RETTENS DOM (Femte Afdeling)

23. november 2004 *

I sag T-360/03,

Frischpack GmbH & Co. KG, Mailling bei Schönau (Tyskland), ved Rechtsanwalt P. Bornemann,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af den afgørelse, der blev truffet af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) den 8. september 2003 (sag R 236/2003-2), vedrørende registrering af et tredimensionalt varemærke (beholder til ost),

* Processprog: tysk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Lindh, og dommerne R. García-Valdecasas og D. Šváby,

justitssekretær: fuldmægtig I. Natsinas,

under henvisning til stævningen, der blev indgivet til Rettens Justitskontor den 30. oktober 2003,

under henvisning til svarskriftet, der blev indgivet til Rettens Justitskontor den 21. januar 2004,

og efter retsmødet den 8. juli 2004,

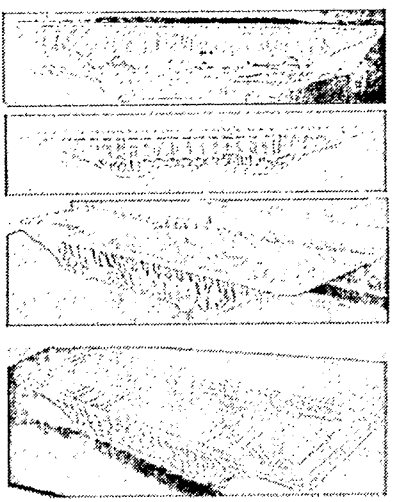
afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 26. marts 2002 indgav sagsøgeren en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i medfør af Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1).

2 Varemærket, der er søgt registreret, er et tredimensionalt tegn, som vist nedenfor:



3 Det ansøgte varemærke er beskrevet af sagsøgeren på følgende måde:

»Tegnet, der er søgt registreret, er den tredimensionale form af en emballage for levnedsmidler i skiver, navnlig en ostebeholder til osteskiver. Gengivelserne af tegnet er fotografier taget fra forskellige vinkler, skråt ovenfra, nedenfra og fra siden. Emballagen er udformet som et bådeskrog med flad underside, hvor endefladerne går skråt udad og sidefladerne har trapezform. Oversiden er lukket og består af gennemsigtigt plastfolie. Ende- og sidefladerne er riflede eller bølgede, dvs. forhøjningerne og fordybningerne løber oppefra og ned. Sidefladerne går også i en skrå vinkel fra undersiden til oversiden.«

4 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 29 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: »levnedsmidler i skiver, navnlig osteskiver«.

5 Ved afgørelse af 11. februar 2003 meddelte undersøgeren afslag på ansøgningen med den begrundelse, at det ansøgte varemærke var i strid med den absolutte registreringshindring i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

6 Den 21. marts 2003 indgav sagsøgeren i medfør af artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 en klage til Harmoniseringskontoret over undersøgerens afgørelse.

7 Ved afgørelse af 8. september 2003 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog appelkammeret klagen med den begrundelse, at det ansøgte varemærke ikke havde fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

8 Appelkammeret fandt nærmere bestemt, at gennemsnitsforbrugeren kun ser den ansøgte form for de i varemærkeansøgningen nævnte varer som en almindelig flad emballage. Beholderen, som varemærkeansøgningen vedrører, har ingen bestanddel, der »på levnedsmiddelmarkedet er usædvanlig speciel, særlig eller ualmindelig«, og som gør det muligt klart at adskille den fra andre former på dette marked. Der er kun tale om en »ubetydelig og ikke påfaldende variant af den typiske form«. Appelkammeret tilføjede, at selv om det ansøgte varemærke er genstand for en kompleks beskrivelse, kræver det en betydelig analytisk indsats for at genkende alle de kendetegn, der er anført i varemærkeansøgningen. Gennemsnitsforbrugeren vil ikke foretage en så kompleks og intensiv undersøgelse.

Parternes påstande

9 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse omgøres og annulleres delvist med hensyn til varerne »osteskiver i engrosemballage, der ikke er bestemt til den endelige forbruger«.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

10 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Sagen afvises.

— Subsidiært frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

11 Efter at Retten har opfordret sagsøgeren til at forklare betydningen af påstanden om delvis annullation af den anfægtede afgørelse, har sagsøgerfen under retsmødet erklæret, at påstanden skal forstås således, at selskabet for det første nedlægger

påstand om omgørelse af den anfægtede afgørelse og for det andet om fuldstændig annullation af afgørelsen. Harmoniseringskontoret har påstået påstanden afvist, da det finder, at sagsøgeren herved har ændret påstandene. Retten har ført dette til retsbogen.

Retlige bemærkninger

Parternes argumenter

Formaliteten

12 Ifølge Harmoniseringskontoret kan sagsøgerens påstand om annullation af den anfægtede afgørelse med hensyn til varerne »osteskiver i engrosemballage, der ikke er bestemt til den endelige forbruger« ikke antages til realitetsbehandling. Selv om Retten i henhold til artikel 63, stk. 3, i forordning nr. 40/94 har kompetence til at ophæve eller omgøre den indklagede afgørelse, er sagens genstand fastsat ved denne afgørelse og ved varemærkeansøgningen. Varemærkeansøgningen omfattede imidlertid »levnedsmidler i skiver, navnlig osteskiver.«

13 Denne begrænsning af den varesektor, som varemærkeansøgningen vedrører, er en ændring af sagsgenstanden. Harmoniseringskontoret henviser i den forbindelse til Rettens dom af 5. marts 2003, Unilever mod KHIM (ægformet tablet) (sag T-194/01, Sml. II, s. 383, præmis 16), hvoraf det ifølge sagsøgeren fremgår, at Retten efterprøver lovligheden af appelkammerets afgørelse under hensyn til de faktiske og retlige omstændigheder i sagen, som de har foreligget for appelkammeret, og at sagsøgeren ved at ændre sine påstande ikke kan ændre disse rammer.

14 Såfremt sagsøgeren endvidere havde ønsket at opnå en afgørelse vedrørende de anførte varer, burde selskabet udtrykkelig have meddelt Harmoniseringskontoret, at det begrænsede fortegnelsen til de pågældende varer, og meddelt dette senest under sagen for appelkammeret i medfør af artikel 44, stk. 1, i forordning nr. 40/94.

Realiteten

15 Sagsøgeren har udelukkende begrundet sit søgsmål med et anbringende om, at appelkammeret har tilsidesat artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, idet det ikke har anerkendt, at det ansøgte varemærke har fornødent særpræg.

16 Den omtvistede emballage har fornødent særpræg på grund af sin form og som følge af, at skiverne i emballagen er lagt i vifteform, hvilket ikke er almindeligt, og derved adskiller emballagen sig betydeligt fra andre engrosemballager for ost i skiver. I den forbindelse har sagsøgeren præciseret, at det forhold, at det er sværere at føre bevis for, at en emballage har fornødent særpræg, end hvad angår ord- eller figurmærker, ikke kan være en ansøger til skade. Det er intet, der berettiger til, at registrering udelukkes, når der er tvivl om, hvorvidt en emballage har fornødent særpræg.

17 Den omtvistede emballage i denne sag er udelukkende bestemt til en specialiseret kundekreds, der er vant til at antage, at emballager angiver den handelsmæssige oprindelse af de varer, de indeholder. Denne emballage er hverken vilkårlig eller almindelig og adskiller sig tydeligt fra det normale udbud af engrosemballager bestemt til specialiserede virksomheder.

18 Den omtvistede emballage er ved første øjekast kendetegnet ved sin form, der hos den berørte kundekreds fremkalder en association til et skibsskrog (flad under- og overside, to sideflader). Dette indtryk bliver desuden forstærket af sidefladernes rillede eller bølgede udformning, der minder om skibsspanter. Helhedsindtrykket af emballagens form kan sammenlignes med formen på et skibsskrog.

19 Det særlige ved den omtvistede form fremgår ikke af den detaljerede beskrivelse, hvori formene ifølge appelkammeret kun viser sig for »den, der har en forkærlighed for detaljer, og som er begavet med en livlig fantasi«. En analytisk og detaljeret undersøgelse er således ikke nødvendig for at opfatte den omtvistede forms fornødne særpræg.

20 Sagsøgeren har anført, at spørgsmålet, om et varemærke har fornødent særpræg, afhænger af de varer, som varemærkeansøgningen vedrører, og derfor af den berørte kundekreds. Appelkammeret har i den forbindelse med urette antaget, at den omtvistede emballage direkte er bestemt til den helt brede forbrugerkundekreds. Sagsøgeren har præciseret, at selskabet driver en virksomhed, der indpakker osteprodukter. Hvad angår emballage, der sælges til den endelige forbruger, anvender det almindelige emballager, såsom dem, der normalt bruges til kødpålæg eller osteskiver. Den omtvistede emballage indeholder imidlertid mindst 500 gram af varen og er kun bestemt til fagfolk og ikke til de endelige forbrugere. Den sælges således ikke i detailhandelen, men distribueres til fagfolk enten direkte af fabrikanten eller grossisten eller af forretninger, der kun sælger en gros.

21 Gennemsnitsforbrugerne er således ikke den relevante kundekreds. Den relevante kundekreds er gastronomiske fagfolk, der i kraft af deres kvalifikationer er mere oplyste, mere opmærksomme og mere velunderrettede. Disse fagfolk er vant til at opfatte de små forskelle, der adskiller en emballage fra en anden. Følgelig er en svag grad af fornødent særpræg tilstrækkeligt til, at det ansøgte varemærke kan registreres.

22 Den omtvistede emballage anvendes udelukkende til osteskiver i engrosemballager, der ikke er bestemt til den endelige forbruger, og som ikke udbydes til salg til denne. Den varesektor, der er søgt beskyttet, er således præciseret. Sagsøgeren har i den forbindelse anført, at det ikke har været muligt at foretage denne begrænsning af varesektoren tidligere, da sektorens betydning først blev indset af selskabet ved læsningen af begrundelsen for appelkammerets afgørelse.

23 Hertil har Harmoniseringskontoret nærmere bestemt anført, at selv om Retten finder, at sagsøgeren ikke har ændret sagens genstand ved at begrænse det berørte varesektor til engrossalg, fremgår en sådan begrænsning ikke af varefortegnelsen, der var vedlagt varemærkeansøgningen. Appelkammeret fandt således med rette, at det var gennemsnitsforbrugeren, der skulle tages i betragtning ved bedømmelsen af, hvorvidt det ansøgte varemærke havde fornødent særpræg.

24 Sagsøgerens præcisering af den berørte varesektor er under alle omstændigheder uden betydning ved undersøgelsen af, om det ansøgte varemærke har fornødent særpræg. Sagsøgeren har nemlig ikke godtgjort, at fagfolks opfattelse af det pågældende varemærkes fornødne særpræg adskiller sig fra de endelige forbrugeres.

Rettens bemærkninger

Formaliteten

25 Indledningsvis bemærkes, at det af artikel 63, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 fremgår, at det kun er muligt at annullere eller omgøre en afgørelse fra

appelkamrene, hvis afgørelsen er ulovlig med hensyn til realiteten eller formaliteten (Rettens dom af 12.12.2002, sag T-247/01, eCopy mod KHIM (ECOPY), Sml. II, s. 5301, præmis 46).

26 Desuden må der i henhold til artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement ikke i parternes processkrifter foretages nogen ændring af sagsgenstanden, som den har foreligget for appelkammeret.

27 Ifølge artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er »varemærker, som mangler fornødent« særpræg udelukket fra registrering.

28 I den forbindelse fremgår det af fast retspraksis, at spørgsmålet, om et varemærke har fornødent særpræg, skal bedømmes i forhold til dels de varer og tjenesteydelser, som varemærkeansøgningen vedrører, dels opfattelsen hos den berørte kreds af forbrugere af disse varer eller tjenesteydelser [jf. for så vidt angår fortolkningen af artikel 3, stk. 1, litra b) i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), Domstolens dom af 8.4.2003, forenede sager C-53/01 — C-55/01, Linde m.fl., Sml. I, s. 3161, præmis 41, og for så vidt angår anvendelsen af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, Rettens dom af 7.2.2002, sag T-88/00, Mag Instrument mod KHIM (Lommelygters form), Sml. II, s. 467, præmis 30].

29 Artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 pålægger nemlig undersøgeren og i givet fald appelkammeret at undersøge — inden for rammerne af en undersøgelse a priori og bortset fra spørgsmålet om faktisk brug af tegnet i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 — om det kan udelukkes, at det pågældende tegn er

egnet til i forhold til den tilsigtede kundekreds at adskille varerne eller tjenesteydelserne fra dem af en anden oprindelse, når denne kundekreds skal foretage sit valg i omsætningen (Rettens dom af 5.4.2001, sag T-87/00, Bank für Arbeit und Wirtschaft mod KHIM (EASYBANK), Sml. II, s. 1259, præmis 40).

30 I den foreliggende sag har sagsøgeren anfægtet Harmoniseringskontorets definition af den relevante kundekreds. Ved bedømmelsen af, om det ansøgte varemærke har fornødent særpræg, fandt undersøgeren ved Harmoniseringskontoret og derefter appelkammeret således, at da ost er en dagligvare, var gennemsnitsforbrugeren den relevante kundekreds. Sagsøgeren har derimod påstået, at den relevante kundekreds inden for rammerne af denne sag er en specialiseret kundekreds, eftersom den omhandlede vare udelukkende sælges en gros til fagfolk i levnedsmiddelsektoren.

31 Harmoniseringskontoret finder, at sagsøgeren dermed har ændret sagsgenstanden, og at sagsøgerens påstand om omgørelse af den anfægtede afgørelse følgelig må afvises fra realitetsbehandling som stridende mod procesreglementets artikel 135, stk. 4.

32 Det fastslås, at sagsgenstanden, som den forelå for appelkammeret, var sagsøgerens ansøgning om registrering af selskabets tegn som varemærke for varer i klasse 29 i Nice-arrangementet.

33 Ved efterfølgende for Retten at gøre gældende, at det ansøgte varemærke har fornødent særpræg for en specialiseret kundekreds, har sagsøgeren ikke foretaget en ændring af sagsgenstanden, som den forelå ved Harmoniseringskontoret.

34 Som det er anført i præmis 29 ovenfor, påhviler det nemlig Harmoniseringskontoret — inden for rammerne af dets undersøgelse af om et tegn, der søges registreret som varemærke, har fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 — at fastlægge den relevante kundekreds.

35 Når sagsøgeren bestrider definitionen af den relevante kundekreds, som appelkammeret har fastlagt i forbindelse med undersøgelsen af, om det ansøgte varemærke har fornødent særpræg, anmoder sagsøgeren således ikke Retten om at træffe afgørelse om andre spørgsmål end dem, som appelkammeret skulle tage stilling til.

36 Denne anfægtelse af definitionen af den relevante kundekreds som fastlagt af appelkammeret kan heller ikke betragtes som en påstand om annullation af den anfægtede afgørelse, der er begrænset til visse af de varer, der er omfattet af ansøgningen om registrering af den omtvistede emballage, i modsætning til hvad der var tilfældet i dommen om en ægformet tablet (præmis 16 og 17).

37 Denne anfægtelse kan heller ikke betragtes som en begrænsning i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 44, stk. 1, i forordning nr. 40/94, af den fortegnelse over varerne, der er anført i den foreliggende varemærkeansøgning. Sagsøgerens påstand er nemlig stadig, at det omhandlede varemærke skal registreres for varer i klasse 29 i Nice-arrangementet, hvilket sagsøgeren desuden bekræftede under retsmødet.

38 Heraf følger, at Harmoniseringskontorets anbringende om, at argumentationen bør afvises, ikke kan tages til følge.

Realiteten

39 Hvad angår spørgsmålet, om sagsøgerens kritik af definitionen af den relevante kundekreds, som appelkammeret har fastlagt med henblik på bedømmelsen af, om tegnet, der er søgt registreret, har fornødent særpræg, skal det undersøges, om Harmoniseringskontoret har begået en retlig fejl ved at antage, at den pågældende kundekreds er gennemsnitsforbrugeren.

40 I den forbindelse fastslås, at varen i den emballage, der er søgt registreret som varemærke, nemlig osteskiver, er en dagligvare. Kunderne for denne vare samt for de andre varer i klasse 29 i Nice-arrangementet er således a priori alle forbrugere.

41 I denne sammenhæng fastslås det, at sagsøgeren ikke på noget tidspunkt under sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret har anført det forhold, at osteskiverne i emballagen, som varemærkeansøgningen vedrører, udelukkende var bestemt til engrossalg til fagfolk i levnedsmiddelsektoren. Desuden havde undersøgeren ved Harmoniseringskontoret allerede i sin afgørelse af 11. februar 2003 bedømt den omtvistedes emballages fornødne særpræg under hensyntagen til gennemsnitsforbrugerens formodede forventning, og sagsøgeren anfægtede ikke dette punkt under klagesagen for appelkammeret.

42 Da Harmoniseringskontoret i overensstemmelse med artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 kan se bort fra kendsgerninger og beviser, som ikke er påberåbt eller fremført rettidigt af de pågældende parter, kunne appelkammeret på grundlag af de af sagsøgeren fremsendte oplysninger retmæssigt antage, at det var gennemsnitsforbrugeren, der var den relevante kundekreds.

43 Appelkammeret har således med rette bedømt den omtvistede emballages fornødne særpræg under hensyntagen til den formodede opmærksomhed hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger. Sagsøgeren har ikke gjort gældende, at varemærket, der er søgt registreret, har fornødent særpræg under hensyntagen til den formodede forventning hos gennemsnitsforbrugeren.

44 Heraf følger, at den anfægtede afgørelse ikke er behæftet med nogen ulovlighed, og uden at det er unødvendigt at træffe afgørelse om, hvorvidt sagsøgerens forklaringer vedrørende selskabets påstande kan realitetsbehandles (jf. præmis 11 ovenfor), kan denne afgørelse ikke annulleres eller omgøres i henhold til i artikel 63, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94.

Sagens omkostninger

45 I medfør procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.

46 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 (Femte Afdeling)

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

2) **Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.**

Lindh García-Valdecasas Šváby

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 23. november 2004.

H. Jung

Justitssekretær

P. Lindh

Afdelingsformand