i sagen, således at de påstande, der blev nedlagt i første instans, tiltrædes.

— Subsidiært hjemvises sagen til Retten.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

14 Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Første anbringende

Parternes argumenter

15 Med sit første anbringende, der består af to led, har appellanten gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

16 For det første var det med urette, at Retten i den appellerede doms præmis 44 gjorde det ansøgte varemærkes særpræg betinget af, at varemærket adskilte sig væsentligt fra de bolsjeformer, der er almindeligt anvendt i handelen, og derved opstillede strengere krav for tredimensionale varemærker end for ord- og figurmærker.

17 Det var ligeledes med urette, at Retten stillede krav om, at det ansøgte varemærke skulle adskille sig væsentligt fra lignende varemærker, der eventuelt fandtes inden for sukkervaresektoren.

18 Ifølge appellanten er den omstændighed, at der vil kunne opstå forveksling med varer, der har en anden oprindelse, kun relevant i forbindelse med en indsigelse, der er støttet på risikoen for, at det ansøgte varemærke forveksles med et ældre varemærke.

19 For det andet undlod appelkammeret og Retten at undersøge, om det ansøgte varemærke — uafhængigt af de lignende bolsjeformer, der findes på markedet — i sig selv har et minimum af særpræg. Ifølge appellanten ville Retten, hvis den havde foretaget denne undersøgelse, have konkluderet, at nævnte varemærke ikke mangler fornødent særpræg.

20 Appellanten har i denne forbindelse bestridt Rettens vurdering i den appellerede doms præmis 39, hvorefter det er usandsynligt, at gennemsnitsforbrugerens valg er styret af bolsjets form. Appellanten har ligeledes bestridt Rettens vurdering i den appellerede doms præmis 42, hvorefter den form, der er søgt registreret som varemærke, er en geometrisk grundform.

21 Harmoniseringskontoret har heroverfor for det første anført, at Retten på ingen måde har underlagt det ansøgte varemærke strengere kriterier end dem, der finder anvendelse på ord- eller figurmærker, men har anvendt fast retspraksis, hvorefter det er nødvendigt, at den form på en vare, der søges registreret som varemærke, adskiller sig væsentligt fra normen eller branchesædvanen inden for den relevante sektor.

22 For det andet har klagepunktet om, at Retten skulle have konkluderet, at det ansøgte varemærke havde fornødent særpræg, til formål at rejse tvivl om Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder, og det kan følgelig ikke antages til realitetsbehandling under en appelsag.

Domstolens bemærkninger

23 For så vidt angår det første anbringendes første led fremgår det af fast retspraksis, at spørgsmålet om, hvorvidt et varemærke har fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, skal bedømmes dels i forhold til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket er søgt registreret, dels i forhold til opfattelsen af varemærket hos den relevante

kundekreds, der består af en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger af de pågældende varer eller tjenesteydelser (jf. bl.a. dom af 29.4.2004, forenede sager C-456/01 P og C-457/01 P, Henkel mod KHIM, Sml. I, s. 5089, præmis 35, og af 12.1.2006, sag C-173/04 P, Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, Sml. I, s. 551, præmis 25).

24 Det fremgår endvidere af fast retspraksis, at kriterierne for bedømmelsen af, om tredimensionale varemærker, der består af selve varens udseende, har fornødent særpræg, ikke er forskellige fra dem, der finder anvendelse på andre typer varemærker (dommen i sagen Henkel mod KHIM, præmis 38, dom af 7.10.2004, sag C-136/02 P, Mag Instrument mod KHIM, Sml. I, s. 9165, præmis 30, og dommen i sagen Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, præmis 27).

25 Ved anvendelsen af disse kriterier er opfattelsen hos den relevante kundekreds imidlertid ikke nødvendigvis den samme, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, der består af selve varens udseende, som når der er tale om et ord- eller figurmærke, der består af et tegn, som er uafhængigt af fremtrædelsesformen for de varer, det betegner. Gennemsnitsforbrugerne er nemlig ikke vant til at udlede varers oprindelse af deres form eller emballage uden nogen grafisk eller tekstmæssig bestanddel, og det kan derfor vise sig vanskeligere at bevise, at varemærket har særpræg, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, end når der er tale om et ord- eller figurmærke (jf. bl.a. dommen i sagen Henkel mod KHIM, præmis 38, i sagen Mag Instrument mod KHIM, præmis 30, og i sagen Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, præmis 28).

26 Under disse omstændigheder er det kun et varemærke, der afviger betydeligt fra normen eller branchesædvanen og derfor kan opfylde sin grundlæggende oprindelsesfunktion, som ikke mangler fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 (jf. bl.a. dommen i sagen Henkel mod KHIM, præmis 39, i sagen Mag Instrument mod KHIM, præmis 31, og i sagen Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, præmis 31).

27 Følgelig var det med rette, at Retten tog hensyn til formerne og farverne på de bolsjer, der er almindeligt anvendt i handelen, ved bedømmelsen af, hvorvidt det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg.

28 I den appellerede doms præmis 44 fastslog Retten, at formen på det omhandlede bolsje »[ikke] adskiller sig [...] væsentligt fra visse af de berørte varers grundformer, som normalt anvendes i handelen«. I det omfang dette krav om en væsentlig forskel går videre end den betydelige afvigelse, der er påkrævet i henhold til den retspraksis, som er nævnt i nærværende doms præmis 26, ville Retten have begået en retlig fejl, hvis den havde betinget anerkendelsen af, at det ansøgte varemærke havde fornødent særpræg, af overholdelsen af et sådant krav.

29 Dette er imidlertid ikke tilfældet. Det fremgår således af samme præmis i den appellerede dom, at Retten støttede sig på den kendsgerning, at det ansøgte varemærke består af en kombination af bestanddele, der naturligt melder sig i bevidstheden, og som er typiske for de berørte varer, at varemærket fremtræder som en variation af visse grundformer, som normalt anvendes inden for sukkervaresektoren, at varemærket — da de påståede forskelle ikke er lette at opfatte — ikke adskiller sig tilstrækkeligt fra andre former, der normalt anvendes for bolsjer, og at varemærket ikke gør det muligt for den relevante kundekreds umiddelbart og sikkert at adskille appellantens bolsjer fra bolsjer, der har en anden handelsmæssig oprindelse.

30 Ved hjælp af disse konstateringer påviste Retten i tilstrækkelig grad, at det ansøgte varemærke ikke afviger betydeligt fra normen eller branchesædvanen inden for sukkervaresektoren. Retten begik derfor ikke en retlig fejl ved at fastslå, at nævnte varemærke mangler fornødent særpræg.

31 Med hensyn til appellantens klagepunkt om, at Retten stillede krav om, at det ansøgte varemærke skulle adskille sig væsentligt fra lignende varemærker, der eventuelt fandtes inden for sukkervaresektoren, beror det på en fejlfortolkning af den appellerede dom, idet Retten på ingen måde undersøgte, om de andre varemærker, der blev benyttet for denne type varer, var identiske med eller lignede det ansøgte varemærke.

32 Det første anbringendes første led må derfor forkastes som grundløst.

33 For så vidt angår det første anbringendes andet led skal det først bemærkes, at Retten — som det følger af nærværende doms præmis 27 — ikke begik en retlig fejl ved at tage hensyn til formerne på de bolsjer, der er almindeligt anvendt i handelen, ved bedømmelsen af, hvorvidt det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg.

34 Dernæst bemærkes, at dette led af det første anbringende — for så vidt som Retten herved kritiseres for at have fastslået, at det ansøgte varemærke mangler fornødent særpræg — reelt har til formål at opnå, at Domstolen sætter sin vurdering af de faktiske omstændigheder i stedet for Rettens.

35 Rettens konstateringer i den appellerede doms præmis 39-42, hvorefter gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau i forhold til sukkervarers form og farve ikke er højt, og hvorefter den tredimensionale form, som udgør det ansøgte varemærke, er en geometrisk grundform, er således vurderinger af faktiske forhold (jf. i denne retning henholdsvis dommen i sagen Henkel mod KHIM, præmis 56, og i sagen Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, præmis 47).

36 I overensstemmelse med artikel 225, stk. 1, EF og artikel 58, stk. 1, i Domstolens statut, er appel imidlertid begrænset til retsspørgsmål. Det er derfor alene Retten, der har kompetence til at fastlægge og bedømme de relevante faktiske omstændigheder såvel som til at vurdere beviserne. Bedømmelsen af disse faktiske omstændigheder og beviser er således ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er blevet urigtigt gengivet (jf. bl.a. dom af 19.9.2002, sag C-104/00 P, DKV mod KHIM, Sml. I, s. 7561, præmis 22, og dommen i sagen Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, præmis 35).

37 Eftersom det i denne sag ikke er gjort gældende, at de faktiske omstændigheder og beviser, som blev fremlagt for Retten, er blevet gengivet forkert, må det første anbringendes andet led forkastes, da det delvis er ugrundet, delvis ikke kan antages til realitetsbehandling, og anbringendet skal følgelig som helhed forkastes.

Andet og tredje anbringende

Parternes argumenter

38 Med sit andet og tredje anbringende har appellanten gjort gældende, at Retten har tilsidesat henholdsvis artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94, hvorefter Harmoniseringskontoret ex officio prøver de faktiske omstændigheder, og samme forordnings artikel 73, hvorefter Harmoniseringskontorets afgørelser kun må støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om.

39 For det første forpligter artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 Harmoniseringskontoret til selv at klarlægge de faktiske omstændigheder, hvorpå dets afgørelse skal støttes. Ved ikke — som det skulle have gjort — at have fremlagt konkrete eksempler på de bolsjer, der angiveligt skulle være identiske med det ansøgte varemærke, og hvis eksistens appelkammeret postulerede til støtte for dets konklusion om varemærkets »almindelige« karakter, fratog appelkammeret således appellanten muligheden for at anfægte relevansen af disse eksempler.

40 Ved i den appellerede doms præmis 40 at godkende disse uunderbyggede påstande fra appelkammeret og ved i den appellerede doms præmis 41 og 42 selv at fremsætte lignende påstande uden at støtte dem på faktiske forhold, der kunne efterprøves, har Retten tilsidesat artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94.

41 Idet appelkammeret for det andet undlod at fremlægge de bolsjer, der angiveligt skulle ligne det ansøgte varemærke, havde appellanten ikke på noget tidspunkt under sagen lejlighed til at udtale sig herom og blev således bl.a. frataget muligheden for at påvise, at disse bolsjer reelt frembød afgørende forskelle i forhold til det ansøgte varemærke. Appellantens ret til at blive hørt blev således tilsidesat.

42 Ved at godkende de påstande fra appelkammeret, som appellanten ikke havde haft lejlighed til at udtale sig om, og ved at basere sin egen afgørelse på disse påstande har Retten tilsidesat artikel 73 i forordning nr. 40/94.

43 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at idet appellanten har fremført anbringendet om tilsidesættelse af artikel 73 og artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 for første gang for Domstolen, kan det andet og tredje anbringende ikke antages til realitetsbehandling.

44 Harmoniseringskontoret har tilføjet, at for så vidt som appellanten med det tredje anbringende har kritiseret Retten for at have tilsidesat selskabets ret til kontradiktion, er klagepunktet uberettiget, eftersom de af appellanten anfægtede konstateringer fra appelkammeret var centrale under forhandlingerne for nævnte kammer og atter blev anfægtet af appellanten under sagen for Retten.

Domstolens bemærkninger

45 Ifølge fast retspraksis er en parts adgang til først for Domstolen at fremføre et anbringende, der ikke er blevet fremført for Retten, ensbetydende med en adgang til at forelægge Domstolen — der har en begrænset kompetence i appelsager — en mere omfattende tvist end den, der blev forelagt Retten. Under en appel har Domstolen således kun kompetence til at tage stilling til den retlige afgørelse, der er blevet truffet vedrørende de anbringender, der er blevet behandlet i første instans (jf.

bl.a. dom af 11.11.2004, forenede sager C-186/02 P og C-188/02 P, Ramondín m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 10653, præmis 60).

46 I det foreliggende tilfælde gjorde appellanten ikke gældende for Retten, at appelkammeret havde tilsidesat artikel 73 og artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 ved ikke at fremlægge eksempler på bolsjer, der var identiske med eller lignede dem, der markedsføres af appellanten.

47 For så vidt som Retten med det andet og tredje anbringende kritiseres for ikke at have annulleret den anfægtede afgørelse af disse grunde, skal disse anbringender følgelig anses for at være fremsat for første gang i forbindelse med appellen og kan derfor ikke antages til realitetsbehandling.

48 For så vidt som Retten med disse anbringender kritiseres for på grundlag af sine egne ikke-underbyggede påstande også at have tilsidesat artikel 73 og artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94, savner anbringenderne grundlag. Disse bestemmelser skal således overholdes i forbindelse med Harmoniseringskontorets instansers behandling af registreringsansøgninger, men er ikke relevante i forbindelse med sagen for Retten, hvor Domstolens statut og Rettens procesreglement finder anvendelse.

49 I øvrigt havde appellanten mulighed for i forbindelse med sagen for Retten at anfægte det af appelkammeret hævdede om, at den omhandlede form på bolsjet ikke adskilte sig væsentligt fra de talrige former, der var almindeligt anvendt på markedet for sukkervarer, således at appellantens ret til kontradiktion og navnlig selskabets ret til at blive hørt kunne være blevet overholdt ved denne instans.

50 Det andet og tredje appelanbringende skal derfor forkastes, da de delvis er ugrundede, delvis ikke kan antages til realitetsbehandling.

Fjerde anbringende

Parternes argumenter

51 Med sit fjerde anbringende, der er opdelt i tre led, har appellanten gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 ved at underlægge beviset for, at det ansøgte varemærke har fået fornødent særpræg ved brug, ukorrekte krav.

52 For det første fastslog Retten i den appellerede doms præmis 64, at der ikke kunne føres bevis for brugen af et tredimensionalt varemærke ved hjælp af materiale såsom emballagen til de varer, for hvilke dette varemærke er søgt registreret, eller reklamemateriale vedrørende disse varer, når der af dette materiale fremgår andre ord- eller figurmærker ud over nævnte varemærke. Retten fandt således, at et varemærke, der består af den omhandlede vares tredimensionale form, ikke kan få fornødent særpræg, hvis det er ledsaget af et ord- eller figurmærke.

53 Denne bedømmelse svarer ikke til den måde, hvorpå gennemsnitsforbrugeren opfatter varemærker. Den omstændighed, at en vare er forsynet med flere varemærker samtidigt, forhindrer ikke forbrugeren i at opfatte hvert enkelt varemærke for sig som en angivelse af oprindelsen, da disse forskellige varemærker endda indbyrdes vil kunne forstærke hinanden, idet kendskabet til det ene bidrager til kendskabet til det andet. Da det må henføres til selve beskaffenheden af et tredimensionalt varemærke at blive anvendt samtidig med andre ord- eller figurmærker, vil Rettens bedømmelse føre til, at brugen af et tredimensionalt varemærke aldrig kan bevises, hvilket er i strid med fællesskabslovgivers intention.

54 For det andet var det med urette, at Retten dels i den appellerede doms præmis 64 stadfæstede appelkammerets bedømmelse, hvorefter gengivelsen af det ansøgte varemærke på de poser, hvori de omhandlede bolsjer sælges, alene havde til formål at illustrere posens indhold, dels i samme doms præmis 65 fandt, at forbrugeren, eftersom de pågældende bolsjer sælges i en pose, ikke direkte konfronteres med det ansøgte varemærke på købstidspunktet. Varemærket er gengivet på poserne, og gengivelsen heraf — der på samme tid er selve varen — er således ikke kun en oplysning om posens indhold, men ligeledes en angivelse af varens oprindelse.

55 For det tredje var det med urette, at Retten i den appellerede doms præmis 65 udelukkende tog hensyn til gennemsnitsforbrugerens opfattelse på købstidspunktet. For at afgøre i hvilket omfang forbrugeren genkender varemærket, skal der nemlig tages hensyn til den måde, hvorpå forbrugeren bliver konfronteret hermed — ikke blot på købstidspunktet, men også før dette tidspunkt, f.eks. gennem reklamer, og på det tidspunkt, hvor varen fortæres.

56 Ifølge Harmoniseringskontoret stillede appelkammeret og Retten på ingen måde krav om, at beviserne for brugen af et tredimensionalt varemærke alene omhandlede dette ene varemærke, men de påpegede med rette, at det fremlagte reklamemateriale ikke indeholdt bevis for brugen af varemærket, således som varemærket fremgår af varemærkeansøgningen. Som anført i den appellerede doms præmis 63 fastslog appelkammeret navnlig, at det ikke i reklamematerialet kunne finde frem til de særlige kendetegn ved bolsjets form, og at gengivelsen af bolsjerne på den pose, der var fremlagt som bevis, ikke var i overensstemmelse med en gengivelse af et varemærke. Ligeledes påpegede Retten i nævnte doms præmis 64, at gengivelsen af bolsjets form på emballagen i så høj grad var uklar og dækket af flere andre tegn, at forbrugeren ikke kunne opfatte den som en gengivelse af det ansøgte varemærke.

Domstolens bemærkninger

57 Med hensyn til det fjerde anbringendes første og andet led bemærkes, at Domstolen i dom af 7. juli 2005, Nestlé (sag C-353/03, Sml. I, s. 6135), fastslog, at et varemærkes fornødne særpræg som omhandlet i artikel 3, stk. 3, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1) kan opnås som følge af brugen af dette varemærke sammen med et registreret varemærke.

58 Det forholder sig på samme måde med fornødent særpræg opnået ved brug i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, eftersom denne bestemmelse og artikel 3, stk. 3, i direktiv 89/104 i det væsentlige er identiske.

59 Et tredimensionalt varemærke kan følgelig i givet fald få fornødent særpræg ved brug, selv om det er anvendt sammen med et ordmærke eller et figurmærke. Dette er tilfældet, når varemærket består af formen på en vare eller en vares emballage, og når varerne eller emballagen konsekvent er forsynet med det ordmærke, som de markedsføres under.

60 Det skal imidlertid understreges, at et tredimensionalt varemærke som følge af dets karakter ikke er sammenfaldende med dets todimensionale grafiske gengivelse. Det følger heraf, at når et billede af varen er anbragt på emballagen som i det foreliggende tilfælde, bliver forbrugerne ikke konfronteret med selve varemærket i form af et varemærke, der består af varens tredimensionale form. Det kan imidlertid ikke udelukkes, at den todimensionale gengivelse af et sådant varemærke i givet fald kan gøre det lettere for den relevante kundekreds at genkende varemærket, når gengivelsen gør det muligt at opfatte de væsentligste bestanddele af varens tredimensionale form.

61 For så vidt angår opnåelsen af fornødent særpræg ved brug skal det i øvrigt bemærkes, at den pågældende branches identifikation af varen eller tjenesteydelsen som hidrørende fra en bestemt virksomhed skal foretages i kraft af den brug, der er gjort af varemærket som varemærke (dom af 18.6.2002, sag C-299/99, Philips, Sml. I, s. 5475, præmis 64, og Nestlé-dommen, præmis 26). Udtrykket »den brug, der er gjort af varemærket som varemærke«, skal derfor forstås således, at det alene henviser til en brug af varemærket med henblik på den pågældende branches identifikation af varen eller tjenesteydelsen som hidrørende fra en bestemt virksomhed (Nestlé-dommen, præmis 29).

62 Således er en hvilken som helst brug af varemærket — og så meget desto mere brugen af en todimensional gengivelse af et tredimensionalt varemærke — ikke nødvendigvis en brug som varemærke.

63 I det foreliggende tilfælde har Retten ikke begået en retlig fejl.

64 Idet Retten tilsluttede sig appelkammerets vurderinger, fastslog den for det første i den appellerede doms præmis 63 og 64, at den måde, hvorpå bolsjerne var gengivet — et billede af en bunke med ca. 15 bolsjer — på de poser, hvori appellanten markedsfører dem, ikke er i overensstemmelse med en gengivelse af et varemærke, bl.a. eftersom denne gengivelse ikke viser formen på det bolsje, der er søgt registreret som varemærke, men et realistisk billede af en bunke bolsjer, og ikke fremhæver de kendetegn, som appellanten mener giver det ansøgte varemærke fornødent særpræg (uddybningen i midten, den flade underside og de hvælvede kanter), således at der er en uoverensstemmelse mellem gengivelsen af bolsjerne på poserne og det tredimensionale varemærke, der er søgt registreret.

65 Dette er en bedømmelse af faktuel karakter, som ikke — medmindre der foreligger en forkert gengivelse af de faktiske omstændigheder, hvilket ikke er gjort gældende i det foreliggende tilfælde — er omfattet af prøvelsen i forbindelse med en appelsag.

66 For det andet følger det på ingen måde af samme præmisser i den appellerede dom, at Retten principielt udelukkede, at et tredimensionalt varemærke, der består af den omhandlede vares form, kan få fornødent særpræg ved brug, når det anvendes sammen med et ordmærke eller et figurmærke.

67 Retten tilsluttede sig således udtrykkeligt appelkammerets konstateringer i den anfægtede afgørelses punkt 17-21. I denne afgørelses punkt 20 medgav appelkammeret imidlertid, at en vare kan være påført flere varemærker samtidig.

68 I den appellerede doms præmis 64 fastslog Retten blot, at de poser, der anvendes til at markedsføre appellantens varer, henset til deres kendetegn ikke er egnede til at bevise, at det ansøgte varemærke opfattes som en angivelse af disse varers oprindelse. Der er ligeledes tale om en bedømmelse af faktuel karakter, som ikke — medmindre der foreligger en forkert gengivelse — er omfattet af prøvelsen i forbindelse med en appelsag.

69 Det fjerde anbringendes første og andet led savner derfor grundlag.

70 For så vidt angår dette anbringendes tredje led bemærkes, at selv om et varemærke ikke fra begyndelsen har fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, kan det få det som følge af brug i overensstemmelse med artikel 7, stk. 3, i forhold til de omhandlede varer og tjenesteydelser. Et sådant fornødent særpræg kan bl.a. erhverves efter en normal tilvænningsproces hos den relevante kundekreds (jf. dom af 6.5.2003, sag C-104/01, Libertel, Sml. I, s. 3793, præmis 67, og dommen i sagen Mag Instrument mod KHIM, præmis 47).

71 Det følger heraf, at der ved bedømmelsen af, om et varemærke har fået fornødent særpræg ved brug, skal tages hensyn til alle de situationer, hvor den relevante kundekreds kan blive konfronteret med dette varemærke. Dette er tilfældet ikke blot på købstidspunktet, men også før dette tidspunkt, f.eks. gennem reklamer, og på det tidspunkt, hvor varen fortæres.

72 Det er imidlertid, når han forbereder og træffer sit valg mellem forskellige varer i den omhandlede kategori, at gennemsnitsforbrugeren udviser den højeste grad af opmærksomhed (jf. i denne retning dom af 12.1.2006, sag C-361/04 P, Ruiz-Picasso m.fl. mod KHIM, Sml. I, s. 643, præmis 41), således at spørgsmålet om, hvorvidt gennemsnitsforbrugeren bliver eller ikke bliver konfronteret med varemærket på købstidspunktet, er af særlig betydning ved afgørelsen af, om dette varemærke har fået fornødent særpræg ved brug.

73 I det foreliggende tilfælde fremgår det på ingen måde af den appellerede doms præmis 65, at Retten udelukkende tog hensyn til købstidspunktet ved bedømmelsen af, om det ansøgte varemærke havde fået fornødent særpræg som følge af den brug, der var gjort deraf.

74 I forbindelse med sit andet anbringende i første instans gjorde appellanten i det væsentlige gældende, at det ansøgte varemærke tydeligt fremgår af alle emballagerne til selskabets bolsjer, og anfægtede appelkammerets vurdering om det modsatte. I den appellerede doms præmis 63-65 satte Retten sig for at tilbagevise denne argumentation ved at konstatere, at gennemsnitsforbrugeren ikke, når han ser en af disse emballager, direkte bliver konfronteret med formen på det bolsje, der er søgt registreret som tredimensionalt varemærke. Herved tog Retten følgelig udgangspunkt i selve købstidspunktet.

75 Det skal imidlertid påpeges, at Retten i den appellerede doms præmis 66 foretog en analyse af de opinionsundersøgelser, der var fremlagt af appellanten med henblik på at bevise, i hvor høj grad varemærket er velkendt. Sådanne opinionsundersøgelser skelner imidlertid ikke mellem de situationer, hvor forbrugerne er blevet

konfronteret med varemærket. Retten konstaterede, at de fremlagte opinionsundersøgelser ikke kunne udgøre bevis for, at det ansøgte varemærke var kendt.

76 Under disse omstændigheder savner det fjerde anbringendes tredje led ligeledes grundlag, og anbringendet skal følgelig som helhed forkastes.

77 Da ingen af appellantens anbringender kan tiltrædes, må appellen forkastes.

Sagens omkostninger

78 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, som i medfør af reglementets artikel 118 finder anvendelse på appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da appellanten har tabt sagen, pålægges det denne at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Første Afdeling):

1) Appellen forkastes.

2) August Storck KG betaler sagens omkostninger.

Underskrifter