Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 24 maj 2012*

”Överklagande — Gemenskapsvarumärke — Absolut registreringshinder — Särskiljningsförmåga saknas — Tredimensionellt kännetecken i form av en chokladkanin med rött band”

I mål C-98/11 P,

angående ett överklagande enligt artikel 56 i stadgan för Europeiska unionens domstol, vilket ingavs den 28 februari 2011,

Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG, Kilchberg (Schweiz), företrätt av R. Lange, Rechtsanwalt,

klagande,

i vilket den andra parten är:

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån), företrädd av G. Schneider, i egenskap av ombud,

svarande i första instans,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden J.-C. Bonichot samt domarna A. Prechal, K. Schiemann (referent), C. Toader och E. Jarašiūnas,

generaladvokat: V. Trstenjak,

justitiesekreterare: förste handläggaren L. Hewlett,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 2 februari 2012,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG (nedan kallat Lindt) har yrkat att domstolen ska upphäva den dom som Europeiska unionens tribunal meddelade den 17 december 2010 i mål T-336/08, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli mot harmoniseringsbyrån (Formen på en chokladkanin med rött band) (nedan kallad den överklagade domen). I denna dom ogillade tribunalen Lindts talan om ogiltigförklaring av det beslut som harmoniseringsbyråns fjärde överklagandenämnd meddelade den 11 juni 2008 (ärende R 1332/2005-4) angående bolagets ansökan om registrering som gemenskapsvarumärke av ett tredimensionellt kännetecken i form av en chokladkanin med rött band.

* Rättegångsspråk: tyska.

Tillämpliga bestämmelser

2 I förevarande mål är bestämmelserna i 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) tillämpliga.

3 Enligt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 får varumärken som saknar särskiljningsförmåga inte registreras.

4 Enligt artikel 7.3 i förordningen ska artikel 7.1 b i samma förordning inte tillämpas om varumärket till följd av dess användning har förvärvat särskiljningsförmåga i fråga om de varor eller tjänster för vilka det ansöks om registrering.

Bakgrund till tvisten

5 Lindt ingav den 18 maj 2004 en ansökan om registrering av gemenskapsvarumärke till harmoniseringsbyrån i enlighet med förordning nr 40/94. Det sökta varumärket utgörs av det nedan återgivna tredimensionella kännetecknet som har formen av en chokladkanin med rött band och som, enligt beskrivningen i ansökan, är rött, guldfärgat och brunt.



6 De varor som registreringsansökan avsåg omfattas av klass 30 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar följande beskrivning: ”Choklad och chokladprodukter”.

7 Den 14 oktober 2005 avslog granskaren vid harmoniseringsbyrån registreringsansökan med stöd av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 med hänvisning till att det aktuella kännetecknet saknade särskiljningsförmåga. Det sökta varumärket ansågs inte heller ha förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i den mening som avses i artikel 7.3 i förordning nr 40/94, eftersom bevisningen endast avsåg Tyskland.

8 Den 10 november 2005 överklagade klaganden granskarens beslut till harmoniseringsbyrån.

9 Harmoniseringsbyråns fjärde överklagandenämnd avslog överklagandet i beslut av den 11 juni 2008. Överklagandenämnden fann i huvudsak att ingen av beståndsdelarna i det sökta varumärket – det vill säga formen, guldpapperet och det röda bandet med bjällran – vare sig separat eller tillsammans kunde medföra att varumärket hade särskiljningsförmåga med avseende på de aktuella varorna. Kaninen är nämligen en av de typiska formerna för chokladprodukter, särskilt under påsken. Enligt överklagandenämnden saknade det sökta varumärket således särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 i hela Europeiska unionen, eftersom det inte fanns skäl att tro att konsumenterna i Tyskland och Österrike skulle uppfatta den aktuella formen på något annat sätt än konsumenter i andra medlemsstater.

10 De handlingar som klaganden ingett och som endast avsåg Tyskland kunde, enligt harmoniseringsbyråns fjärde överklagandenämnd, inte heller läggas till grund för att konstatera att det sökta varumärket i fråga om de aktuella varorna hade förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i hela unionen i enlighet med vad som föreskrivs i artikel 7.3 i förordning nr 40/94.

Målet vid tribunalen och den överklagade domen

11 Genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 18 augusti 2008 väckte Lindt talan mot harmoniseringsbyråns beslut av den 11 juni 2008, med åberopande av två grunder. Den första grunden avsåg åsidosättande av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 och den andra grunden avsåg åsidosättande av artikel 7.3 i förordningen.

12 När det gäller den första grunden prövade tribunalen, efter att ha slagit fast att det sökta varumärket är sammansatt av tre beståndsdelar – nämligen formen av en sittande kanin, den guldfolie som kaninen är inslagen i och det röda plisserade bandet med bjällran –, huruvida var och en av dessa beståndsdelar hade särskiljningsförmåga. Därefter gjorde tribunalen en helhetsbedömning av varumärket.

13 Tribunalen intog, när det gäller formen av en sittande eller hukande kanin, samma ståndpunkt som harmoniseringsbyråns fjärde överklagandenämnd och fann, i punkt 34 i den överklagade domen, att denna form kan anses utgöra en typisk form för chokladkaniner och således kan anses sakna särskiljningsförmåga.

14 När det gäller guldfolien fann tribunalen, i punkt 38 i den överklagade domen, att den chokladkanin som klaganden saluför inte är den enda som är inslagen i guldfolie och anförde, i punkt 39 i domen, att en eventuell originalitet inte räcker för att styrka särskiljningsförmåga.

15 När det gäller det röda plisserade bandet, som är knutet som en rosett och som är försett med en bjällra, anförde tribunalen, i punkt 44 i den överklagade domen, att det inte fanns något i handlingarna i målet som skulle kunna leda till någon annan bedömning än den som gjorts vid harmoniseringsbyråns fjärde överklagandenämnd eller av granskaren vid harmoniseringsbyrån, vilken konstaterade att det är brukligt att dekorera chokladdjur eller deras inpackning med rosetter, band och bjällror och att bjällror och rosetter således är vanliga beståndsdelar när det gäller chokladdjur.

16 Vad beträffar helhetsbedömningen av det sökta varumärket fann tribunalen, i punkt 48 i den överklagade domen, att de egenskaper som kännetecknar kombinationen av formen, färgerna och det plisserade bandet med bjällran inte var tillräckligt olika de egenskaper som kännetecknar

grundläggande former som är allmänt förekommande när det gäller inpackning av choklad och chokladprodukter och, i synnerhet, chokladkaniner. Målgruppen minns dem således inte som en angivelse av varans kommersiella ursprung. Inpackningen i form av en sittande guldfärgad kanin försedd med ett plisserat rött band med en bjällra skiljer sig nämligen inte avsevärt från inpackningen av sådana varor av det aktuella slaget som är allmänt förekommande i handeln, varför det spontant uppfattas som en typisk inpackning för nämnda varor.

17 I punkt 49 i den överklagade domen anförde tribunalen att harmoniseringsbyråns fjärde överklagandenämnd hade gjort en riktig bedömning när den fann att inte heller de grafiska beståndsdelarna – särskilt ögonen, morrhåren och tassarna – medförde att det aktuella kännetecknet kunde skyddas. Det rör sig nämligen om allmänna beståndsdelar som normalt sett ingår i alla former av chokladkaniner och de når inte upp till en sådan konstnärlig nivå att konsumenten skulle kunna uppfatta dem som en angivelse av de aktuella varornas ursprung.

18 Tribunalen konstaterade, i punkt 51 i den överklagade domen, att klaganden inte hade vederlagt riktigheten av de notoriska fakta eller de förhållanden som harmoniseringsbyrån styrkt och inte heller hade bevisat att det sökta varumärket hade ursprunglig särskiljningsförmåga.

19 Tribunalen anförde således, i punkt 59 i den överklagade domen, att harmoniseringsbyråns fjärde överklagandenämnd hade gjort en riktig bedömning när den konstaterade att det sökta varumärket saknade särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Tribunalen fann därför att talan inte kunde vinna bifall såvitt avser den första grunden.

20 När det gäller den andra grunden underkände tribunalen, i punkt 67 i den överklagade domen, klagandens argument att en påskkanin i choklad i stort sett är en okänd företeelse utanför Tyskland och att den därför skulle ha ursprunglig särskiljningsförmåga i andra medlemsstater. Det är, enligt tribunalen, allmänt känt att chokladkaniner, vilka särskilt saluförs under påsken, även förekommer utanför Tyskland.

21 Tribunalen konstaterade således, i punkt 68 i den överklagade domen, att konsumenterna – i avsaknad av konkreta indikationer på motsatsen – kan antas få samma intryck av det sökta varumärket, i detta fall det tredimensionella kännetecknet, i hela unionen och att varumärket därför saknar särskiljningsförmåga i hela unionen.

22 I punkt 69 i den överklagade domen fann tribunalen att varumärket således, för att kunna registreras med stöd av artikel 7.3 i förordning nr 40/94, måste ha förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i hela unionen.

23 Tribunalen anförde vidare, i punkt 70 i den överklagade domen, att även om klaganden hade visat att det aktuella kännetecknet till följd av användning hade förvärvat särskiljningsförmåga i de tre av klaganden nämnda medlemsstaterna – det vill säga i Tyskland, Österrike och Förande kungariket – så kunde det inte på grundval av de bestyrkande handlingar som klaganden ingett anses styrkt att kännetecknet hade förvärvat särskiljningsförmåga i alla medlemsstater vid den tidpunkt då ansökan om registrering av det sökta varumärket ingavs.

24 Mot denna bakgrund fann tribunalen, i punkt 71 i den överklagade domen, att det inte var nödvändigt att pröva huruvida det genom handlingarna rent faktiskt kunde anses styrkt att det aktuella kännetecknet till följd av användning hade förvärvat särskiljningsförmåga i de tre medlemsstater som klaganden nämnt, eftersom detta inte skulle utgöra tillräcklig bevisning för att kännetecknet hade förvärvat särskiljningsförmåga i hela unionen.

25 Tribunalen fann således att talan inte heller kunde vinna bifall såvitt avser den andra grunden.

Parternas yrkanden

26 Lindt har yrkat att domstolen ska upphäva den överklagade domen och förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

27 Harmoniseringsbyrån har yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet och förplikta Lindt att ersätta rättegångskostnaderna.

Överklagandet

28 Klaganden har anfört två grunder till stöd för överklagandet. Den första grunden avser åsidosättande av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 och den andra grunden avser åsidosättande av artikel 7.3 i förordningen.

Den första grunden: Åsidosättande av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94

Parternas argument

29 Klaganden har klandrat tribunalen för att den slog fast att det aktuella tredimensionella kännetecknet saknade särskiljningsförmåga och att den grundade sin prövning på harmoniseringsbyråns bedömning, vilken i praktiken endast består av vaga antaganden.

30 Klaganden har kritiserat tribunalen för att den, i punkt 29 i den överklagade domen, anförde följande:

”När det gäller formen av en sittande eller hukande kanin fann överklagandenämnden att det framgick av handlingarna i akten i ärendet vid harmoniseringsbyrån att kaninen är en av de typiska formerna för choklad och chokladprodukter, vilket är ostridigt mellan parterna. Detta konstaterande gäller inte bara Tyskland och Österrike, utan även andra medlemsstater i unionen.”

31 Harmoniseringsbyråns påstående är ett rent antagande som klaganden uttryckligen har bestritt i sin inlaga till harmoniseringsbyrån av den 6 juni 2007. Enligt klaganden borde harmoniseringsbyrån och tribunalen, för att de ska anses ha utfört sin prövning på ett korrekt sätt i enlighet med förordning nr 40/94, ha beaktat detta.

32 Klaganden har även bestritt tribunalens konstaterande i punkt 38 i den överklagade domen att det på marknaden är allmänt förekommande att använda guldfolie för påskkaniner i choklad. Klaganden har noterat att det endast nämndes tre andra produkter som slagits in i guldfolie. Två av dessa produkter skulle inte ha funnits på marknaden om klaganden inte hade lämnat sin tillåtelse härtill. Det kan inte på grundval av ett så begränsat antal produkter konstateras att de aktuella kännetecknande egenskaperna är allmänt förekommande på marknaden. Den rättsliga bedömningen är således i detta hänseende felaktig.

33 Klaganden har erinrat om att det framgår av domstolens praxis att ett varumärke som i betydande mån avviker från vad som är sedvanligt i branschen har erforderlig särskiljningsförmåga (dom av den 29 april 2004 i de förenade målen C-456/01 P och C-457/01 P, Henkel mot harmoniseringsbyrån, REG 2004, s. I-5089). Enligt klaganden var det felaktigt av tribunalen att utgå från att det sökta varumärket inte avvek från normen eller vad som är sedvanligt i branschen. Tribunalen baserade denna slutsats på det felaktiga antagandet att det saknade betydelse att de nämnda kaninerna inte hade funnits på marknaden utan klagandens godkännande. Tribunalens rättsliga bedömning att det rör sig om en vanligt förekommande form grundar sig på att det fanns tre andra produkter som kännetecknades av liknande beståndsdelar. Denna bedömning är inte korrekt i rättsligt hänseende.

34 Klaganden har dessutom gjort gällande att det faktum att det sökta varumärket har särskiljningsförmåga stöds av att det är registrerat i femton medlemsstater.

35 Harmoniseringsbyrån har bestritt klagandens argumentation och har erinrat om att det endast är rättsfrågor som kan prövas i ett mål om överklagande. Detta överklagande bygger dock i princip på ett påstående från klagandens sida rörande de faktiska omständigheterna, vilket redan har varit föremål för noggrann prövning och långvariga diskussioner i föregående instanser. Det rör sig här om frågan huruvida kaninformer och guldfolie är vanligt förekommande när det gäller chokladprodukter.

36 Harmoniseringsbyrån anser att klaganden, genom sin kritik mot tribunalen för att den inte ifrågasatte utan endast godtog de föregående instansernas beslut, har för avsikt att få till stånd en ny bedömning av de faktiska omständigheterna. Det aktuella argumentet kan därmed inte prövas. För att avgöra huruvida de kaninformer som förekommer på marknaden liknar varandra eller huruvida omsättningskretsen gör en sådan skillnad mellan den aktuella kaninformen och de andra kaninformerna att det kan dras slutsatsen att den förstnämnda har särskiljningsförmåga ska det göras en bedömning av konsumentens uppfattning och således av de faktiska omständigheterna.

37 För att avgöra frågan hur konsumenten uppfattar inpackningen av de aktuella chokladprodukterna i guldfolie krävs likaledes en bedömning av de faktiska omständigheterna. En sådan prövning kan, med undantag av sådana fall då det har förekommit en missuppfattning, inte göras i ett mål om överklagande. Följaktligen kan inte heller detta argument prövas.

38 Enligt harmoniseringsbyrån har tribunalen i alla händelser inte missuppfattat de faktiska omständigheterna.

39 När det närmare bestämt gäller den första grunden har harmoniseringsbyrån erinrat om att det endast är varumärken som i betydande mån avviker från normen eller från vad som är sedvanligt i branschen, och som således fyller sin grundläggande funktion att ange varans ursprung, som inte ska anses sakna särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 (dom av den 12 januari 2006 i mål C-173/04 P, Deutsche SiSi-Werke mot harmoniseringsbyrån, REG 2006, s. I-551, punkt 31, och av den 22 juni 2006 i mål C-24/05 P, Storck mot harmoniseringsbyrån, REG 2006, s. I-5677, punkt 26).

40 Enligt harmoniseringsbyrån gjorde tribunalen en riktig bedömning när den, med stöd av denna rättspraxis, konstaterade att det sökta varumärket saknade särskiljningsförmåga. Tribunalen förlitade sig inte på de beslut som fattats i föregående instanser, utan prövade noggrant klagandens argument och de olika handlingar som ingick i akten i ärendet vid harmoniseringsbyråns fjärde överklagandenämnd.

Domstolens bedömning

41 Domstolen erinrar om att det framgår av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 att varumärken som saknar särskiljningsförmåga inte får registreras. Det framgår av fast rättspraxis att frågan huruvida ett varumärke har särskiljningsförmåga i den mening som avses i denna bestämmelse ska bedömas dels utifrån de varor eller tjänster som registreringsansökan avser, dels utifrån hur omsättningskretsen uppfattar varumärket (se, bland annat, domen i det ovannämnda målet Henkel mot harmoniseringsbyrån, punkt 35, dom av den 22 juni 2006 i mål C-25/05 P, Storck mot harmoniseringsbyrån, REG 2006, s. I-5719, punkt 25, och av den 25 oktober 2007 i mål C-238/06 P, Develey mot harmoniseringsbyrån, REG 2007, s. I-9375, punkt 79).

42 Det är endast varumärken som i betydande mån avviker från normen eller från vad som är sedvanligt i branschen, och som således fyller sin grundläggande funktion att ange varans ursprung, som inte ska anses sakna särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 (domen i det ovannämnda målet Deutsche SiSi-Werke mot harmoniseringsbyrån, punkt 31).

43 I förevarande fall framgår det av punkterna 12–14 i den överklagade domen att tribunalen, vid bedömningen av det sökta varumärkets särskiljningsförmåga, på ett korrekt sätt fastställde och tillämpade de kriterier som slagits fast i den rättspraxis som är relevant i detta hänseende.

44 Efter att ha erinrat om de väsentliga särdragen när det gäller fastställandet av särskiljningsförmågan hos tredimensionella varumärken som utgörs av formen på själva varan gjorde tribunalen nämligen en detaljerad prövning av var och en av de tre beståndsdelarna i det sökta varumärket, nämligen formen

av en sittande kanin, guldfolien som chokladkaninen är inslagen i och det röda plisserade bandet med bjällran, varvid den konstaterade, i punkterna 34, 38 och 44 i den överklagade domen, att var och en av dessa beståndsdelar saknade särskiljningsförmåga.

45 Tribunalen kom till samma slutsats när de gäller helhetsintrycket av det sökta varumärket och fastställde, i punkt 47 i den överklagade domen, det beslut som harmoniseringsbyråns fjärde överklagandenämnd hade fattat i detta hänseende.

46 Efter prövningen fann tribunalen, i punkt 51 i den överklagade domen, således att klaganden inte hade vederlagt riktigheten av de notoriska fakta eller de förhållanden som harmoniseringsbyrån styrkt och inte heller hade bevisat att det sökta varumärket hade ursprunglig särskiljningsförmåga.

47 För att komma till den slutsatsen prövade tribunalen såväl klagandens som harmoniseringsbyråns argument, och den kan således inte, såsom klaganden har hävdat, läggas till last att den endast har grundat sig på harmoniseringsbyråns antaganden och påståenden. Det kan däremot konstateras att tribunalen, innan den konstaterade att det sökta varumärket saknade särskiljningsförmåga, gjorde en bedömning av såväl vedertagen praxis i branschen som genomsnittskonsumentens uppfattning, varvid den utgick från de kriterier som uppställts i fast rättspraxis.

48 Klaganden har dessutom kritiserat tribunalen för att den fann att formen av en påskkanin i choklad inslagen i guldfolie är ett vanligt förekommande fenomen på marknaden och motsvarar vad som är sedvanligt i den aktuella branschen.

49 Domstolen konstaterar att detta argument rent faktiskt syftar till att domstolen ska ersätta tribunalens bedömning av de faktiska omständigheterna med sin egen bedömning. Genom att klaganden har försökt få till stånd en ny bedömning av det sökta varumärkets särskiljningsförmåga har bolaget, utan att påstå att det har förekommit en missuppfattning i denna fråga, ifrågasatt riktigheten av tribunalens konstateranden när det gäller bedömningen av sakförhållandena, vilka faller utanför domstolens prövning i ett mål om överklagande.

50 När det gäller klagandens uppfattning att förekomsten av varumärkesregistreringar i femton medlemsstater stödjer det faktum att det sökta varumärket har särskiljningsförmåga i den mening som avses i förordning nr 40/94 gjorde sig tribunalen inte skyldig till felaktig rättstillämpning när den, i enlighet med domstolens fasta rättspraxis, i punkt 55 i den överklagade domen fann att registreringar i medlemsstaterna endast utgör en omständighet som kan beaktas i samband med registreringen av ett gemenskapsvarumärke, eftersom det sökta varumärket ska bedömas utifrån relevanta unionsbestämmelser, och att detta innebär att harmoniseringsbyrån varken är skyldig att ställa samma krav och göra samma bedömning som de behöriga nationella myndigheterna eller att registrera det aktuella varumärket på grundval av sådana överväganden (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Develey mot harmoniseringsbyrån, punkterna 72 och 73).

51 Härav följer att överklagandet inte kan prövas såvitt avser en viss del av den första grunden och att denna grund i övriga delar inte kan leda till bifall till överklagandet.

Den andra grunden: Åsidosättande av artikel 7.3 i förordning nr 40/94

Parternas argument

52 Klaganden har kritiserat tribunalen för att den, i punkt 70 i den överklagade domen, fann att det aktuella varumärket, för att kunna registreras på grundval av dess eventuella användning, måste ha förvärvat särskiljningsförmåga genom användning i alla medlemsstater. Klaganden anser att denna uppfattning är felaktig av två skäl.

53 För det första har tribunalen förbisett att ett sökt varumärke endast måste förvärva särskiljningsförmåga i de medlemsstater där det inte har ursprunglig särskiljningsförmåga. Det sökta varumärket har ursprunglig särskiljningsförmåga i femton medlemsstater. Det kan således inte krävas att det aktuella varumärket till följd av användning har förvärvat särskiljningsförmåga i dessa medlemsstater. Tribunalen borde således ha kommit till den slutsatsen att varumärket i större delen av unionen hade ursprunglig särskiljningsförmåga eller särskiljningsförmåga till följd av användning. Vid den tidpunkt då det ansöktes om registrering av det aktuella varumärket bestod unionen av 25 medlemsstater med sammanlagt 465,7 miljoner invånare. Det aktuella varumärket hade ursprunglig särskiljningsförmåga eller särskiljningsförmåga till följd av användning hos sammanlagt 351,3 miljoner invånare, utgörande 75,4 procent av befolkningen i unionen i dess dåvarande sammansättning.

54 För det andra har klaganden gjort gällande att det i artikel 1.2 i förordning nr 40/94 föreskrivs att ett gemenskapsvarumärke ska ha en enhetlig karaktär och att det ska ha samma rättsverkan i hela unionen. När det gäller bedömningen av huruvida ett varumärke kan registreras och i synnerhet dess särskiljningsförmåga ska unionen således anses utgöra en enhetlig gemensam marknad. Det är inte korrekt att grunda sig på de enskilda nationella marknaderna. Frågan huruvida ett varumärke har förvärvat särskiljningsförmåga måste bedömas utifrån hela befolkningen, oberoende av de nationella marknaderna. Om ett varumärke har förvärvat särskiljningsförmåga bland den övervägande delen av befolkningen i unionen som helhet måste detta även anses tillräckligt för att varumärket ska skyddas på hela den europeiska marknaden.

55 Harmoniseringsbyrån har bestritt klagandens argument på den grunden att de nämnda sifferuppgifterna, vilkas källa klaganden inte har angett, inte på något sätt kan läggas till grund för att tribunalen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning.

56 Enligt harmoniseringsbyrån tillämpade tribunalen, i punkt 64 och följande punkter i den överklagade domen, på ett korrekt sätt den rättspraxis där det slås fast dels att det, för att ett varumärke ska förvärva särskiljningsförmåga till följd av användning i den mening som avses i artikel 7.3 i förordning nr 40/94, åtminstone krävs att en betydande del av omsättningskretsen tack vare varumärket kan ange att de aktuella varorna eller tjänsterna kommer från ett visst företag, dels – när det gäller förvärvet av särskiljningsförmåga i geografiskt hänseende – att ett varumärke endast kan registreras med stöd av denna bestämmelse om det visas att det till följd av användning har förvärvat särskiljningsförmåga i den del av unionen där det ursprungligen saknade särskiljningsförmåga.

57 Mot bakgrund härav kom tribunalen till den slutsatsen att det inte fanns anledning att pröva huruvida de handlingar som klaganden åberopat verkligen styrkte att det sökta varumärket till följd av användning hade förvärvat särskiljningsförmåga i de tre medlemsstater som klaganden nämnt, eftersom detta under alla förhållanden inte skulle utgör tillräcklig bevisning för att varumärket hade förvärvat sådan särskiljningsförmåga i hela unionen.

58 Harmoniseringsbyrån anser således att det är uppenbart att talan inte kan vinna bifall såvitt avser den andra grunden.

Domstolens bedömning

59 Det ska erinras om att det absoluta registreringshinder som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, enligt artikel 7.3 i förordningen, inte utgör hinder för registrering av ett varumärke om detta till följd av användning har förvärvat särskiljningsförmåga i fråga om de varor eller tjänster som registreringsansökan avser.

60 Domstolen har redan slagit fast att ett varumärke endast kan registreras med stöd av artikel 7.3 i förordning nr 40/94 om det visas att det till följd av användning har förvärvat särskiljningsförmåga i den del av unionen där det ursprungligen saknade särskiljningsförmåga (se domen i det ovannämnda målet C-25/05 P, Storck mot harmoniseringsbyrån, punkt 83).

61 Det var med tillämpning av denna rättspraxis som tribunalen, i punkt 69 i den överklagade domen, konstaterade att det sökta varumärket måste ha förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i hela unionen. Tribunalen gjorde sig inte skyldig till felaktig rättstillämpning när den kom till denna slutsats, eftersom klaganden, såsom framgår av punkt 51 i förening med punkt 68 i den överklagade domen, inte kunde bevisa att varumärket hade ursprunglig särskiljningsförmåga och att detta gällde för hela unionen. Domstolen godtar därför inte klagandens argument att det sökta varumärket hade ursprunglig särskiljningsförmåga i femton medlemsstater och att det således inte kunde krävas att varumärket hade förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i dessa medlemsstater. Detsamma gäller de statistiska uppgifter som klaganden åberopat till stöd för detta argument.

62 När det gäller klagandens argument att bedömningen av huruvida ett varumärke har förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning inte ska grunda sig på de enskilda nationella marknaderna, eftersom gemenskapsvarumärket har en enhetlig karaktär, finner domstolen att det visserligen är riktigt att det, enligt den rättspraxis som nämnts i punkt 60 i denna dom, måste visas att ett varumärke har förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i den del av unionen där det ursprungligen saknade särskiljningsförmåga. Det skulle emellertid vara orimligt att kräva att bevis för ett sådant förvärv ska läggas fram för varje enskild medlemsstat.

63 I förevarande fall har tribunalen emellertid inte gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning, eftersom klaganden under alla förhållanden inte i kvantitativt hänseende har bevisat att det sökta varumärket har förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i hela unionen.

64 Överklagandet kan därför inte vinna bifall såvitt avser den andra grunden.

65 Mot bakgrund härav ska överklagandet ogillas.

Rättegångskostnader

66 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna, som är tillämplig på mål om överklagande enligt artikel 118 i samma rättegångsregler, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Harmoniseringsbyrån har yrkat att Lindt ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Lindt har tappat målet ska harmoniseringsbyråns yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

1) Överklagandet ogillas.

2) Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG ska ersätta rättegångskostnaderna.

Underskrifter