DOMSTOLENS KENDELSE (Ottende Afdeling)

2. december 2009 *

I sag C-553/08 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statutten for Domstolen, iværksat den 15. december 2008,

Powerserv Personalservice GmbH, Sankt Pölten (Østrig), ved Rechtsanwältin B. Kuchar,

appellant,

de øvrige parter i appelsagen:

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

sagsøgt i første instans,

* Processprog: tysk.

Manpower Inc., Milwaukee (De Forenede Stater), ved barrister A. Bryson for solicitor V. Marsland,

intervenient i første instans,

har

DOMSTOLEN (Ottende Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, C. Toader, og dommerne C.W.A. Timmermans og P. Kūris (refererende dommer),

generaladvokat: J. Mazák
justitssekretær: R. Grass,

efter at have hørt generaladvokaten,

afsagt følgende

Kendelse

1 I appelskriftet har Powerserv Personalservice GmbH (herefter »Powerserv«) nedlagt påstand om ophævelse af den dom, der blev afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 15. oktober 2008, Powerserv Personaleservice mod KHIM —

Manpower (MANPOWER) (sag T-405/05, Sml. II, s. 2883, 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) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) den 22. juli 2005 (sag R 499/2004-4, herefter »den anfægtede afgørelse«).

Retsforskrifter

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

»1. Udelukket fra registrering er:

[…]

b) varemærker, som mangler fornødent særpræg

c) varemærker, som udelukkende består af tegn eller angivelser, der i omsætningen kan tjene til at betegne varens eller tjenesteydelsens art, beskaffenhed, mængde, anvendelse, værdi, geografiske oprindelse, tidspunktet for varens fremstilling eller for præstationen af tjenesteydelsen eller andre egenskaber ved disse

[…]

2. Stk. 1 finder anvendelse, selv om registreringshindringerne kun er til stede i en del af Fællesskabet.

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 Under overskriften »Absolutte ugyldighedsgrunde« bestemmer forordningens artikel 51, stk. 1 og 2:

»1. Et EF-varemærke erklæres ugyldigt efter indgivelse af begæring herom til Harmoniseringskontoret eller ved fremsættelse af modkrav under en sag om varemærkekrænkelse:

a) når det er registreret i strid med bestemmelserne i artikel 5 eller 7

b) når ansøgeren ved indgivelsen af ansøgningen var i ond tro.

2. Selv om EF-varemærket er registreret i strid med artikel 7, stk. 1, litra b), c) eller d), kan det dog ikke erklæres ugyldigt, hvis det som følge af den brug, der er gjort deraf,

efter registreringen har fået fornødent særpræg for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret.«

4 Under overskriften »Harmoniseringskontorets ex officio-prøvelse af de faktiske omstændigheder« bestemmer samme forordnings artikel 74, 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.«

5 Forordning nr. 40/94 blev ophævet ved Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om EF-varemærker (EFT L 78, s. 1), der trådte i kraft den 13. april 2009. Nærværende sag er, henset til tidspunktet for sagens faktiske omstændigheder, reguleret af forordning nr. 40/94.

Sagens faktiske omstændigheder

6 Den 26. marts 1996 indgav Manpower Inc. (herefter »Manpower«) en ansøgning til Harmoniseringskontoret om registrering af ordmærket MANPOWER som EF-varemærke for varer og tjenesteydelser, der henhører under klasse 9, 16, 35, 41 og 42 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:

— »lydkassetter; apparater til audiovisuel undervisning; compactdisks til lyd; compactdisks til billede; computersoftware; computerprogrammer; båndoptagere; videobånd; videobåndoptagere; dele og tilbehør til alle ovennævnte artikler« i klasse 9

— »bøger; tryksager; håndbøger; manualer; tidsskrifter; publikationer; transparenter; instruktions- og undervisningsmaterialer; dele og tilbehør til alle ovennævnte artikler« i klasse 16

— »arbejdsformidlingsvirksomhed; vikarbureauer« i klasse 35

— »arrangement og ledelse af konferencer og seminarer; udlejning af filmprojektorer og tilbehør hertil; udlejning af videobånd, lydbånd og biograffilm; organisering af udstillinger; produktion af videobånd og lydbånd; uddannelses- og undervisningsvirksomhed, enhver form for undervisning og evaluering af personale på kontor og i industri samt for kørende og teknisk personale; informations- og rådgivningsvirksomhed, alle emner, som vedrører ovennævnte« i klasse 41

— »erhvervsmæssig rådgivningsvirksomhed og ekspertbistand, enhver virksomhed, der beskæftiger sig med erhvervsmæssige test og vejledning af personale, personlighedstest, psykologiske undersøgelser og karrierevejledning; virksomheder, der tilbyder personlighedstest og psykologiske test; karriere- og erhvervsrådgivning; virksomheder, der tilbyder test af personer til fastlæggelse af erhvervskompetence; virksomheder, der tilbyder beskæftigelsespsykologi; design og udvikling af computersoftware; rådgivningsvirksomhed i evaluering, udvikling og

anvendelse af personale; tilvejebringelse af midlertidig logi; informations- og rådgivningsvirksomhed samt rapportforberedelser, alle emner, som vedrører ovennævnte; kantinevirksomhed« i klasse 42.

7 Registreringsansøgningen blev først afslået i henhold til artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94, men blev på grundlag af beviser fremlagt af varemærkeindehaveren med henblik på at godtgøre et fornødent særpræg opnået ved brug endelig registreret den 13. januar 2000 og offentliggjort i *EF-Varemærketidende* den 28. februar 2000.

8 Den 27. oktober 2000 indgav Powerserv en ugyldighedsbegæring i henhold til artikel 51, stk. 1, i forordning nr. 40/94 med den begrundelse, at varemærket var registreret i strid med forordningens artikel 7, stk. 1, litra c), og artikel 7, stk. 3, og at de dokumenter, der var fremlagt til støtte for sagsøgerens påstand om, at varemærket havde fået fornødent særpræg ved brug, ikke godtgjorde, at et sådant særpræg var opnået i alle de relevante områder inden for Fællesskabet.

9 Begæringen blev afslået af Annullationsafdelingen ved Harmoniseringskontoret den 29. april 2004. Annullationsafdelingen fastslog, at registreringshindringen i artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 alene fandt anvendelse i de medlemsstater, hvor det officielle sprog er engelsk, dvs. Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland samt Irland, og eftersom ordet »manpower« kun er beskrivende på engelsk, ville forbrugere i de øvrige medlemsstater ikke opfatte ordet som beskrivende. For så vidt angår Det Forenede Kongerige og Irland havde varemærkeindehaveren imidlertid godtgjort, at varemærket havde fået fornødent særpræg ved brug. For at nå til denne konklusion tog Annullationsafdelingen ved Harmoniseringskontoret også hensyn til de fremlagte beviser, som vedrørte perioden efter varemærkets registrering.

10 Den 22. juli 2005 afslog Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen over den pågældende afgørelse. Det fastslog, at varemærkeregistreringen skulle være afslået i henhold til artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94, idet det havde en beskrivende karakter i otte medlemsstater, nemlig i Det Forenede Kongerige, Irland, Tyskland, Østrig, Nederlandene, Sverige, Finland samt i Danmark. Appelkammeret tiltrådte ikke desto mindre, at varemærket i disse otte medlemsstater på tidspunktet for indgivelsen af ugyldighedsbegæringen havde opnået fornødent særpræg ved brug i henhold til artikel 51, stk. 2. Desuden fastslog appelkammeret, at den berørte kundekreds var arbejdsgivere, som eventuelt ønsker at ansætte midlertidigt ansatte, og de personer, som varetager sådanne stillinger.

Søgsmålet ved Retten og den appellerede dom

11 Den 14. november 2005 anlagde Powerserv sag for Retten med påstand om annullation af den anfægtede afgørelse og gjorde efter den seneste ændring af påstandene to anbringender gældende. Det første anbringende vedrørte tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b) og c), i forordning nr. 40/94, idet det registrerede varemærke ikke havde fornødent særpræg og var beskrivende for de varer og tjenesteydelser, som det var registreret for i hele Fællesskabet, dvs. ligeledes i de medlemsstater, hvor varemærket i henhold til appelkammerets afgørelse ikke var beskrivende. Det andet anbringende vedrørte tilsidesættelse af samme forordning artikel 51, stk. 2, og artikel 74, stk. 1.

12 Manpower indtrådte i sagen og begærede for Retten den anfægtede afgørelse ændret, idet artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 efter selskabets opfattelse ikke er til hinder for registreringen af varemærket MANPOWER, da det ikke er beskrivende i nogen af de otte medlemsstater, der er omfattet af den pågældende afgørelse, dvs. Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Irland, Kongeriget Nederlandene, Republikken Østrig, Kongeriget Sverige, Republikken Finland og Det Forenede Kongerige.

13 Efter i den appellerede doms præmis 56 at have fastslået, at vurderingen af, om det registrerede varemærke har den påståede beskrivende karakter, består i at besvare spørgsmålet, om ordet »manpower« i den normale sprogbrug fra den tilsigtede kundekreds' synsvinkel — enten direkte eller ved henvisning til en af deres væsentligste egenskaber — kan tjene til at betegne de varer eller de tjenesteydelser, som dette varemærke beskytter, og i dommens præmis 57, at den berørte kundekreds udgøres af hele den arbejdsdygtige del af befolkningen, fastslog Retten i samme doms præmis 58, at det var med rette, at appelkammeret fastslog, at ordet i Det Forenede Kongerige og Irland var beskrivende for arbejdsformidlings- eller vikarydelser.

14 I den appellerede doms præmis 66 fastslog Retten ligeledes, at ordet »manpower« i de sidste to medlemsstater var beskrivende for de fleste af de varer og tjenesteydelser i klasse 9, 16, 41 og 42, som det pågældende varemærke beskytter.

15 I den appellerede doms præmis 79 og 80 fastslog Retten, at ordet »manpower« ligeledes har en beskrivende karakter for samtlige de tjenesteydelser og varer, som beskyttes af samme varemærke i Tyskland og Østrig.

16 Derimod fastslog Retten i dommens præmis 89, at ud over den omstændighed, at appelkammeret ikke tog hele den relevante kundekreds i betragtning, godtgjorde appelkammeret heller ikke, at engelsk — selv blot som alternativ til det nationale sprog — anvendes for at henvende sig til personer fra den relevante kundekreds. Den konstaterede dernæst i dommens præmis 90, at appelkammeret havde begået en fejl ved at antage, at det pågældende varemærke var beskrivende for de omhandlede varer og tjenesteydelser i Nederlandene, Sverige, Danmark og Finland.

17 I dommens præmis 91 fastslog Retten imidlertid, at det for så vidt angår de øvrige ikke-engelsksprogede medlemsstater i Fællesskabet var med rette, at appelkammeret fandt, at det registrerede varemærke ikke var beskrivende i disse lande.

18 Denne situation foranledigede Retten til i den appellerede doms præmis 94 at omgøre den anfægtede afgørelse, for så vidt som det pågældende varemærke ikke var beskrivende for de varer og tjenesteydelser, som det er registreret for i Nederlandene, Sverige, Danmark og Finland, og den tog således Manpowers påstand delvis til følge. Følgelig forkastede den Powerservs første anbringende som ugrundet.

19 Hvad angår Powerservs andet anbringende fastslog Retten først i den appellerede doms præmis 123, at dette anbringende var blevet irrelevant som følge af omgørelsen af den anfægtede afgørelse, for så vidt som anbringendet vedrørte brugen af varemærket i Nederlandene, Sverige, Danmark og Finland.

20 Efter i den appellerede doms præmis 130-132 at have anført de forhold, som den kompetente myndighed skal tage i betragtning ved bedømmelsen af, om et varemærke har opnået fornødent særpræg ved den brug, der var gjort af det, fastslog Retten i samme doms præmis 135, 139 og 140, at det var med rette, at appelkammeret fandt det godtgjort, at det registrerede varemærke havde fået fornødent særpræg ved brug i Det Forenede Kongerige, Irland, Tyskland og Østrig.

21 Desuden fastslog Retten i dommens præmis 144, at det fornødne særpræg, som varemærket havde fået ved brug for tjenesteydelser i klasse 35, skulle udvides til at omfatte de varer og tjenesteydelser, som varemærket beskyttede i de andre klasser, som varemærket var registreret for.

22 Endelig fastslog Retten i den appellerede doms præmis 146, at appelkammeret med rette anså datoen for indgivelsen af ugyldighedsbegæringen for den relevante dato for, hvornår der skulle foretages en vurdering af, om der var opnået fornødent særpræg ved brug, og at appelkammeret desuden kunne tage hensyn til oplysninger, der — selv om de vedrørte tiden efter datoen for ugyldighedsbegæringens indgivelse — gav mulighed for at drage konklusioner om situationen, sådan som den forelå på netop denne dato, uden at der derved var tale om en selvmodsigende begrundelse eller retlig fejl.

23 På baggrund af det ovenstående omgjorde Retten den anfægtede afgørelse således, at EF-varemærket MANPOWER med registreringsnr. 76059 »ikke er beskrivende for de varer og tjenesteydelser, som varemærket er registreret for i Nederlandene, Sverige, Finland og Danmark«, men den opretholdt afgørelsens konklusion og forkastede Powerservs påstand samt Manpowers påstand som intervenient.

Parternes påstande

24 Powerserv har nedlagt påstand om, principalt, at Domstolen ophæver den appellerede dom samt annullerer EF-varemærket MANPOWER for samtlige varer og tjenesteydelser, som er omfattet af varemærket, og subsidiært, at Domstolen ophæver den appellerede dom, for så vidt som den vedrører det bevis for det fornødne særpræg af det omhandlede varemærke, som ikke blev fremlagt, og hjemviser sagen til Retten, samt at Harmoniseringskontoret og Manpower under alle omstændigheder tilpligtes at bære deres egne omkostninger og at betale de omkostninger, som Powerserv har afholdt i sagerne for Harmoniseringskontoret, Retten og Domstolen.

25 Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at Powerserv tilpligtes at betale sagens omkostninger.

26 Manpower, der var intervenient i første instans, har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og har som kontraappellant nedlagt påstand om, at den anfægtede afgørelse ændres, principalt således at registreringshindringen i artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 ikke finder anvendelse i nogen af medlemsstaterne, subsidiært således, at den pågældende hindring hverken finder anvendelse i Tyskland eller Østrig. Manpower har desuden nedlagt påstand om, at Powerserv betaler de sagsomkostninger, som Manpower har afholdt.

Om appellerne

27 I henhold til artikel 119 i Domstolens procesreglement kan Domstolen, når det er åbenbart, at en appel helt eller delvis skal afvises eller forkastes, når som helst på grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten ved begrundet kendelse beslutte at afvise eller forkaste appellen helt eller delvis, og dette uden at indlede mundtlig forhandling.

28 Powerserv har til støtte for sin appel påberåbt sig to anbringender, for det første om, at varemærket MANPOWER har en beskrivende karakter i henhold til artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 i hele Fællesskabets område for alle de varer og tjenesteydelser, som varemærket er registreret for, og for det andet, at der ikke er fremlagt bevis for, at der er opnået fornødent særpræg ved den brug, der er gjort af varemærket, i henhold til samme forordnings artikel 7, stk. 3.

29 Manpower har i forbindelse med sin kontrappel gjort et anbringende om tilsidesættelse af samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra c), gældende.

30 Henset til den virkning, der knytter sig til, hvorvidt det omhandlede varemærke har beskrivende karakter eller ej, er det hensigtsmæssigt at indlede med at behandle kontraappellen og dernæst den af Powerserv iværksatte appel.

Om kontraappellen

Manpowers argumenter

31 Manpower ønsker med kontraappellen at få fastslået, at ordet »manpower« ikke har beskrivende karakter i Det Forenede Kongerige, Irland, Tyskland eller Østrig og følgelig ikke i hele Fællesskabets område.

32 Med sit første anbringende har Manpower gjort gældende, at for så vidt angår det registrerede varemærkes beskrivende karakter i Det Forenede Kongerige og i Irland er ordet »manpower« i den betydning, som Retten lagde til grund, dvs. i betydningen »arbejdskraft«, ikke beskrivende set fra en arbejdstagers synsvinkel, men alene set fra en arbejdsgivers synsvinkel. Eftersom de omhandlede tjenesteydelser er arbejdsformidlingsydelser, som udbydes til såvel arbejdsgivere som arbejdstagere, burde dette have ført til den konklusion, at ordet »manpower« ikke medfører, at den relevante kundekreds i Det Forenede Kongerige og Irland straks og uden yderligere overvejelse kan opfatte det som en beskrivelse af disse tjenesteydelser.

33 Med sit andet anbringende har Manpower gjort gældende, at hvad angår det pågældende varemærkes beskrivende karakter i Tyskland og Østrig fastslog appelkammeret, at ordet »manpower« er almindeligt anvendt i tysk handelssprog. I den appellerede doms præmis 77 og 79 fastslog Retten på dette grundlag, at dette begreb er blevet en del af det tyske sprog, hvilket ikke er korrekt.

34 Retten udvidede nemlig målgruppen, og appelkammerets statuering, som betegnede en mere begrænset målgruppe, er derfor ikke tilstrækkelig i forhold til en større gruppe. De beviser, som appelkammeret støttede sig til, er således ikke egnede til at godtgøre, at ordet »manpower« er blevet en del af det tyske sprog. Det var således med urette, at Retten fastslog, at ordet er beskrivende for hele den arbejdsdygtige del af befolkningen i Tyskland og Østrig. En sådan konklusion kan højst tiltrædes for så vidt angår personer, der benytter disse ydelser.

Domstolens bemærkninger

35 Hvad angår det første anbringende om, at den betydning af ordet »manpower«, som Retten lagde til grund, alene giver det omhandlede ordmærke en beskrivende karakter set fra en arbejdsgivers synsvinkel og ikke fra en arbejdstagers synsvinkel, bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 58 gjorde den definition af betydningen af ordet »manpower«, som såvel appelkammeret som Harmoniseringskontorets Annullationsafdeling gav, til sin egen, og at den dermed tiltrådte en betydning af det pågældende ord, som ikke er begrænset til »arbejdskraft«.

36 På denne baggrund begik Retten ved i den appellerede doms præmis 61-63 at foretage en udførlig undersøgelse af de forskellige betydninger af ordet »manpower« på grundlag af samtlige beviser ikke en retlig fejl, der kunne rejse tvivl om det, den fastslog i samme doms præmis 58, og som under alle omstændigheder ikke kan anfægtes for Domstolen i en appelsag.

37 Kontraappellantens første anbringende må følgelig forkastes som åbenbart ugrundet.

38 Hvad angår det andet anbringende har Manpower gjort gældende, at der foreligger en modsigelse mellem den omstændighed, at Retten stadfæstede appelkammerets konklusion, som anerkendte, at ordet »manpower« er blevet en del af tysk handelssprog, og den omstændighed, at Retten udvidede den tilsigtede kundekreds i forhold til den, som appelkammeret lagde til grund, uden at foretage en fornyet undersøgelse af ordet, for så vidt angår den udvidede kundekreds.

39 Det skal i den forbindelse fastslås, at Retten i den appellerede doms præmis 57 definerede den tilsigtede kundekreds som værende hele den arbejdsdygtige del af befolkningen, mens appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 16 for det første

lagde til grund, at ordet »manpower« er kendt af en væsentlig del af de pågældende forbrugere, nemlig arbejdsgivere, som eventuelt ønsker at ansætte midlertidigt ansatte, og de personer, som varetager sådanne stillinger, i Det Forenede Kongerige, Irland, Tyskland og Østrig, og for det andet, at »et vikarbureaus tjenesteydelser ikke kun retter sig mod arbejdssøgende personer, men også mod arbejdsgivere, som søger personale«.

40 Det følger heraf, at det er med rette, at Manpower har gjort gældende, at Retten lagde en udvidet definition af målgruppen til grund i forhold til den definition, som appelkammeret lagde til grund.

41 I modsætning til, hvad Manpower har gjort gældende, tog Retten i den appellerede doms præmis 79 og 80 imidlertid på korrekt vis denne ændrede definition af den tilsigtede kundekreds i betragtning ved bedømmelsen af beviserne.

42 Retten kunne nemlig i den appellerede doms præmis 79 på grundlag af de forskellige beviser, der var fremlagt som belæg for den generelle betydning af ordet i det tyske sprog, udlede opfattelsen af ordet »manpower« hos samtlige tysksprogede forbrugere og ikke kun hos en del af disse.

43 Retten begik derfor ingen retlig fejl ved at fastslå, at den tilsigtede kundekreds, således som Retten havde defineret den, opfatter varemærket MANPOWER som beskrivende for de omfattede varer og tjenesteydelser, og det af Manpower påberåbte andet anbringende må følgelig forkastes som åbenbart ugrundet.

44 Under hensyn til det ovenstående må Manpowers kontraappel forkastes.

Om det første appelanbringende om, at varemærket MANPOWER har en beskrivende karakter i henhold til artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 i hele Fællesskabets område og for alle de varer og tjenesteydelser, som det er blevet registreret for

Parternes argumenter

45 Powerserv har i det væsentlige gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 69 ff. begik en retlig fejl ved at fastslå, at ordmærket »MANPOWER« ikke havde en beskrivende karakter i andre af Fællesskabets medlemsstater end Det Forenede Kongerige, Irland, Tyskland og Østrig.

46 Powerserv har gjort gældende, at det spørgsmål, der skal besvares, er, hvorvidt ordet »manpower« er blevet en del af det almindelige sprog og således er blevet en indarbejdet anglicisme og kan forstås af den relevante kundekreds. Selskabet har i den forbindelse gjort gældende, at den begrænsning »af engelsk som specialiseret sprog«, som Retten foretog i den appellerede doms præmis 76, skal forkastes som ugrundet, og dens påstand, hvorefter »den omstændighed, at der i den relevante kundekreds eller en betydelig del af denne er et udbredt kendskab til engelsk, ikke i sig selv er tilstrækkelig, hvis engelsk ikke faktisk benyttes […] ved henvendelser til denne kundekreds«. Desuden angav Retten ikke grunden til, at den afviste, at befolkningen i disse medlemsstater har kendskab, herunder grundlæggende kendskab, til det engelske sprog. Retten traf således afgørelse i strid med dens egen praksis (dom af 5.4.2001, sag T-87/00, bank für Arbeit und Wirtschaft mod KHIM (EASYBANK), Sml. II, s. 1259).

47 Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at anbringendet skal afvises, idet bedømmelsen af den tilsigtede kundkreds' sprogkendskab er et spørgsmål vedrørende faktiske omstændigheder, som ikke er omfattet af Domstolens behandling i en appelsag.

48 Manpower har gjort gældende, at der ikke foreligger en modsigelse mellem den situation, som er undersøgt af Retten, og den ovenfor nævnte dom i sagen Bank für Arbeit und Wirtschaft mod KHIM, idet det alene var de engelsksprogede medlemsstater, som var berørte. Manpower har desuden gjort gældende, at påstandene om den procentdel, der er engelsktalende i Fællesskabet samt om engelsk som undervisnings-

sprog ikke er relevante, henset til, at det er usandsynligt, at de personer, der ikke har et grundlæggende kendskab til engelsk, kender betydningen af ordet »manpower«.

Domstolens bemærkninger

49 Det skal påpeges, at det af artikel 225 EF og artikel 58, stk. 1, i statutten for Domstolen fremgår, at appel er begrænset til retsspørgsmål. Retten er derfor den eneste kompetente til at bedømme de relevante faktiske omstændigheder og beviser. Bedømmelsen af disse faktiske omstændigheder og beviser er således ikke er et retsspørgsmål, der kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er gengivet forkert (jf. dom af 18.7.2006, sag C-214/05 P, Rossi mod KHIM, Sml. I, s. 7057, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).

50 Det skal ligeledes påpeges, at spørgsmålet om, hvorvidt et varemærke har fornødent særpræg som omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94, skal bedømmes i forhold til dels de varer og tjenesteydelser, for hvilke der er ansøgt om registrering, dels i forhold til opfattelsen hos den berørte kundekreds, som er almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom og velunderrettet (dom af 6.5.2003, sag C-104/01, Libertel, Sml. I, s. 3793, præmis 62).

51 Det må i den forbindelse fastslås, at det af Powerserv fremsatte anbringende nærmere bestemt er ensbetydende med, at den analyse, som Retten foretog i den appellerede doms præmis 58-94, og som vedrørte den relevante kundekreds' opfattelse af et engelsk ord, anfægtes. Retten fastslog nemlig i den pågældende doms præmis 79, at ordet »manpower« er blevet en del af tysk handelssprog, mens den i dommens præmis 84 fastslog, at dette ikke var tilfældet for så vidt angår de øvrige ikke-engelsksprogede medlemsstater. Retten fastslog desuden i samme doms præmis 89, at appelkammeret ikke havde godtgjort, at engelsk — selv blot som alternativ til det nationale sprog — anvendes i Danmark, Nederlandene, Sverige og Finland, mens Retten for så vidt angår

de øvrige ikke-engelsksprogede medlemsstater tiltrådte appelkammerets standpunkt, hvorefter der består en vis modvilje mod at anvende engelsk.

52 Ved at træffe en sådan afgørelse foretog Retten en bedømmelse af faktisk karakter, som ikke kan anfægtes i en appelsag for Domstolen, medmindre de faktiske omstændigheder er gengivet forkert.

53 Det første anbringende, som Powerserv har fremsat til støtte for sin appel, skal derfor åbenbart afvises.

Om det andet appelanbringende om manglende bevis for, at det registrerede varemærke havde fået fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94

54 Dette anbringende omfatter i det væsentlige fire led, for det første om, at Rettens fastlæggelse af den relevante kundekreds nødvendiggjorde en ny bedømmelse af »beviserne«, for det andet om, at det var med urette, at Retten udvidede konstateringen af, at der forelå fornødent særpræg ved varemærket i Det Forenede Kongerige, til at omfatte Irland uden at foretage en særskilt undersøgelse af situationen for varemærket i den første af disse to medlemsstater, for det tredje om, at Retten tiltrådte en udvidelse af det fornødne særpræg, som varemærket havde opnået for tjenesteydelser i klasse 35, til andre varer og tjenesteydelser, og for det fjerde om Rettens retligt fejlagtige anvendelse af artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94.

Om det andet anbringendes første led om, at den fastlæggelse af den relevante kundekreds, som Retten foretog, nødvendiggjorde en ny bedømmelse af »beviserne«

— Parternes argumenter

55 Powerserv har gjort gældende, at Retten ikke i den appellerede doms præmis 57, i modsætning til appelkammeret, begrænsede den relevante kundekreds til en specialiseret kundekreds, men udvidede den til næsten hele befolkningen i Fællesskabets 15 medlemsstater. En sådan udvidelse af den relevante kundekreds gjorde det nødvendigt med en fornyet bedømmelse af de eksisterende beviser, hvormed EF-varemærkeindehaveren søger at godtgøre opnåelsen af det fornødne særpræg. Det pågældende selskab har gjort gældende, at Retten skulle have annulleret appelkammerets afgørelse og hjemvist sagen til denne sidstnævnte, og dette i hvert fald for så vidt angår bedømmelsen af den pågældende kundekreds i Det Forenede Kongerige, Irland, Tyskland og Østrig.

56 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at dette klagepunkt er ugrundet, idet Retten selv undersøgte beviserne i forbindelse med dens bedømmelse af de faktiske omstændigheder. I den appellerede doms præmis 132-141 blev hvert enkelt bevis behandlet på udførlig vis, og Retten nåede frem til den konklusion, at selv med en bredere relevant kundekreds er det fornødne særpræg opnået ved brug blevet godtgjort for de medlemsstater, der blev behandlet i dommen.

57 Manpower har bemærket, at Retten ikke analyserede spørgsmålet om, hvorvidt det registrerede varemærke udelukkende havde fået fornødent særpræg i forhold til erhvervslivet. Den henviste til en udvidet gruppe og bedømte beviserne på grundlag af denne gruppe. Denne af Retten anvendte formulering gav ikke mulighed for at fastslå, at det fornødne særpræg alene blev opnået set fra synsvinklen hos erhvervslivets kundekreds. Manpower har deraf udledt, at en fornyet vurdering af beviserne ikke var nødvendig, hverken i forhold til den udvidede kundekreds eller blot til den erhvervsmæssige kundekreds, idet appelkammeret allerede havde behandlet de pågældende beviser.

— Domstolens bemærkninger

58 Det bemærkes, at i henhold til artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94, sammenholdt med samme artikels stk. 2, skal et varemærke udelukkes fra registrering, såfremt det udelukkende består af tegn eller angivelser, som giver det en beskrivende karakter i en del af Fællesskabet.

59 Desuden følger det af den pågældende forordnings artikel 7, stk. 3, at samme bestemmelses stk. 1, litra b), ikke finder anvendelse, hvis varemærket som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg for de varer og tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret (jf. i denne retning dom af 22.6.2006, sag C-25/05 P, Storck mod KHIM, Sml. I, s. 5719, præmis 82).

60 Det følger heraf, at et varemærke kun kan registreres i medfør af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, hvis det bevises, at det som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg i den del af Fællesskabet, hvor det fra begyndelsen havde beskrivende karakter i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i samme artikel, stk. 1, litra c) (jf. i denne retning dommen i sagen Storck mod KHIM, præmis 83).

61 I den forbindelse bemærkes, at hvad angår Det Forenede Kongerige, Irland, Tyskland og Østrig fastslog Retten, at ordet »manpower« havde en beskrivende karakter, men at det havde fået fornødent særpræg som følge af den brug, der var gjort deraf, og tiltrådte således appelkammerets bedømmelse. Retten ændrede imidlertid målgruppen, som anført i denne kendelses præmis 40, ved at udvide den til hele den arbejdsdygtige befolkning.

62 I modsætning til, hvad Powerserv har gjort gældende, foretog Retten i den appellerede doms præmis 132-141 en undersøgelse på grundlag af samtlige relevante beviser af det

fornødne særpræg, herunder i forhold til den således fastlagte kundekreds, som det registrerede varemærke havde erhvervet ved brug i forhold til samme kundekreds.

63 Første led af det af Powerserv fremsatte andet anbringende, hvorefter det var nødvendigt med en fornyet bedømmelse af den af Retten foretagne fastlæggelse af den relevante kundekreds, må derfor forkastes som åbenbart ugrundet.

Om det andet anbringendes andet led om, at det var med urette, at Retten udvidede sin konstatering af, at varemærket havde fornødent særpræg i Det Forenede Kongerige, til Irland, uden at foretage en udtrykkelig undersøgelse af dette varemærkes situation i den første af disse to medlemsstater (»spillover-effekten«)

— Parternes argumenter

64 Powerserv har gjort gældende, at det var med urette, at Retten i den appellerede doms præmis 138 og 139 tiltrådte appelkammerets standpunkt ved at anerkende en spillover-effekt af varemærkets eventuelle omdømme i Det Forenede Kongerige på Irland. Retten angav ikke grundlaget for dette standpunkt. Såfremt det antages, at der foreligger en sådan effekt, vil dette være i strid med såvel Rettens praksis, hvorefter registreringshindringerne skal afkræftes overalt, hvor de foreligger (Rettens dom af 30.3.2000, sag T-91/99, Ford Motor mod KHIM (OPTIONS), Sml. II, s. 1925), som med Domstolens praksis, hvorefter registreringshindringerne alene kan afkræftes efter en streng og fuldstændig undersøgelse (Libertel-dommen).

65 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at muligheden for, at et fornødent særpræg spredes fra én medlemsstat til en anden, ikke i sig selv opfylder kravet om en fuldstændig og detaljeret undersøgelse af et sådant særpræg. Powerservs påstand, hvorefter Retten støttede sig til en sådan spillover-effekt, imidlertid er ugrundet og udgør en forvanskning af de faktiske omstændigheder. Det fremgår nemlig klart, at Retten foretog en specifik bedømmelse af det fornødne særpræg, som det registrerede

varemærke havde erhvervet ved brug i Irland, ved i den appellerede doms præmis 138 ff. at fremhæve en langvarig brug af varemærket i denne medlemsstat, Manpowers omsætning samt de beviser, som følger af reklamer i aviser og telefonbøger.

66 Manpower har gjort gældende, at Retten i modsætning til appelkammeret ikke har taget hensyn til spillover-effekten, men støttede sig til den lange varighed af varemærkets brug i Irland, til Manpowers omsætning samt til annoncerne i aviser og telefonbøger.

— Domstolens bemærkninger

67 Det bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 138 alene redegjorde for appelkammerets standpunkt i den anfægtede afgørelse.

68 Retten fastslog derimod i den appellerede doms præmis 139, »henset til sagsakterne, at den langvarige brug af varemærket i Irland, omsætningen samt beviserne i form af reklamer i aviser og telefonbøger faktisk gør det muligt at fastslå, at appelkammeret ikke begik en fejl«. Det følger heraf, at Retten ikke udelukkende støttede sig til spillover-effekten, men foretog en udførlig undersøgelse af varemærkets brug i Irland.

69 Andet led af det af Powerserv fremsatte anbringende er derfor åbenbart ugrundet.

Om det andet anbringendes tredje led om, at Retten godkendte en udvidelse af det fornødne særpræg, som varemærket fik for tjenesteydelser i klasse 35, til andre varer og tjenesteydelser

— Parternes argumenter

70 Powerserv har gjort gældende, at det var med urette, at Retten i den appellerede doms præmis 144 godkendte en udvidelse af det fornødne særpræg, som det varemærke, som var registreret for tjenesteydelser i klasse 35, opnåede, til andre varer og tjenesteydelser, som var beskyttet af varemærket, dvs. varer og tjenesteydelser i klasse 9, 16, 41 og 42.

71 Powerserv har således gjort gældende, at »rekrutteringsvirksomhed« og »arbejdsformidling « er to vidt forskellige tjenesteydelser, som gennem lang tid har været forbudt i Østrig. Ifølge Powerserv udbyder Manpower alene arbejdsformidlingsydelser og ikke rekrutteringsydelser. Der er desuden ikke blevet fremlagt et eneste dokument for Retten for klasse 9, 16, 41 og 42, og Retten anførte alene, at tegnet MANPOWER enten er et fantasiord eller »kan opfatte[s] […] som en angivelse af disse varer og tjenesteydelsers indhold, når de anvendes i forbindelse med tjenesteydelser, som udbydes af en arbejdsformidlingsvirksomhed«. Endelig har Powerserv gjort gældende, at denne udvidelse af det omdømme, der er godtgjort for specifikke ydelser i klasse 35, til også at omfatte de andre klasser i Nicearrangementet, der er omhandlet i nærværende sag, er i strid med Libertel-dommen.

72 Hvad angår klasse 35 har Powerserv desuden bestridt, at arbejdsformidlings- og vikarydelserne er velkendte, samt bestridt den omstændighed, at den relevante kundekreds forbinder bøger, cd'er og de tilsvarende varer, som det registrerede varemærke betegner ved Manpower.

73 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at der for så vidt angår klasse 35 ikke kan foretages en så stringent afgrænsning af udlejning af personale og arbejdsformidlingsydelser, idet disse to aktiviteter ofte vil overlappe hinanden.

74 Hvad angår de øvrige varer og tjenesteydelser er den påstand, hvorefter Retten foretog en udvidelse af det fornødne særpræg, som det registrerede varemærke havde opnået for tjenesteydelser i klasse 35, til de andre varer og tjenesteydelser i klasse 9, 16, 41 og 42, der er omfattet af mærket, vildledende og åbenbart ugrundet. Retten udvidede i den appellerede doms præmis 143 ikke dette fornødne særpræg automatisk, men tog hensyn til den omstændighed, at virksomheden rent faktisk anvendte de pågældende varer og tjenesteydelser i forbindelse med dette varemærke.

75 Manpower har gjort gældende, at Powerserv ikke er opmærksom på den omstændighed, at hindringen i artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 alene blev tiltrådt for varer og tjenesteydelser i klasse 9, 16, 41 og 42 i forbindelse med levering af arbejdsformidlingsydelser.

— Domstolens bemærkninger

76 Det bemærkes, at der altid ansøges om registrering af et tegn som varemærke for de varer og tjenesteydelser, som er nævnt i ansøgningen om registrering. Således skal spørgsmålet, om et varemærke har fornødent særpræg, bedømmes dels i forhold til de varer og tjenesteydelser, for hvilket varemærket søges registreret, dels i forhold til den relevante kundekreds' opfattelse af varemærket (jf. i denne retning dom af 18.6.2002, sag C-299/99, Philips, Sml. I, s. 5475, præmis 59, og Libertel-dommen, præmis 75).

77 Hvad angår udvidelsen af det registrerede varemærkes fornødne særpræg for tjenesteydelser i klasse 35 til varer og tjenesteydelser i klasse 9, 16, 41 og 42 bemærkes, at Retten efter at have redegjort for appelkammerets ræsonnement, der i det væsentlige var baseret på den omstændighed, at ordet »manpower« har en underliggende betydning for vikarydelser, i den appellerede doms præmis 144 fastslog, at det var med rette, at appelkammeret fastslog, at det fornødne særpræg, som varemærket havde fået

ved brug for tjenesteydelser i klasse 35, skulle udvides til at omfatte varer og tjenesteydelser i klasse 9, 16, 41 og 42.

78 For så vidt som Powerserv har kritiseret Retten for alene at have foretaget en udvidelse af omdømmet for klasse 35 til andre klasser for varer og tjenesteydelser, ønsker Powerserv med sit andet anbringendes tredje led i realiteten, at Domstolen erstatter Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder med sin egen.

79 Det samme gælder for så vidt angår bedømmelsen af omdømmet for tjenesteydelserne i klasse 35.

80 Retten fastslog i den appellerede doms præmis 133-141 nemlig, at det var blevet godtgjort, at det registrerede varemærke havde opnået det fornødne særpræg ved brug i Det Forenede Kongerige, Irland, Tyskland og Østrig for varer og tjenesteydelser i klasse 35.

81 Retten bemærkede i den appellerede doms præmis 143-145 desuden, at det fornødne særpræg, som det pågældende varemærke havde fået ved brug for tjenesteydelser i klasse 35, skulle udvides til at omfatte de varer og tjenesteydelser, som varemærket beskyttede i de andre klasser, eftersom varemærket alene er beskrivende for visse varer og tjenesteydelser i klasse 9, 16, 41 og 42, samt at ordet »manpower« af forbrugeren i så fald kan opfattes som en oprindelsesangivelse vedrørende disse varer og tjenesteydelser.

82 En sådan bedømmelse af Retten er en bedømmelse af faktisk karakter. I overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt i denne kendelses præmis 49, er appel imidlertid begrænset til retsspørgsmål, og en sådan bedømmelse kan ikke anfægtes i en appelsag, medmindre de faktiske omstændigheder er gengivet forkert.

83 Eftersom det ikke er påstået i den foreliggende sag, at de faktiske omstændigheder eller beviserne fremlagt for Retten er gengivet forkert, skal det andet anbringendes tredje led derfor åbenbart afvises.

Om det andet anbringendes fjerde led vedrørende en retlig fejl ved anvendelsen af artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94

— Parternes argumenter

84 Powerserv har gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 127 begik en retlig fejl ved at fastslå, at et registreret varemærke, for hvilket der er ført bevis for, at det har fået fornødent særpræg ved brug, ikke kan annulleres i henhold til artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94, eftersom der ikke er tale om et registreret varemærke, som er i strid med bestemmelserne i forordningens artikel 7. Dette standpunkt fra Rettens side er nemlig ensbetydende med, at det er fuldstændig umuligt at anfægte et varemærke, der for en umiddelbar betragtning er uden fornødent særpræg, men som er registreret på grundlag af utilstrækkeligt bevis for, at det er velkendt.

85 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at det andet anbringendes fjerde led er åbenbart ugrundet. Et varemærke, der er registreret på grundlag af bevis for fornødent særpræg opnået ved brug, kan ikke erklæres ugyldigt på grundlag af artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94.

86 Manpower er enig i Rettens standpunkt og har bemærket, at Powerserv overhovedet ikke har taget artiklens stk. 2 i betragtning.

— Domstolens bemærkninger

87 Det følger af selve ordlyden af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, at den omstændighed, at et varemærke har fået fornødent særpræg for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke der er indgivet registreringsansøgning, som følge af den brug, der er gjort deraf, er til hinder for, at en registreringshindring i henhold til samme artikels stk. 1, litra a)-c), kan finde anvendelse.

88 I henhold til artikel 51, stk. 1, i forordning nr. 40/94 kan et EF-varemærke alene erklæres ugyldigt, såfremt det er registreret i strid med forordningens bestemmelser, herunder forordningens artikel 7.

89 Artikel 51, stk. 2, i forordning nr. 40/94, der indfører en undtagelse til de absolutte ugyldighedsgrunde, som reguleres af samme artikels stk. 1, skal fortolkes indskrænkende, og den kan ikke inden for rammerne af fortolkningen af forordningens artikel 7, stk. 3, tjene som grundlag for et ræsonnement om en analogislutning (dom af 11.6.2009, sag C-542/07 P, Imagination Technologies mod KHIM, Sml. I, s. 4937, præmis 54).

90 I modsætning til, hvad Powerserv har gjort gældende, fastslog Retten ikke i den appellerede doms præmis 127, at et varemærke, der for en umiddelbar betragtning ikke har fornødent særpræg, men som registreres på grundlag af utilstrækkeligt bevis for omdømme, ikke kan gøres til genstand for nogen anfægtelse.

91 Retten bemærkede nemlig alene, at de respektive anvendelsesområder for stk. 1 og 2 i artikel 51 i forordning nr. 40/94 er forskellige. Det er således ikke muligt i henhold til

stk. 1 at indgive en ugyldighedsbegæring vedrørende et varemærke, der har fået fornødent særpræg ved den brug, der er gjort deraf forud for indgivelsen af registreringsansøgningen, idet et sådant varemærke ikke er blevet registreret i strid med bestemmelserne i forordningens artikel 7. Hvad angår samme artikels stk. 2 omfatter den alene de varemærker, der har fået fornødent særpræg ved den brug, der er gjort af disse efter deres registrering, selv om denne registrering er foretaget i strid med artikel 7, stk. 1, litra b)-d), i forordningen og således skulle have været annulleret af denne grund.

92 Det andet anbringendes fjerde led skal derfor forkastes som åbenbart ugrundet.

93 Det følger af det ovenstående, at den af Powerserv iværksatte appel delvis åbenbart ikke kan antages til realitetsbehandling og delvis er åbenbart ugrundet og derfor skal forkastes.

Sagens omkostninger

94 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, der i medfør af samme reglements artikel 118 finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Harmoniseringskontoret og Manpower har nedlagt påstand om, at Powerserv tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da sidstnævnte har tabt sagen, bør det pålægges Powerserv at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser bestemmer Domstolen (Ottende Afdeling):

1) Hovedappellen iværksat af Powerserv Personalservice GmbH forkastes.

2) Kontraappellen iværksat af Manpower Inc. forkastes.

3) Powerserv Personalservice GmbH betaler sagens omkostninger.

Underskrifter