RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

10. november 2004 *

I sag T-396/02,

August Storck KG, Berlin (Tyskland), ved Rechtsanwälte H. Wrage-Molkenthin, T. Reher, A. Heise og I. Rohr, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af den afgørelse, der blev truffet den 14. oktober 2002 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 187/2001-4), hvorved registrering af et tredimensionalt varemærke i form af et lysebrunt bolsje blev afslået,

* Processprog: tysk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, H. Legal, og dommerne V. Tiili og M. Vilaras, justitssekretær: assisterende justitssekretær B. Pastor,

under henvisning til stævningen, der blev indgivet til Rettens Justitskontor den 27. december 2002,

under henvisning til svarskriftet, der blev indgivet til Rettens Justitskontor den 14. april 2003,

og efter retsmødet den 16. juni 2004,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 30. marts 1998 indgav sagsøgeren i medfør af Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret, en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«).

2 Varemærket, der er søgt registreret, er en tredimensional form, der gengiver et lysebrunt bolsje, som vist nedenfor:



3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, 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, og svarer til følgende beskrivelse: »Sukkervarer«.

4 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. Desuden fandt undersøgeren, at varemærket ikke havde fået fornødent særpræg ved brug.

5 Den 14. februar 2001 indgav sagsøgeren klage til Harmoniseringskontoret i medfør af artikel 59 i forordning nr. 40/94 over undersøgerens afgørelse. I klagen anmodede sagsøgeren om, at undersøgerens afgørelse delvist blev ændret, og at varemærket kunne bekendtgøres for »sukkervarer, nemlig. karamelbolsjer«. I sin skriftlige begrundelse for klagen af 14. maj 2001 har sagsøgeren derimod begæret undersøgerens afgørelse annulleret i sin helhed, og subsidiært anført, »at fortegnelsen over de varer, som varemærkeansøgningen [vedrørte], skulle begrænses til »karamelbolsjer«, såfremt varemærkeansøgningen [var] blevet afslået som følge

af, at der manglede fornødent særpræg, [...] både som følge af [varemærket] i sig selv og som følge af brugen af varemærket for sukkervarer«.

6 Ved afgørelse af 14. oktober 2002 (herefter »den anfægtede afgørelse«) meddelt til sagsøgeren ved telefax den 18. oktober 2002 og ved anbefalet skrivelse af 31. oktober 2002, afslog Fjerde Appelkammer klagen med den begrundelse, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, og at det heller ikke kunne registreres i medfør af samme forordnings artikel 7, stk. 3.

7 Appelkammeret fandt nærmere bestemt, at kombinationen af formen og farven af varemærket, som var søgt registreret, ikke reelt kunne give oplysninger om den pågældende vares oprindelse, nemlig sukkervarer. Desuden fandt appelkammeret, at de forhold, der var fremført af sagsøgeren, ikke beviste, at det ansøgte varemærke havde fået fornødent særpræg som følge af den brug, der var blevet gjort af det pågældende varemærke for bl.a. karamelbolsjer.

Retsforhandlinger og parternes påstande

8 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 21. maj 2003 har sagsøgeren i overensstemmelse med artikel 135, stk. 2, i Rettens procesreglement anmodet om tilladelse til at indgive replik. Denne tilladelse blev ikke givet af formanden for Rettens Fjerde Afdeling.

9 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

10 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Sagens genstand

Parternes argumenter

11 Sagsøgeren har uden direkte at henvise til genstanden for den foreliggende tvist, kritiseret den anfægtede afgørelse, idet selskabet har anført, at som følge af den begrænsning af fortegnelsen over varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke — således som sagsøgeren har påstået at have foretaget ved den subsidiære påstand, der fremgår af processkriftet af 14. maj 2001 — er det eneste relevante marked i denne sag det særlige marked for »karamelbolsjer« og ikke markedet for »slik i almindelighed«.

12 Harmoniseringskontoret har anført, at hvad for det første angår genstanden for sagsøgerens ansøgning, der vedrørte registrering af det omhandlede varemærke for »sukkervarer«, og for det andet de modstridende påstande, som sagsøgeren har fremført under klagesagen for appelkammeret og i sin skriftlige begrundelse for klagen (jf. præmis 5 ovenfor), har appelkammeret med rette fortolket formuleringen af sagsøgerens modstridende påstande således, at undersøgerens afgørelse blev anfægtet i sin helhed. Harmoniseringskontoret har endvidere anført, at i det omfang undersøgeren afslog ansøgningen for »sukkervarer« i almindelighed og ikke for »sukkervarer, nemlig karameller« eller »karameller«, kunne sagsøgeren ikke begrænse rækkevidden af sin klage til sidstnævnte genstand, da undersøgerens afgørelse i den forbindelse var »udelelig«.

13 Ifølge Harmoniseringskontoret har begrænsningen af fortegnelsen over varer, således som det subsidiært blev foreslået af sagsøgeren i processkriftet af 14. maj 2001, desuden ingen betydning for sagen. Sagsøgeren kan nemlig ikke subsidiært begrænse sin fortegnelse over varer for det tilfælde, at selskabet ikke får medhold i sin principale påstand (Rettens dom af 27.2.2002, sag T-219/00, Ellos mod KHIM (ELLOS), Sml. II, s. 753).

14 Som følge heraf har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at tvistens genstand for appelkammeret var afslaget på sagsøgerens varemærkeansøgning for sukkervarer (klasse 30), og at tvistens genstand i den foreliggende sag er den anfægtede afgørelse, der er truffet af appelkammeret, der korrekt har behandlet afslaget på varemærkeansøgningen.

Rettens bemærkninger

15 Det fremgår af bestemmelserne i artikel 57-61 i forordning nr. 40/94, at afgørelser truffet af undersøgerne kan påklages til appelkammeret, og at enhver part i en sag,

der har ført til en afgørelse truffet af en undersøger, som er gået vedkommende part imod, har adgang til at klage. I henhold til regel 48, stk. 1, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 om EF-varemærker (EFT L 303, s. 1) skal en klage indeholde et bestemt antal oplysninger, herunder »en angivelse af, hvilken afgørelse der påklages, og i hvilket omfang afgørelsen begæres ændret eller omstødt«.

16 Det er i den foreliggende sag ubestridt, at undersøgeren har afslået sagsøgerens varemærkeansøgning for alle de varer, den vedrørte, dvs. for »sukkervarer« i klasse 30. Sagsøgeren har begrænset rækkevidden af sin klage indgivet til appelkammeret den 14. februar 2001, idet selskabet kun har bestridt afslaget på varemærkeansøgningen for så vidt angår »sukkervarer, dvs. karamelbolsjer«. Sagsøgeren har således begæret, at undersøgerens afgørelse delvis ændres, og at der gives tilladelse til bekendtgørelsen af varemærkeansøgningen for »sukkervarer, dvs. karamelbolsjer«. I sin skriftlige begrundelse for klagen af 14. maj 2001 har sagsøgeren imidlertid principalt anført, at undersøgerens afgørelse skulle annulleres i sin helhed, og subsidiært, at fortegnelsen over varerne omfattet af det ansøgte varemærke skulle begrænses til »karamelbolsjer«, såfremt varemærkeansøgningen blev afslået som følge af, at der manglede fornødent særpræg, både som følge af varemærket i sig selv og som følge af brugen af varemærket for »sukkervarer«. Ifølge sagsøgeren er det ganske enkelt umuligt at bestride, at det ansøgte varemærkes form har fået fornødent særpræg som følge af brug, for så vidt angår karamelbolsjer.

17 Appelkammeret har i den anfægtede afgørelses punkt 6 anført, at klagen principalt havde til formål, at undersøgerens afgørelse blev ændret, og at sagsøgerens varemærkeansøgning blev bekendtgjort for »sukkervarer« uden begrænsninger, med den begrundelse, at det ansøgte varemærke havde fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, og subsidiært at få fastslået, at varemærket kunne registreres for bl.a. »karameller«, på grund af det fornødne særpræg, det angiveligt havde fået som følge af brug. Efter at appelkammeret havde prøvet de i klagen fremførte anbringender, afslog det klagen i sin helhed som ugrundet.

18 Sagsøgeren har i sine påstande samt i visse dele af stævningen indgivet til Retten nedlagt påstand om annullation af den anfægtede afgørelse i sin helhed. I andre dele af stævningen (jf. bl.a. punkt 20, 21 og 30) har sagsøgeren ikke desto mindre anført, at med hensyn til begrænsningen af fortegnelsen over varer, som selskabet havde henvist til i processkriftet af 14. maj 2001, er karamelbolsjer den eneste vare, der for fremtiden er omfattet af ansøgningen. Appelkammeret har således begået en fejl, idet det ikke har adskilt markedet for karamelbolsjer fra markedet for slik i almindelighed ved vurderingen af, om varemærket har fornødent særpræg.

19 I den forbindelse bemærkes, at ansøgeren i henhold til artikel 44, stk. 1, i forordning nr. 40/94 til enhver tid kan tilbagetage sin ansøgning om registrering af EF-varemærket eller begrænse den deri angivne fortegnelse over varer eller tjenesteydelser. Muligheden for at begrænse fortegnelsen over varer og tjenesteydelser tilkommer således alene EF-varemærkets ansøger, der til enhver tid kan rette en ansøgning herom til Harmoniseringskontoret. I denne sammenhæng skal den fuldstændige eller delvise tilbagetagelse af EF-varemærkeansøgningen ske udtrykkeligt og være ubetinget (jf. i denne retning ELLOS-dommen, præmis 60 og 61).

20 I denne sag har sagsøgeren kun subsidiært foreslået at begrænse fortegnelsen af varer omfattet af varemærkeansøgningen til »karamelbolsjer«, nemlig kun såfremt appelkammeret ville afslå varemærkeansøgningen for alle de af denne omfattede varer (dvs. »sukkervarer«). Sagsøgeren har således ikke begrænset fortegnelsen af varerne udtrykkeligt og ubetinget, og den omhandlede begrænsning kan derfor ikke tages i betragtning. (jf. i denne retning ELLOS-dommen, præmis 62).

21 Desuden skal en begrænsning af den fortegnelse over varer eller tjenesteydelser, der er angivet i en EF-varemærkeansøgning, ifølge retspraksis gennemføres efter visse nærmere bestemte regler ved en begæring om ændring af ansøgningen i henhold til

artikel 44 i forordning nr. 40/94 og regel 13 i forordning nr. 2868/95 (jf. Rettens dom af 5.3.2003, sag T-194/01, Unilever mod KHIM (ægformet tablet), Sml. II, s. 383, præmis 13, og af 25.11.2003, sag T-286/02. Oriental Kitchen mod KHIM — Mou Dybfrost (KIAP MOU), endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 30).

22 Disse regler er imidlertid ikke blevet fulgt i den foreliggende sag, idet sagsøgeren i processkriftet af 14. maj 2001 kun subsidiært meddelte en begrænsning af de omhandlede varer uden at indgive en begæring om ændring af varemærkeansøgningen i henhold til de ovennævnte bestemmelser.

23 Under disse omstændigheder skal den foreliggende sag fortolkes som et søgsmål med påstand om annullation af den anfægtede afgørelse på grund af tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, for så vidt angår alle de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke (dvs. »sukkervarer«), og på grund af tilsidesættelse af samme forordnings artikel 7, stk. 3, for disse varer og navnlig karameller.

Formaliteten vedrørende de beviser, der er fremlagt for første gang for Retten

24 De dokumenter, der er vedlagt stævningen, og som ikke er blevet behandlet af appelkammeret, nemlig resultatet af en interviewbaseret meningsmåling, der blev foretaget i 1997 i Tyskland vedrørende formen på bolsjet »Werthers Echte«, kan ikke tages i betragtning, da de først er kommet ind i sagen, da de blev fremlagt for Retten, idet indbringelse af sager for Retten har til formål at efterprøve lovligheden af afgørelser fra Harmoniseringskontorets appelkamre i henhold til artikel 63 i forordning nr. 40/94. Da Rettens opgave ikke er at foretage en fornyet undersøgelse af de faktiske omstændigheder i lyset af dokumenter, der først fremlægges for Retten, skal de dokumenter, som først er kommet ind i sagen, da de blev fremlagt for Retten,

lades ude af betragtning, uden at det er nødvendigt at undersøge deres bevismæssige værdi (Rettens dom af 18.2.2004, sag T-10/03, Koubi mod KHIM — Flabesa (CONFORFLEX), endnu ikke trykt i Sml. II, s. 719, præmis 52, og af 29.4.2004, sag T-399/02, Eurocermex SA mod KHIM (en ølflaskes form), Sml. II, s. 1391, præmis 52 og den heri nævnte retspraksis).

Realiteten

25 Sagsøgeren har til støtte for sit søgsmål fremsat to anbringender om tilsidesættelse af hhv. artikel 7, stk. 1, litra b), og artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

Første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

26 Sagsøgeren har anført, at i modsætning til hvad appelkammeret har antaget, har det ansøgte varemærke det minimum af fornødent særpræg, der kræves i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

27 I den forbindelse har sagsøgeren først gjort gældende, at appelkammerets ukorrekte bedømmelse hviler på en forkert definition af det marked, der skal tages i betragtning. Da sagsøgeren har påtænkt en begrænsning af fortegnelsen over varer,

der er omfattet af varemærkeansøgningen, er det eneste relevante marked i denne sag det særlige marked for »karamelbolsjer« og ikke markedet for »slik i almindelighed«. Markedet for karameller har egenskaber, der adskiller det fra markedet for andet slik. Valget af en type af slik (f.eks. vingummi, frugtbolsjer eller chokolade) eller en anden type af slik (f.eks. bolsjer med en »kraftig« smag, som f. eks. bolsjer med et stort indhold af mentol) afhænger af forbrugernes forskellige behov og smag. Heraf følger, at karamelbolsjer ikke kan sidestilles med enhver anden form for slik. Disse forskellige egenskaber, som forbrugeren tager hensyn til i en købssituation, har betydning for formen af forskelligt slags slik, således at hverken appelkammeret eller Retten vil kunne drage nogen konklusioner om, at formen på karamelbolsjer har et fælles træk, førend de har udskilt de forbrugere, der køber den slags slik.

28 Sagsøgeren har herefter påstået, at det ansøgte varemærke ved sin særlige og enestående kombination af form og farve er fuldstændig egnet til at adskille sagsøgerens bolsjer fra andre fabrikanters. Sagsøgeren har i den forbindelse anført, at det pågældende varemærke er mere end en kombination af bestanddele, der ikke kan beskyttes. Grundformen af det ansøgte varemærke er ikke en cirkel, men en elipse med en flad underside, hvælvede kanter og en overflade, der er kendetegnet ved et rundt hul i midten. Der er således tale om en atypisk form på markedet for karamelbolsjer, der er meget raffineret i forhold til andre former på slik (runde, rektangulære, kvadratiske, barrer eller uden særlige former). Derudover har den omhandlede form ikke nogen funktion, og udformningen er hverken teknisk betinget eller almindelig.

29 Harmoniseringskontoret har anfægtet sagsøgerens argumentation og har anført, at det ansøgte varemærke mangler fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, selv om det ville være faktisk muligt at begrænse tvistens genstand til karameller.

Rettens bemærkninger

30 I overensstemmelse med artikel 4 i forordning nr. 40/94 kan et EF-varemærke bestå af varens form eller emballage, for så vidt det er egnet til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders. Ifølge samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra b), er »varemærker, som mangler fornødent særpræg« desuden udelukket fra registrering. Samme forordnings artikel 7, stk. 2, bestemmer, at »[s]tk. 1 finder anvendelse, selv om registreringshindringerne kun er til stede i en del af Fællesskabet«.

31 For det første bemærkes, at ifølge retspraksis er de varemærker, der er omfattet af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, navnlig de varemærker, der set med den relevante kundekreds' øjne almindeligvis anvendes i handelen til at præsentere de pågældende varer eller tjenesteydelser, eller i forhold til hvilke der i det mindste findes konkrete forhold, der gør det muligt at konkludere, at de kan anvendes på denne måde. De tegn, der er omfattet af denne bestemmelse, kan desuden ikke udfylde varemærkets grundlæggende funktion, nemlig at identificere varens eller tjenesteydelsens oprindelse, således at forbrugeren, der køber den vare eller tjenesteydelse, som varemærket betegner, ved et senere køb kan vælge den samme, hvis det var en positiv erfaring, eller vælge en anden, hvis det var en negativ erfaring (Rettens dom i sagen om en ægformet tablet, præmis 39, Rettens dom af 20.4.2003, forenede sager T-324/01 og T-110/02, Axions og Belce mod KHIM (formen på en brun cigar og formen på en guldbarre), Sml. II, s. 1897, præmis 29, af 3.12.2003, sag T-305/02, Nestlé Waters France mod KHIM (en flaskes form), endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 28, og dommen i sagen om en ølflaskes form, præmis 18).

32 Hvorvidt et varemærke har det fornødne særpræg, kan dermed kun bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, som varemærkeansøgningen vedrører, og under hensyn til, hvorledes det opfattes af den relevante kundekreds (jf. analogt Domstolens dom af 8.4.2003, forenede sager C-53/01– C-55/01, Linde m.fl., Sml. I, s. 3161, præmis 41, domme af 12.2.2004, sag C-218/01, Henkel, endnu ikke trykt i

Samling af Afgørelser, præmis 50, og sag C-363/99, Koninklijke KPN Nederland, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 34, domme af 29.4.2004, forenede sager C-456/01 P og C-457/01 P, Henkel mod KHIM, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 35, forenede sager C-468/01 P — C-472/01 P, Procter & Gamble mod KHIM, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 33, og forenede sager C-473/01 P og C-474/01 P, Procter & Gamble mod KHIM, præmis 33, dommen i sagen om en ægformet tablet, præmis 40, dommen i sagen om formen på en brun cigar og formen på en guldbarre, præmis 30, og dommen i sagen om en flaskes form, præmis 29).

33 Hvad angår det første led af den ovennævnte bedømmelse bemærkes, at det anmeldte tegn består af selve varens udformning, nemlig gengivelsen af et ovalt lysebrunt bolsje, der er kendetegnet ved hvælvede kanter, en rund fordybning i midten og en flad underside.

34 Hvad angår den relevante kundekreds har appelkammeret med rette anført, at de varer, som varemærkeansøgningen vedrører i denne sag, nemlig sukkervarer, »er rettet mod en potentielt ubegrænset kundekreds i alle aldergrupper« og er »masseproducerede fødevarer, således at den berørte kundekreds [...] er alle forbrugere« (den anfægtede afgørelses punkt 11). Det ansøgte varemærkes fornødne særpræg skal således bedømmes under hensyntagen til den formodede forventning hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger (jf. analogt Domstolens dom i Linde m.fl.-sagen, præmis 41, Koninklijke KPN Nederland-dommen, præmis 34, dommen i sagen Henkel mod KHIM, præmis 35, dommene i de forenede sager C-468/01P — C-472/01 P, Procter & Gamble mod KHIM, præmis 33, og i de forenede sager C-473/01 P og C-474/01 P, Procter & Gamble mod KHIM, præmis 33, dommen i sagen om en ægformet tablet, præmis 42, dommen i sagen om formen på en brun cigar og formen på en guldbarre, præmis 31, og dommen i sagen om en flaskes form, præmis 33).

35 For det andet bemærkes, at ifølge retspraksis er kriterierne for bedømmelse af det fornødne særpræg for tredimensionale varemærker, der udgøres af selve varens fremtræden, ikke anderledes end dem, der finder anvendelse på andre varemærkekategorier (jf. analogt dom af 18.6.2002, sag C-299/99, Philips, Sml. I, s. 5475,

præmis 48, Linde m.fl.-dommen, præmis 42 og 46, dommen i sagen om en ægformet tablet, præmis 44, dommen i sagen om formen på en brun cigar og formen på en guldbarre, præmis 32, dommen i sagen om en flaskes form, præmis 35, og dommen i sagen om en ølflaskes form, præmis 22).

36 Der skal ikke desto mindre ved anvendelsen af disse kriterier tages hensyn til det forhold, at den relevante kundekreds' opfattelse ikke nødvendigvis er den samme ved tredimensionale varemærker, der består af selve varens fremtræden, og ved ordmærker, figurmærker eller tredimensionale varemærker, der ikke består af varens fremtræden. Mens forbrugerne er vant til umiddelbart at opfatte de sidstnævnte varemærker som tegn, der identificerer varen, gælder dette nemlig ikke nødvendigvis, når tegnet er sammenfaldende med selve varens fremtræden (jf. analogt Linde m.fl.-dommen, præmis 48, dom af 6.5.2003, sag C-104/01, Libertel, Sml. I, s. 3793, præmis 65, Henkel-dommen, præmis 52, dommen i sagen Henkel mod KHIM, præmis 38, dommene i de forenede sager C-468/01 P — C-472/01 P, Procter & Gamble mod KHIM, præmis 36, og de forenede sager C-473/01 P og C-474/01 P, Procter & Gamble mod KHIM, præmis 36, dommen i sagen om en ægformet tablet, præmis 45, og dommen i sagen om en ølflaskes form, præmis 23).

37 Det fremgår ligeledes af fast praksis, at opfattelsen af varemærket i den pågældende kundekreds — i dette tilfælde gennemsnitsforbrugeren — påvirkes af dennes opmærksomhedsniveau, der kan variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om (dommen i sagen om en ægformet tablet, præmis 42, og dommen i sagen om en flaskes form, præmis 34).

38 Under disse omstændigheder er det, for at bedømme, om kombinationen af den omtvistede vares form og farve kan opfattes af kundekredsen som en oprindelsesbetegnelse, nødvendigt at bedømme det helhedsindtryk, som denne sammensætning giver, hvilket ikke er uforeneligt med en undersøgelse af de forskellige anvendte ydre træk hver for sig (Rettens dom af 19.9.2001, sag T-337/99, Henkel mod KHIM (rund tablet i rød og hvid), Sml. II, s. 2597, præmis 49, og dommen i sagen om en ægformet tablet, præmis 54), nemlig den ansøgte form og farve.

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.

46 Som følge heraf skal det første anbringende om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 forkastes som ugrundet.

Andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

47 Sagsøgeren har anført, at det ansøgte varemærke under alle omstændigheder kan registreres, fordi det har fået fornødent særpræg på karamelmarkedet som følge af

brug. Anvendelsen af varemærket fremgår af den høje omsætning, som varemærket frembringer, de reklameomkostninger, der er afholdt for at fremme det, og resultaterne af forskellige meningsmålinger vedrørende kendskabet til varemærket, som sagsøgeren har forelagt for Harmoniseringskontoret.

48 Ifølge sagsøgeren er det en udbredt praksis på markedet for sukkervarer, at der for de pågældende varer ikke kun anvendes navnet, men ligeledes formen som en oprindelsesbetegnelse. Sagsøgeren har gjort opmærksom på, at der derfor på indpakningen, dvs. poserne, der bærer betegnelsen »Werther's Original« (»Werther's Echte«), altid bevidst er gengivet det ansøgte varemærke med dets særlige karakteristiske bestanddele, nemlig bolsjets fordybning med et stempel i midten og bolsjets afrundede kanter. Denne anvendelse kan ikke reduceres til en illustration af indholdet af emballagen, uden karakter af oprindelsesangivelse. Da tredimensionale varemærker har en dobbeltfunktion, nemlig gengivelsen af varemærket og varen, vil det være umuligt at adskille strengt imellem dem, eftersom varemærket altid svarer til varen. Appelkammeret har i den foreliggende sag ikke taget denne dobbeltfunktion af varemærket i betragtning.

49 Endelig er det forhold, at der på emballagen kan ses og læses andre varemærker og varebeskrivelser, uden betydning for gengivelsen af varens form som varemærke. Det er nemlig i høj grad muligt at anvende flere varemærker samtidig og sideløbende, navnlig for varer, der kun er kendetegnet ved det tredimensionale varemærke. Kundekredsen genkender et tredimensionalt varemærke uafhængig af vareoplysningerne. Som følge heraf er appelkammerets bemærkninger om gengivelsen af varemærket ikke overbevisende.

50 Harmoniseringskontoret har, idet det har henvist til kriterier, der i henhold til retspraksis er gældende ved bedømmelsen af, hvorvidt et varemærke har fået fornødent særpræg som følge af brug, anført, at det ansøgte varemærke ikke kan registreres i henhold til af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

51 Ifølge Harmoniseringskontoret er det med rette, at undersøgeren og appelkammeret kom til den konklusion, at de beviser, som sagsøgeren forelagde, ikke var tilstrækkelige til at godtgøre, at det ansøgte varemærke havde fået fornødent særpræg som følge af brug for karameller.

52 For det første gør de af sagsøgeren fremlagte tal for omsætningen for årene 1994-1998 det ikke i sig selv muligt at vurdere markedsandelen, og de er således utilstrækkelige. Ved masseproducerede varer, som de i sagen omhandlede, er det afgørende kriterium nemlig markedsandelen og ikke blot omsætningen, der er utilstrækkelig som bevis for, at varemærket er kendt.

53 For det andet er reklameomkostningerne på 27 729 000 tyske mark (DEM), som sagsøgeren har afholdt i 1998 for bolsjet »Werther's Original« i flere medlemsstater i Den Europæiske Union, heller ikke overbevisende. Det er nemlig på grundlag af den af sagsøgeren fremlagte tabel til støtte for påstanden om selskabets omkostninger til reklame for det pågældende bolsje i årene 1994-1998 på ingen måde muligt at fastslå, om de nævnte omkostninger er blevet afholdt, nemlig for »Werther's Original«, for bolsjets form eller for andre tegn.

54 Endelig henviser de meningsmålinger, der er gennemført i syv medlemsstater i Den Europæiske Union og i Norge, til tegnene »WERTHER'S«, »Werther's Original« eller »W.O« og indeholder ingen henvisning til den omtvistede form. Det er således på ingen måde bevist, at det er lykkedes sagsøgeren at give kundekredsen kendskab til det pågældende bolsjes form. For at artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 finder anvendelse, er det desuden ikke tilstrækkeligt at bevise brugen af en bestemt vareform, men det er derudover nødvendigt at godtgøre, at omstændighederne omkring den pågældende brug viser, at den omhandlede form har karakter af et varemærke (Philips-dommen, præmis 65).

Rettens bemærkninger

55 Ifølge artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 er de absolutte registreringshindringer i samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra b), c) og d), ikke til hinder for registrering af et varemærke, hvis dette varemærke som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret. Hvad angår de tilfælde, der er omfattet af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, er det forhold, at tegnet, der udgør den omhandlede varemærke, af den relevante kundekreds faktisk opfattes som en oprindelsesangivelse af varen eller tjenesteydelsen, nemlig et resultat af varemærkeansøgerens økonomiske indsats. Denne omstændighed gør det berettiget at se bort fra de almene interesser, der ligger til grund for samme artikels stk. 1, litra b)-d), hvorefter det kræves, at de af disse bestemmelser omhandlede varemærker frit skal kunne anvendes af alle, således at det undgås, at der skabes en uberettiget konkurrencefordel for én erhvervsdrivende (dommen i sagen om en ølflaskes form, præmis 41).

56 For det første fremgår det af retspraksis, at det, for at varemærket har fået fornødent særpræg ved brug, kræves, at i det mindste en betydelig andel af den relevante kundekreds identificerer varen som hidrørende fra en bestemt virksomhed. De omstændigheder, der skal være til stede for, at betingelsen om, at varemærket har fået fornødent særpræg ved brug, kan anses for opfyldt, kan dog ikke udelukkende godtgøres på grundlag af almindelige og abstrakte oplysninger, såsom bestemte procentsatser (jf. analogt dom af 4.5.1999, forenede sager C-108/97 og C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Sml. I, s. 2779, præmis 52, Philips-dommen, præmis 61 og 62, og dommen i sagen om en ølflaskes form, præmis 42).

57 For det andet bemærkes, at for at opnå registrering af et varemærke i medfør af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 skal det særpræg, der er opnået som følge af brugen af dette mærke, kunne påvises i den del af Den Europæiske Union, hvor mærket manglede fornødent særpræg efter samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra

b), c) og d) (Rettens dom af 30.3.2000, sag T-91/99, Ford Motor mod KHIM (OPTIONS), Sml. II, s. 1925, præmis 27, og dommen i sagen om en ølflaskes form, præmis 43 og 47).

58 Der skal for det tredje i en sag som den foreliggende ved vurderingen af, om varemærket har fået fornødent særpræg ved brug, tages hensyn til faktorer som bl.a. varemærkets markedsandel, intensiteten, den geografiske udstrækning og varigheden af brugen af dette varemærke, størrelsen af de investeringer, som virksomheden har foretaget for at fremme varemærket, den andel af de relevante kundekredse, der identificerer produktet som hidrørende fra en bestemt virksomhed på grund af varemærket, samt erklæringer fra industri- og handelskamre eller andre faglige sammenslutninger. Såfremt den kompetente myndighed på grundlag af sådanne elementer er af den opfattelse, at de relevante kundekredse eller i det mindste en betydelig andel af disse som følge af varemærket identificerer varen som hidrørende fra en bestemt virksomhed, skal den fastslå, at den i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 fastsatte betingelse for registrering af varemærket er opfyldt (Windsurfing Chiemsee-dommen, præmis 51 og 52, Philips-dommen, præmis 60 og 61, og dommen i sagen om en ølflaskes form, præmis 44).

59 For det fjerde skal et varemærkes fornødne særpræg, herunder det særpræg, der er opnået ved brug heraf, i henhold til retspraksis ligeledes bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, som varemærkeansøgningen vedrører, og der skal tages hensyn til den formodede opfattelse af den pågældende vare- eller tjenesteydelseskategori hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger (jf. i denne retning Philips-dommen, præmis 59 og 63).

60 Det er på baggrund af disse bemærkninger, at det skal undersøges, om appelkammeret i den foreliggende sag har foretaget en forkert retsanvendelse ved at forkaste sagsøgerens argumentation, hvorefter det ansøgte varemærke burde have været registreret i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

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, bolsjerne fremtræder på 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, som 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 varem□rke, 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 (jf. i denne retning dommen i sagen om en ølflaskes form, præmis 51).

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«.

67 Det følger af det ovenfor anførte, at appelkammeret ikke har begået en retlig fejl ved at fastslå, at sagsøgeren ikke havde bevist, at det ansøgte varemærke havde fået fornødent særpræg som følge af den brug, der var gjort heraf, hverken for karamelbolsjer eller for sukkervarer i almindelighed.

68 Som følge heraf skal det andet anbringende ligeledes forkastes, og Harmoniseringskontoret frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

69 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Afdeling)

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

2) **Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.**

Legal Tiili Vilaras

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 10. november 2004.

H. Jung

Justitssekretær

H. Legal

Afdelingsformand