RETTENS DOM (Tredje Afdeling)

16. december 2010 *

I sag T-286/08,

Fidelio KG, Linz (Østrig), ved advokat M. Gail,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 21. maj 2008 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 632/2007-4) vedrørende registrering af ordmærket Hallux som EF-varemærke,

har

* Processprog: tysk.

RETTEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Azizi, og dommerne E. Cremona og S. Frimodt Nielsen (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig J. Plingers,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 21. juli 2008,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 16. oktober 2008,

under henvisning til replikken, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 7. januar 2009,

og efter retsmødet den 15. september 2010,

afsagt følgende

Dom

1 Sagsøgeren, Fidelio KG, er en østrigsk virksomhed, der har engrossalg af sko som sit vedtægtsmæssige formål. Den har specialiseret sig inden for sektoren for komfortable sko.

2 Den 19. juli 2006 indgav sagsøgeren, hvis navn dengang var Kasperek KG, en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)).

3 Det varemærke, der er søgt registreret, er ordmærket Hallux.

4 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 10, 18 og 25 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og er for hver af disse klasser beskrevet på følgende måde:

— Klasse 10: »Ortopædiske artikler«

— Klasse 18: »Læder og læderimitationer, varer fremstillet af disse materialer (indeholdt i klasse 18); kufferter og rejsetasker; paraplyer, parasoller og spadserestokke«

— Klasse 25: »Beklædningsgenstande, fodtøj og hovedbeklædning«.

5 Ved afgørelse af 28. februar 2007 (herefter »undersøgerens afgørelse«) afslog undersøgeren på grundlag af artikel 38 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 37 i forordning nr. 207/2009) registreringsansøgningen for følgende varer:

— Klasse 10: »Ortopædiske artikler«

— Klasse 18: »Læder og læderimitationer, varer fremstillet af disse materialer (indeholdt i klasse 18)«

— Klasse 25: »Beklædningsgenstande, fodtøj«.

6 Den 24. april 2007 påklagede sagsøgeren i henhold til artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009) undersøgerens afgørelse.

7 Ved afgørelse af 21. maj 2008 (sag R 632/2007-4) (herefter »den anfægtede afgørelse«) imødekom Fjerde Appelkammer denne klage for så vidt angår dels alle de omtvistede varer i klasse 18, dels beklædningsgenstande i klasse 25. Derimod afslog det klagen i øvrigt for så vidt angår følgende varer:

— Klasse 10: »Ortopædiske artikler«

— Klasse 25: »Fodtøj«.

8 Appelkammeret fastslog i den anfægtede afgørelse, at ordet »hallux« er latin og betyder »storetå«. Dette ord anvendes i medicinsk fagsprog som betegnelse for forskellige, arvelige og ikke-arvelige, deformationer af foden. En af disse, hallux valgus, er kendetegnet ved en deformation af storetåens grundled, som bevirker, at storetåen drejer indad mod resten af foden. Ordet »hallux« anvendes af den tysktalende lægmand som betegnelse for denne lidelse, som er langt den mest udbredte (den anfægtede afgørelses punkt 10-12).

9 Den tysktalende gennemsnitsforbruger associerer umiddelbart ordet »hallux« med ortopædiske artikler og med fodtøj, da ordet minder ham om anvendelsen af disse varer, der opfattes som egnede for patienter, der lider af hallux valgus.

10 Hvad nærmere bestemt angår de ortopædisk artikler sælges de frit, men de anskaffes normalt på en læges anbefaling. Lægen, som kender det latinske fagsprog, kan i forbindelse med en konsultation forklare betydningen af ordet »hallux« til de patienter, til hvilke det anbefales at bruge fodtøj tilpasset hallux valgus. Appelkammeret tog i øvrigt også i betragtning, uden dog at drage nogen konsekvens deraf, at dette ord ligeledes kan være beskrivende i de dele af Den Europæiske Union, der ikke er tysktalende (den anfægtede afgørelses punkt 13).

11 For så vidt angår fodtøj i almindelighed vurderede appelkammeret, at den relevante kundekreds opfatter ordet »hallux« som beskrivende for fodtøj egnet for patienter, som lider af hallux valgus i lettere grad og ikke har behov for at bruge ortopædisk fodtøj, men som kan have fordel af dette fodtøj, eftersom det er særligt komfortabelt, ikke klemmer og nemt tilpasses deres deformation, eller har en understøttende virkning dér, hvor deformationen begynder (den anfægtede afgørelses punkt 14).

12 Da ordet »hallux« er beskrivende for disse to varekategorier, mangler det også fornødent særpræg, idet den relevante kundekreds udelukkende opfatter det som beskrivende for en egenskab ved de omhandlede varer og ikke som et varemærke, der angiver deres handelsmæssige oprindelse (den anfægtede afgørelses punkt 17).

Parternes påstande

13 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

14 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Harmoniseringskontoret frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

15 Sagsøgeren erklærede under retsmødet, at denne med sin første påstand kun tilsigtede annullation af den anfægtede afgørelse i det omfang, den afslår sagsøgerens klage for så vidt angår de ortopædiske artikler i klasse 10 og fodtøjet i klasse 25, hvilket er blevet tilført protokollatet for retsmødet.

Retlige bemærkninger

16 Sagsøgeren har til støtte for nærværende søgsmål anført to anbringender om henholdsvis tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 207/2009] og tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009].

Parternes argumenter

17 Med det første anbringende har sagsøgeren hævdet, at den relevante kundekreds ikke er i stand til straks og uden yderligere overvejelse at skabe en konkret forbindelse mellem ordet »hallux« og egenskaberne ved de omtvistede varer.

18 For det første er ordet »hallux« latin og betyder »storetå«, hvilket bekræftes af et udskrift af en latin-tysk ordbog, som var vedlagt replikken. Det beskriver dermed ikke en egenskab ved de omtvistede varer.

19 Sagsøgeren har hævdet, at både fodtøjet og de ortopædiske artikler sælges frit og kan købes uden lægerecept, hvorfor den i forhold til alle varerne relevante kundekreds udgøres af den almindeligt oplyste, opmærksomme og velunderrettede gennemsnitsforbruger.

20 Sagsøgeren har henvist til retspraksis fra Bundespatentgericht (den tyske forbundspatentdomstol), hvorefter ord, der udspringer af et dødt sprog, i reglen antages til

registrering, da de i princippet i den relevante kundekreds' øjne til en vis grad syner originale, hvorfor de kan tjene som selve varemærkets oprindelsesangivelse, medmindre de er direkte beskrivende for de varer, der er omhandlet i registreringsansøgningen, eller de almindeligvis indgår i specifikke udtryk på et givent område.

21 Ifølge sagsøgeren indgår ordet »hallux« imidlertid ikke i det tyske sprog, det beskriver ikke direkte varer, der er omhandlet i virksomhedens registreringsansøgning, og det anvendes ikke som et specifikt fagudtryk. Ordets betydning er således ukendt for den tysktalende del af Unionens befolkning, selv for forbrugere med kendskab til latin, eftersom ordet ikke indgår i det almindeligvis tillærte litterære ordforråd. Ordet »hallux« giver derfor ikke nogen særlig mening for den relevante kundekreds, som tværtimod kan se det som en fiktiv betegnelse, der er egnet til at tjene som oprindelsesangivelse for de omtvistede varer og dermed til at udfylde den identificerende funktion, der er tillagt varemærker.

22 Selv hvis det antages, at betydningen af det latinske ord »hallux« er velkendt, må det konstateres, at ordet ikke er direkte beskrivende for de omtvistede varer.

23 Desuden har hovedparten af den relevante kundekreds ikke lidelsen betegnet »hallux valgus« (storetåens grundled drejer udad), og fodtøjet, der er i almindelig handel, har ikke specifikt kundekredsen med denne lidelse som sin målgruppe. End ikke den del af den relevante kundekreds, der kender ordet »hallux«, opfatter det ansøgte tegn som beskrivende for de omtvistede varer, idet der ikke er nogen direkte forbindelse mellem storetåen og anvendelsen af eller nogen egenskab ved fodtøjet og de ortopædiske artikler.

24 For det andet vurderede appelkammeret med urette, at ordet »hallux« udgør en velkendt forkortelse for termen »hallux valgus«. Der findes nemlig andre lidelser vedrørende storetåen, hvis latinske betegnelse indbefatter ordet »hallux« (f.eks. hallux rigidus eller hallux malleus), og det giver ingen mening at anse ordet ordet »hallux« anvendt separat for at udgøre en forkortelse for en bestemt af disse betegnelser. Udskrifterne fra de internetsider, som appelkammeret henviste til, er ikke velegnede til at godtgøre, hvordan ordet »hallux« i almindelighed anvendes. De godtgør ikke, at ordet »hallux« udgør en sædvanlig forkortelse for termen »hallux valgus«. Desuden er forekomsten af udtrykket »Hallux Schuhe« (Hallux sko) på en af de internetsider, der er nævnt i den anfægtede afgørelse, udslag for en virksomheds markedsføringsstrategi og er ikke tilstrækkeligt til at fastslå, at der indgår en sædvanlig forkortelse i dette udtryk.

25 I øvrigt findes der intet konkret fodtøj, som er lavet til at kunne helbrede hallux valgus. Derimod kan brugen af alt komfortabelt fodtøj — uden at det har en bestemt beskaffenhed — være medvirkende til at forebygge eller forhindre forværring af denne lidelse. Der findes altså ingen sko, hvis beskaffenhed i sig selv kan befri en person for lidelsen hallux valgus. Under disse omstændigheder vil den eventuelle forbindelse, som den relevante kundekreds måtte skabe mellem ordet »hallux« og fodtøjet, være svag og ikke tilstrækkeligt bestemt til at kunne tillægge dette ord en beskrivende karakter.

26 For det tredje har sagsøgeren hævdet, at forbindelsen mellem ordet »hallux« og fodtøj til den brede offentlighed beror på en markedsføringsstrategi, hvormed højst tilsigtes en påvirkning. Ifølge retspraksis er et ordmærke, som kun antyder anvendelsen af en vare, ikke nødvendigvis beskrivende og uden fornødent særpræg.

27 Det ville kræve en betydelig og uforudsigelig tankevirksomhed af gennemsnitsforbrugeren, herunder personer med lidelsen hallux valgus, at nå til den konklusion,

at der er en forbindelse mellem det ansøgte varemærke og lidelsen betegnet »hallux valgus«. Eftersom der findes flere forskellige lidelser vedrørende storetåen, som ordet »hallux« betegner, kan den relevante kundekreds, herunder den del af kundekredsen, som lider af hallux valgus og kender betegnelsen for denne lidelse, kun — uden nogen konkret, umiddelbar og øjeblikkelig information om en beskaffenhed eller en bestemt egenskab ved de omtvistede varer — opfatte det tegn, der søges registreret, som beskrivende ved at analysere det og herunder foretage en fortolkning. Der vil fortsat være et vidt spillerum for fortolkning i forhold til at nå frem til en form for forbindelse mellem storetåen på den ene side og fodtøjet og de ortopædiske artikler på den anden side.

28 For det fjerde findes der ikke nogen fagterminologi, hvori ordet »hallux« indgår som betegnelse for fodtøjet eller de ortopædiske artikler.

29 For det femte har sagsøgeren gjort gældende, at det ikke er lykkedes Harmoniseringskontoret at godtgøre, at den forudsigelige demografiske udvikling vil gøre kendskabet til termerne »hallux« og »hallux valgus« mere udbredt i den brede offentlighed. Sagsøgeren er af den opfattelse, at antallet af forbrugere, som ønsker at bære komfortabelt fodtøj, uden at de lider af hallux valgus, kan tænkes at ville stige, fordi befolkningen bliver ældre. Der er dog intet grundlag for at regne med, at den kundekreds, som er interesseret i sagsøgerens varer, vil have kendskab til hallux valgus eller på den ene eller anden måde vil støde på ordet »hallux«.

30 Harmoniseringskontoret har bestridt sagsøgerens argumenter.

Rettens bemærkninger

31 I henhold til artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 er 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, udelukket fra registrering. Desuden bestemmes det i artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 207/2009), at stk. 1 finder anvendelse, selv om registreringshindringerne kun er til stede i en del af Fællesskabet.

32 Tegn eller angivelser, der i omsætningen kan tjene til at betegne egenskaberne ved den vare eller tjenesteydelse, for hvilken der ansøges om registrering, anses således ifølge forordning nr. 40/94 efter selve deres art for uegnede til at opfylde varemærkets funktion som angivelse af oprindelsen, med forbehold af den mulige erhvervelse af fornødent særpræg som følge af brug i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009) (Domstolens dom af 23.10.2003, sag C-191/01 P, KHIM mod Wrigley, Sml. I, s. 12447, præmis 30).

33 Ifølge fast retspraksis forfølger artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 et formål af almen interesse, hvorefter de tegn og angivelser, der beskriver egenskaber ved de varer eller tjenesteydelser, for hvilke der ansøges om registrering, frit skal kunne bruges af alle (dommen i sagen KHIM mod Wrigley, nævnt i præmis 32 ovenfor, præmis 31, og Rettens dom af 7.6.2005, sag T-316/03, Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft mod KHIM (MunichFinancialServices), Sml. II, s. 1951, præmis 25).

34 For at en registreringshindring i henhold til artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 kan berettiges, kræves ikke, at de tegn eller angivelser, som udgør det

pågældende varemærke, på tidspunktet for indgivelse af ansøgningen om registrering faktisk anvendes til at beskrive varer eller tjenesteydelser som dem, for hvilke ansøgningen er indgivet, eller varernes eller tjenesteydelsernes egenskaber. Det er tilstrækkeligt, hvilket fremgår af selve bestemmelsens ordlyd, at disse tegn og angivelser kan anvendes til sådanne formål. Et ordmærke kan således i henhold til denne bestemmelse udelukkes fra registrering, såfremt det i det mindste i en af dets mulige betydninger betegner en egenskab ved de pågældende varer eller tjenesteydelser (dommen i sagen KHIM mod Wrigley, nævnt i præmis 32 ovenfor, præmis 32).

35 Hvorvidt et tegn er beskrivende, skal vurderes dels i forhold til, hvordan den berørte kundekreds opfatter tegnet, dels i forhold til de pågældende varer eller tjenesteydelser (jf. Rettens dom af 9.6.2010, sag T-315/09, Hoelzer mod KHIM (SAFELOAD), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis).

36 Harmoniseringskontoret skal således i henhold til artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 undersøge, om et varemærke, der er anmeldt til registrering, aktuelt fra de relevante kundekredses synspunkt udgør en beskrivelse af egenskaber ved de pågældende varer eller tjenesteydelser, eller om det med rimelighed kan forudses, at dette vil blive tilfældet i fremtiden. Såfremt appelkammeret efter denne undersøgelse når frem til, at dette er tilfældet, skal det på grundlag af denne bestemmelse afvise registreringen af varemærket (jf. analogt Domstolens dom af 12.2.2004, sag C-363/99, Koninklijke KPN Nederland, Sml. I, s. 1619, præmis 56).

37 Hertil kommer, at når der ansøges om registrering af et tegn som EF-varemærke for samtlige varer inden for en kategori uden at skelne mellem dem, og når dette tegn ikke er beskrivende for alle de varer, der er omfattet af denne kategori, finder registreringshindringen i artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 ikke desto mindre anvendelse på dette tegn for hele den pågældende kategori (jf. i denne retning Rettens dom af 27.2.2002, sag T-106/00, Streamserve mod KHIM (STREAMSERVE),

Sml. II, s. 723, præmis 46, og af 20.11.2007, sag T-458/05, Tegometall International mod KHIM — Wuppermann (TEK), Sml. II, s. 4721, præmis 94 og den deri nævnte retspraksis).

38 Det er i lyset af de foregående betragtninger, at det skal vurderes, om sagsøgerens første anbringende er velbegrundet, for så vidt som det vedrører både de ortopædiske artikler i klasse 10 og fodtøjet i klasse 25.

Vedrørende de ortopædiske artikler

39 Sagsøgeren har anfægtet appelkammerets vurdering af, at den i forhold til de ortopædiske artikler relevante kundekreds udgøres af personer, som er velinformerede, nemlig personer, som har en misdannelse eller funktionsforstyrrelse af støtteapparatet, læger og fagfolk, der har specialiseret sig inden for ortopædiske artikler (den anfægtede afgørelses punkt 13).

40 Eftersom ortopædiske artikler sælges frit og kan købes uden lægerecept, må den i forhold til de ortopædiske artikler relevante kundekreds efter sagsøgerens opfattelse anses for at bestå af den brede offentlighed.

41 Selv hvis det antages, at markedsføringsvilkårene kan have en indvirkning på sammensætningen af målgruppen, kan det derimod ikke hævdes, at alle de markedsførte varer, som sælges frit og kan købes uden lægerecept, alene af den grund har den brede

offentlighed som målgruppe. Der skal snarere lægges vægt på primært arten af de omfattede varer og den befolkningsgruppe, de er beregnet for.

42 I denne henseende skal appelkammerets vurdering, hvorefter den i forhold til de ortopædiske artikler relevante kundekreds udgøres af fagfolk i denne branche og patienter, som på grund af en misdannelse eller funktionsforstyrrelse har behov for korrektion ved at anvende sådanne artikler, tiltrædes. Heraf følger, at den relevante kundekreds skal anses for at have høj grad af sagkundskab.

43 Det skal derfor undersøges, om ordet »hallux« i henhold til den relevante kundekreds' opfattelse kan opfattes som beskrivende for en egenskab ved de ortopædiske artikler såsom deres anvendelse.

44 Det er ubestridt, at visse ortopædiske artikler, herunder den kategori, der er omfattet af registreringsansøgningen, specifikt er tilpasset til misdannelse af storetåen. Desuden følger det af den retspraksis, der er nævnt i præmis 37 ovenfor, at det er tilstrækkeligt til at afslå registrering i henhold til artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94, at den deri fastsatte registreringshindring finder anvendelse på en del af varerne i den kategori, som tegnet Hallux er søgt registreret for.

45 Appelkammeret foretog i den anfægtede afgørelse tre konstateringer, som det understøttede med henvisninger til internetsider. For det første har ordet »hallux« betydningen »storetå« på latin. For det andet betegner ordet sammen med andre latinske ord flere lidelser, der består i misdannelse af foden. For det tredje indgår ordet »hallux« kun i betegnelsen af den mest udbredte af disse misdannelser, nemlig den, der kaldes »hallux valgus«, som består i, at storetåens grundled drejer udad.

46 Sagsøgeren har medgivet, at ordet »hallux« betyder »storetå« på latin, og at ordet kan sættes sammen med andre latinske ord med henblik på at betegne forskellige lidelser i form af misdannelser af foden. Derimod bestrider sagsøgeren, at ordet »hallux« skal opfattes som en forkortelse for udtrykket »hallux valgus«, og at ordet »hallux« i denne betydning skulle være kendt i de tysktalende dele af Unionen.

47 Sagsøgeren har med rette hævdet, at fremlæggelsen af udskrifter fra internetsider ikke er nok til at fastslå, at den relevante kundekreds er i stand til at opfatte ordet »hallux« som en almindeligt anvendt forkortelse i stedet for udtrykket »hallux valgus«, og at ordet ligefrem kun betegner denne lidelse. Brugen af et udtryk på internetsider er nemlig ikke nok til at fastslå, hvor hyppigt udtrykket anvendes, herunder af fagfolk.

48 Sagsøgeren har imidlertid selv erkendt, at ordet »hallux« betyder »storetå« på latin, og at det i fagsprog indgår i betegnelsen af flere lidelse og misdannelser af foden. Dog har sagsøgeren ikke fremlagt noget moment, der kan rejse tvivl om velbegrundetheden af appelkammerets argument, hvorefter fagtermen for fodlidelser er velkendt i den relevante kundekreds, hvilket ikke kun vil sige fagfolk — læger, der udskriver recepter, og sælgere af ortopædiske artikler — men også den del af de endelige forbrugere, som har lidelser vedrørende storetåen og har brug for ortopædiske artikler tilpasset disse lidelser. Personer, der påtænker at købe ortopædiske artikler tilpasset deres lidelse, er nemlig almindeligvis tilbøjelige til selv at have søgt information om eller at have fået information om fagtermen for deres lidelse eller i det mindste at være blevet informeret i forbindelse med deres køb af ortopædiske artikler tilpasset deres lidelse. Det er derfor sandsynligt, at personer, som har lidelser vedrørende storetåen, ved, at de har en lidelse, hvis betegnelse indbefatter ordet »hallux«, og det kan

med rimelighed antages, at den del af målgruppen for ortopædiske artikler tilpasset misdannelse af storetåen, som endnu ikke er bekendt med ordet »hallux«, informeres om dette ords betydning i forbindelse med købet af disse artikler (jf. i denne retning Rettens dom af 9.7.2010, sag T-85/08, Exalation mod KHIM (Vektor-Lycopin), Sml. II, s. 3837, præmis 42 og 43 og den deri nævnte retspraksis).

49 Følgelig minder ordet »hallux« målgruppen for ortopædiske artikler, der er beregnet for lidelser vedrørende storetåen, om selve lidelsen. I modsætning til det af sagsøgeren hævdede kan den i forhold til disse artikler relevante kundekreds således direkte — uden nødvendigvis at foretage nogen nærmere overvejelse — forbinde ordet »hallux« med varernes anvendelse.

50 Den omstændighed, som parterne påberåbte sig under retsmødet, hvorefter ikke alle ortopædiske artikler er beregnet for lidelser vedrørende storetåen, rejser i øvrigt ikke tvivl om denne vurdering. Det bemærkes nemlig, at selv om registreringsansøgningen omfatter ortopædiske artikler, der er beregnet for andre lidelser, og målgruppen for sidstnævnte artikler følgelig kan tænkes ikke at kende betydningen af ordet »hallux«, der betegner en lidelse, som de ikke har, udgør denne del af kundekredsen ikke den relevante kundekreds i forhold til de ortopædiske artikler beregnet for lidelser vedrørende storetåen. Af de grunde, der er anført i præmis 48 og 49 ovenfor, har appelkammeret ikke begået nogen fejl ved at anse ordet »hallux« for fra den i forhold til disse varer relevante kundekreds' synspunkt at være beskrivende for en egenskab ved varerne. Eftersom registreringsansøgningen omfatter den kategori af varer, som tegnet Hallux er beskrivende for, er denne begrundelse tilstrækkelig til at berettige afslag på registrering for hele den kategori, som disse varer indgår i (jf. i denne retning STREAMSERVE-dommen, nævnt i præmis 37 ovenfor, præmis 46, og TEK-dommen, nævnt i præmis 37 ovenfor, præmis 94 og den deri nævnte retspraksis).

51 Desuden bemærkes, at sagsøgeren ikke — til støtte for sit anbringende med henblik på at godtgøre, at Harmoniseringskontoret har anvendt artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 urigtigt — med rette kan påberåbe sig Bundespatentgerichts retspraksis vedrørende registrering af tegn, som udgøres af et ord tilhørende et dødt sprog. På varemærkeområdet udøver Harmoniseringskontoret nemlig en bunden kompetence til udelukkende at anvende bestemmelserne i de relevante forskrifter for varemærker, sådan som de er fortolket af Fællesskabets retsinstanser (jf. i denne retning Rettens dom af 31.1.2001, sag T-24/00, Sunrider mod KHIM (VITALITE), Sml. II, s. 449, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis, og af 3.12.2003, sag T-16/02, Audi mod KHIM (TDI), Sml. II, s. 5167, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).

52 Det følger af det foregående, at appelkammeret har anvendt artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 korrekt, da det vurderede, at den deri fastsatte absolutte registreringshindring var til hinder for registrering af tegnet Hallux for varer i klasse 10.

Vedrørende fodtøj

53 Sagsøgeren og Harmoniseringskontoret er enige med appelkammeret, som i den anfægtede afgørelse anførte, at eftersom fodtøj er et almindeligt forbrugsgode, er den relevante kundekreds den brede offentlighed. Denne betragtning må tiltrædes. Heraf følger, at ordet »hallux« skal vurderes, som det opfattes af den almindeligt oplyste, opmærksomme og velunderrettede gennemsnitsforbruger (Rettens dom af 27.2.2002, sag T-219/00, Ellos mod KHIM (ELLOS), Sml. II, s. 753, præmis 30; jf. også analogt Domstolens dom af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 26).

54 For det første bemærkes, at ordet »hallux«, selv om det figurerer i ordbøger, hører til et dødt sprog, som det ikke er almindeligt at studere. Som anført af sagsøgeren, indgår ordet desuden ikke i det litterære ordforråd, der er det mest almindeligt forekommende, når latin studeres. Det kan i øvrigt ikke antages, at fagtermen for forskellige misdannelser af storetåen et kendt i den brede offentlighed. I denne forbindelse nøjedes appelkammeret med at henvise til uddrag af internetsider. Sådanne beviselementer er imidlertid ikke tilstrækkelige til at bevise, hvor meget en fagterm anvendes, og dermed den brede offentligheds kendskab til denne term (jf. præmis 47 ovenfor). Retten har nemlig allerede fastslået, at godtgørelse af anvendelsen af en fagterm med henvisning til fagordbøger ikke er tilstrækkelig til at påvise kendskabet til denne term i den relevante kundekreds, når denne udgøres af gennemsnitsforbrugere (jf. i denne retning Rettens dom af 12.3.2008, sag T-341/06, Compagnie générale de diététique mod KHIM (GARUM), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 39).

55 For det andet bemærkes imidlertid, at komfortable sko skiller sig ud fra kategorien af sko i almindelighed som en underkategori. I denne forbindelse konstaterer Retten i øvrigt, at sagsøgeren i sine skriftlige indlæg og under retsmødet gjorde gældende, at virksomheden forhandlede komfortable sko. Denne særlige underkategori af sko er, således som sagsøgeren har anført i virksomhedens skriftlige indlæg (jf. præmis 25 ovenfor), ganske vist ikke specifikt beregnet for patienter, som lider af hallux valgus, men skoene er ikke desto mindre velegnede til dem og begrænser udviklingen af deres lidelse.

56 Det skal dog bemærkes, at målgruppen for denne særlige underkategori af sko til dels er sammenfaldende med målgruppen for ortopædiske artikler tilpasset lidelser vedrørende storetåen, som ifølge det fastslåede kender betydningen af ordet »hallux« eller med rimelighed kan antages at være informerede herom (jf. præmis 48 ovenfor).

Som anført af Harmoniseringskontoret, omfatter den i forhold til komfortable sko relevante kundekreds desuden også personer, som uden at have behov for at bruge ortopædiske artikler dog i større eller mindre omfang har en fodlidelse eller er bevidstgjorte herom og i relation hertil kan være særligt opmærksomme. Selv om komfortable sko kan købes uden lægerecept, kan sælgerne af sådanne sko imidlertid give forklaringer og råd til personer med lidelser vedrørende storetåen og kan navnlig informere dem om, hvilke lidelser komfortable sko er tilpasset. Under disse omstændigheder må køberne af komfortable sko, som markedsføres under mærket Hallux, anses for at opfatte dette tegn som en angivelse af, at de omhandlede varer er særligt velegnede til personer med lidelser vedrørende storetåen.

57 Appelkammeret vurderede derfor med føje — i det mindste for underkategorien af komfortable sko — at tegnet »hallux« var beskrivende for anvendelsen af de af registreringsansøgningen omfattede varer. Følgelig vurderede appelkammeret med rette, at det omhandlede tegn ikke kunne registreres for hele kategorien (jf. i denne retning STREAMSERVE-dommen, nævnt i præmis 37 ovenfor, præmis 46, og TEK-dommen, nævnt i præmis 37 ovenfor, præmis 94 og den deri nævnte retspraksis).

58 Det følger af det ovenstående, at appelkammeret har anvendt artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 korrekt, da det vurderede, at den deri fastsatte absolutte registreringshindring var til hinder for registrering af tegnet Hallux for varer i klasse 25.

59 Følgelig bør det første anbringende til støtte for søgsmålet forkastes for alle de omtvistede varer.

60 Det skal bemærkes, at det af artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 40/94 fremgår, at det er tilstrækkeligt, at en af de i denne bestemmelse opregnede absolutte registreringshindringer finder anvendelse, for at et tegn ikke kan registreres som EF-varemærke (Rettens dom af 26.10.2000, sag T-360/99, Community Concepts mod KHIM (Investorworld), Sml. II, s. 3545, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).

61 Heraf følger, dels at appelkammeret med rette vurderede, at tegnet Hallux ikke kunne registreres som EF-varemærke for nogen af de omtvistede varer, dels at sagsøgerens påstand om delvis annullation af den anfægtede afgørelse må forkastes, uden at det er nødvendigt at træffe afgørelse vedrørende det andet anbringende til støtte for søgsmålet.

Sagens omkostninger

62 Ifølge artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, bør det pålægges denne at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Tredje Afdeling):

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

2) Fidelio KG betaler sagens omkostninger.

Azizi Cremona Frimodt Nielsen

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 16. december 2010.

Underskrifter