RETTENS DOM (Anden Afdeling)

5. maj 2009 *

I sag T-449/07,

Thomas Rotter, München (Tyskland), ved avocat M. Müller,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af afgørelsen truffet den 27. september 2007 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 1415/2006-4) vedrørende registreringen af et tredimensionelt tegn, der forestiller en sammenstilling af pølser som EF-varemærke,

har

* Processprog: tysk.

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, I. Pelikánová, og dommerne K. Jürimäe (refererende dommer) og S. Soldevila Fragoso,

justitssekretær: fuldmægtig T. Weiler,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 3. december 2007,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 8. april 2008,

og efter retsmødet den 14. januar 2009,

afsagt følgende

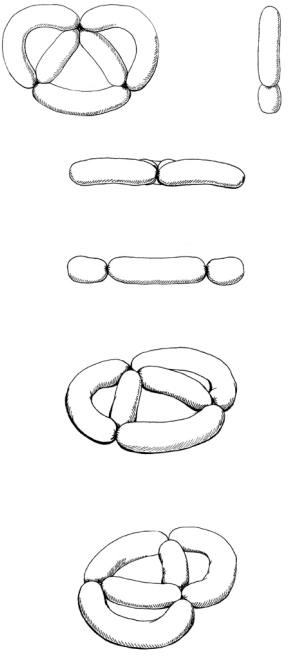
Dom

Sagens baggrund

1 Den 17. marts 2005 indgav sagsøgeren, Thomas Rotter, i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som

ændret, en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«).

2 Varemærket, der blev søgt registreret, består af den tredimensionelle form gengivet nedenfor:



3 De varer og tjenesteydelser, som varemærkeansøgningen oprindeligt vedrørte, henhører under klasse 29, 30 og 43 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer i hver enkelt af disse klasser til følgende beskrivelse:

— Klasse 29: »Kød, fjerkræ og vildt, kødekstrakter, konserverede, tørrede og kogte grøntsager; kompotter, mejeriprodukter, charcuterivarer, kartoffelprodukter«

— Klasse 30: »Sukker, ris, næringsmidler af korn«

— Klasse 43: »Mad og drikke; midlertidig indkvartering«.

4 Ved afgørelse af 28. august 2006 godkendte undersøgeren på den ene side ansøgningen om registrering af det ansøgte varemærke for tjenesteydelser henhørende under klasse 43 og gav på den anden side afslag på registreringsansøgningen i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b) og c), i forordning nr. 40/94 for varer henhørende under klasse 29 og 30 med den begrundelse, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg.

5 Den 30. oktober 2006 indgav sagsøgeren i medfør af artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 en klage over undersøgerens afgørelse til Harmoniseringskontoret.

6 Ved afgørelse af 27. september 2007 (herefter »den anfægtede afgørelse«) gav Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret afslag på klagen. Appelkammeret fandt, at navnlig for så vidt angår charcuterivarer svarer formen, som registreringen af varemærket er ansøgt for, til et arrangement af fem forskellige pølser, som er bundet sammen indbyrdes i begge ender. Appelkammeret præciserede imidlertid, at det forhold, at pølser er bundet til hinanden i begge ender, således at de udgør en sammenhængende kæde, var en sædvanlig praksis pålagt af produktionen. Appelkammeret konstaterede desuden, at gennemsnitsforbrugeren ikke ville opfatte en sådan præsentation af varen som en angivelse af dens handelsmæssige oprindelse, men alene som en metode blandt mange andre til at sætte flere pølser sammen for at opbevare og sælge dem samlet. Appelkammeret konkluderede heraf, at dette ikke kunne give den ansøgte form fornødent særpræg.

7 Ved skrivelse af 3. december 2007 til Harmoniseringskontoret, dvs. samme dag, som denne sag blev anlagt, anmodede sagsøgeren i henhold til artikel 44 i forordning nr. 40/94 om, at listen over varer og tjenesteydelser i varemærkeansøgningen blev begrænset til »charcuterivarer« og tjenesteydelser i forbindelse med »mad og drikke; midlertidig indkvartering« henhørende under henholdsvis klasse 29 og 43 i Nicearrangementet. Ved skrivelse af 8. januar 2008 til sagsøgeren angav Harmoniseringskontoret, at listen over varer og tjenesteydelser, som varemærket var søgt registreret for, herefter alene omfattede »charcuterivarer« og »tjenesteydelser i forbindelse med mad og drikke; midlertidig indkvartering« henhørende under de nævnte klasser.

Parternes påstande

8 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder de omkostninger, der er afholdt under klagesagen.

9 Under retsmødet angav sagsøgeren som svar på et spørgsmål stillet af Retten, at formålet med nærværende sag var begrænset til en begæring om annullation af den anfægtede afgørelse, for så vidt som den giver afslag på registrering af det ansøgte varemærke for »charcuterivarer« henhørende under klasse 29 i Nicearrangementet, og at den anfægtede afgørelse derudover ikke anfægtes.

10 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

11 Til støtte for søgsmålet har sagsøgeren påberåbt sig et eneste anbringende om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

Parternes argumenter

12 Sagsøgeren har gjort gældende, at det ansøgte tegn har fornødent særpræg som omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, idet det kan tjene som angivelse af charcuterivarernes handelsmæssige oprindelse. I denne forbindelse har sagsøgeren gjort gældende, at den ansøgte form adskiller sig væsentligt fra den præsentationsform for de omhandlede varer, som forbrugeren sædvanligvis står over for.

13 For det første har sagsøgeren anført, at charcuterivarer i handelen sædvanligvis sælges adskilt og med en karakteristisk form, nemlig en aflang og afrundet form. Den ansøgte form adskiller sig imidlertid på to punkter fra sektorens sædvaner angående præsentationsformen for de omhandlede varer. Dels er pølser, der tilberedes i kogende vand, og grillpølser, der er sammensat af flere bestanddele, ikke i det foreliggende tilfælde indbyrdes adskilt, men sat sammen. Dels bevarer charcuterivarer, der er bundet sammen på denne måde, ikke sin sædvanlige aflange og afrundede form. Sagsøgeren har præciseret, at denne sammenstilling for så vidt angår charcuterivarer udgør en original og ny form, der ligner formen på en bretzel (en salt kringle fra Alsace), uden dog at have fuldstændig samme form, idet den til forskel fra en bretzel består — på en måde, der kan ses — af flere bestanddele.

14 For det andet har sagsøgeren gjort gældende, at den omhandlede sammenstilling ikke svarer til den sædvanlige form for en pølse. Især det at præsentere charcuterivarer som en samlet sammensat form, der leder tankerne hen på en velkendt form, nemlig formen på en bretzel, der henhører under et andet vareområde, er heller ikke en sædvanlig præsentation af de omhandlede varer for forbrugeren. Det er netop på grund af denne usædvanlige præsentation for handel med charcuterivarer, at forbrugeren først bemærker varen, for siden at huske charcuterivarens form. Ifølge sagsøgeren bliver præsentationsformen for denne charcuterivare den karakteristiske egenskab herfor, som giver forbrugeren mulighed for at adskille denne fra andre fabrikanters. For forbrugeren giver den ansøgte form præsentationen af charcuterivaren — i forhold til en pølses typiske form — den nødvendige fantasifulde bestanddel for fornødent særpræg.

15 For det tredje har sagsøgeren gjort gældende, at den ansøgte form er så meget desto mere forskellig fra præsentationen af de omhandlede varer, som forbrugeren sædvanligvis står over for, idet brugen af en fantasifuld præsentation af charcuterivarer med det formål at fremme salget heraf allerede i sig selv er et nyt handelsmæssigt fænomen.

16 Harmoniseringskontoret har bestridt samtlige de af sagsøgeren fremførte argumenter.

Rettens bemærkninger

17 Det skal indledningsvis bemærkes, at det ifølge artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er udelukket at registrere varemærker, som mangler fornødent særpræg.

18 Ifølge fast retspraksis er de tegn, der er omfattet af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, tegn, der anses for uegnede til at opfylde varemærkets væsentligste funktion, nemlig at identificere varens eller tjenesteydelsens handelsmæssige oprindelse, med henblik på at give den forbruger, der køber den vare eller tjenesteydelse, som varemærket betegner, mulighed for ved et senere køb at foretage det samme valg, hvis erfaringen var positiv, eller foretage et andet valg, hvis den var negativ (Rettens dom af 15.12.2005, sag T-262/04, Bic mod KHIM (form af en lighter med sten), Sml. II, s. 5959, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).

19 Fornødent særpræg af et varemærke skal bedømmes dels i forhold til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket er søgt registreret, dels i forhold til opfattelsen af varemærket hos den relevante kundekreds, der består af en gennemsnitsforbruger af disse varer eller tjenesteydelser (jf. i denne retning Domstolens dom af 29.4.2004,

forenede sager C-473/01 P og C-474/01 P, Procter & Gamble mod KHIM, Sml. I, s. 5173, præmis 33, og Rettens dom af 12.9.2007, sag T-358/04, Neumann mod KHIM (form af et mikrofonhoved), Sml. II, s. 3329, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis).

20 I denne forbindelse skal det bemærkes, at kriterierne for bedømmelsen af, om tredimensionale varemærker, der består af selve varens form, har fornødent særpræg, ikke er forskellige fra dem, der finder anvendelse på andre varemærkekategorier (jf. i denne retning Domstolens dom af 25.10.2007, sag C-238/06 P, Develey mod KHIM, Sml. I, s. 9375, præmis 80, og dommen i sagen vedrørende formen på et mikrofonhoved, nævnt i præmis 19 ovenfor, præmis 41).

21 Ved anvendelsen af disse kriterier er opfattelsen hos den relevante kundekreds imidlertid ikke nødvendigvis den samme, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, der består af selve varens form, som når der er tale om et ord- eller figurmærke, der består af et tegn, som er uafhængigt af fremtrædelsesformen for de varer, det betegner. Gennemsnitsforbrugerne er nemlig ikke vant til at udlede varers oprindelse af deres form eller emballage uden nogen grafisk eller tekstmæssig bestanddel, og det kan derfor vise sig vanskeligere at bevise, at varemærket har særpræg, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, end når der er tale om et ord- eller figurmærke (jf. i denne retning dommen i sagen Develey mod KHIM, nævnt i præmis 20 ovenfor, præmis 80, og dommen i sagen vedrørende formen på et mikrofonhoved, nævnt i præmis 19 ovenfor, præmis 42).

22 Desuden kan gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om (Domstolens dom af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 26). Når der er tale om dagligvarer, der sælges til en relativt lav pris, er gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau over for deres ydre fremtræden derfor ikke så højt.

23 Endelig bemærkes, at for at bedømme, om en form sammensat af flere bestanddele af den relevante kundekreds kan opfattes som en oprindelsesbetegnelse, skal det helhedsindtryk, som denne kombination giver, analyseres (jf. i denne retning Rettens dom af 19.9.2001, sag T-129/00, Procter & Gamble mod KHIM (rektangulær tablet med fordybning), Sml. II, s. 2793, præmis 54).

24 Det er i lyset af disse betragtninger, at det skal undersøges, om appelkammeret med rette kunne fastslå, at den form, der var ansøgt registreret som varemærke, manglede fornødent særpræg.

25 I det foreliggende tilfælde skal det bemærkes, at de omhandlede varer, dvs. charcuterivarer (Wurstwaren), ikke alene sælges i slagter-/delikatesse-forretninger, men også i supermarkeder på det hertil beregnede sted, samt i kølediske. Der er altså tale om almindelige forbrugsvarer rettet mod gennemsnitsforbrugere i Den Europæiske Union.

26 Angående den ansøgte form, dvs. en sammenstilling af flere pølser, skal det konstateres, at den er forskellig fra den klassiske og mest anvendte form for de omhandlede varer, nemlig formen på en pølse.

27 Desuden skal det bemærkes, at denne konstatering ikke bestrides af sagsøgeren. Sagsøgeren bekræfter således selv, at den ansøgte form består af flere pølser, der er sat sammen indbyrdes på en måde, som kan ses, og som, selv om den ligner formen på en bretzel, ikke fuldstændig har denne form. Det var derfor med rette, at appelkammeret fandt, at det tredimensionelle varemærke, der er søgt registreret, består af en sammenstilling af fem pølser, der er bundet sammen med hinanden i begge ender. Det er derfor appelkammerets bedømmelse af det fornødne særpræg for formen af en

sammenstilling af pølser, der skal undersøges i det foreliggende tilfælde, og dette henset til det helhedsindtryk, som denne sammenstilling giver.

28 Angående for det første sagsøgerens argument, hvorefter den ansøgte form har fornødent særpræg, idet pølserne heri ikke præsenteres hver for sig, men er sat sammen, er det tilstrækkeligt at understrege, som det med rette er gjort af appelkammeret, at den omstændighed, at pølserne sættes sammen med hinanden i begge ender for at opbevare og sælge dem sammen, er en almindelig praksis i handelen.

29 Angående for det andet sagsøgerens argument, hvorefter den ansøgte forms fornødne særpræg ligeledes følger af den omstændighed, at pølserne ved denne sammenstilling ikke bevarer deres traditionelle aflange og afrundede form, skal det bemærkes, at sagsøgeren har begrænset sig til at sammenligne den ansøgte form, der består af en sammenstilling af flere pølser, med den form, der ifølge sagsøgeren er den typiske, nemlig en enkelt pølses form. I det omfang den omhandlede sammenstilling — som anerkendt af sagsøgeren selv — kan ses, er en sådan sammenligning åbenbart uden relevans, således at dette argument savner grundlag i de faktiske omstændigheder.

30 Det fremgår således — i modsætning til det af sagsøgeren anførte — af undersøgelsen i præmis 28 og 29 ovenfor af de to påberåbte argumenter, at sagsøgeren ikke angiver, hvorledes den ansøgte form er væsentlig forskellig fra den sædvanlige præsentation af pølser i handelen.

31 Det følger af det ovenstående, at eftersom de omhandlede varer, dvs. charcuterivarer, er almindelige forbrugsvarer, vil gennemsnitsforbrugeren ikke opfatte den ansøgte form som en angivelse af de nævnte varers handelsmæssige oprindelse.

32 Denne konklusion anfægtes ikke af sagsøgerens argument, hvorefter det at præsentere pølser som en sammenstilling, hvilket igen leder tankerne hen på en velkendt form, nemlig en bretzel, henhørende under en anden sektor for fødevarer, heller ikke for forbrugeren er en sædvanlig præsentation af varen.

33 Som anerkendt af sagsøgeren selv, er den ansøgte form, selv om den ligner formen på en bretzel, ikke fuldstændig magen til. Selv om den ansøgte form, som det allerede er anført i præmis 30 ovenfor, udgør en original, endog usædvanlig, præsentation af charcuterivarer, gælder det ikke desto mindre, at gennemsnitsforbrugeren ikke associerer den med formen på en bretzel og kun opfatter en sammenstilling af fem pølser, der er sat sammen med hinanden.

34 Denne konklusion anfægtes heller ikke af sagsøgerens argument, hvorefter den ansøgte form er så meget desto mere forskellig fra den sædvanlige præsentation af de omhandlede varer, idet brugen af en fantasifuld præsentation af charcuterivarer med det formål at fremme salget heraf allerede i sig selv er et nyt fænomen.

35 Ifølge fast retspraksis er det forhold, at en ansøger om et varemærke indfører eller planlægger at indføre et bestemt markedsføringskoncept, som det derfor alene er op til den pågældende virksomhed at vælge, og som kan ændres efter registreringen, således en faktor, der ikke kan have betydning ved vurderingen af, om varemærket kan registreres (Rettens dom af 20.3.2002, sag T-355/00, DaimlerChrysler mod KHIM (TELE AID), Sml. II, s. 1939, præmis 42, og af 30.4.2003, 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 36).

36 Det følger af ovenstående betragtninger, at det var med rette, at appelkammeret fandt, at den ansøgte form manglede fornødent særpræg som omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

37 Det eneste anbringende påberåbt af sagsøgeren må derfor forkastes, og følgelig må Harmoniseringskontoret i det hele frifindes.

Sagens omkostninger

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

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling):

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

2) Thomas Rotter betaler sagens omkostninger.

Pelikánová Jürimäe Soldevila Fragoso

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 5. maj 2009.

E. Coulon I. Pelikánová

Justitssekretær Afdelingsformand