FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 23. marts 2006 [1]

I — Indledning

1. Der er iværksat en appel til prøvelse af dom afsagt af Retten den 10. november 2004 [2], hvorved Retten forkastede et annullationssøgsmål anlagt til prøvelse af en afgørelse fra Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) [3], som afslog registrering af et varemærke bestående af en bolsjeindpakning med snoede ender (papillotform).

2. Tvisten vedrører spørgsmålet om varemærkets fornødne særpræg, hvilket er en grundlæggende betingelse for registrering, som har frembragt en retspraksis om fortolkningen af EF-varemærkeforordningens [4] artikel 7, stk. 1, litra b), der er tilstrækkeligt omfattende til, at der kan tages stilling til appellantens påstande. Appellanten har udvidet drøftelserne til spørgsmålet om opnåelse af fornødent særpræg ved brug.

3. Tvisten vedrører også spørgsmålene angående den procedure, der følges ved Harmoniseringskontorets appelkamre, for så vidt angår deres begrundelsespligt og prøvelsen ex officio af de faktiske omstændigheder, hvilke aspekter ligeledes behandles i dette forslag til afgørelse.

II — Relevante retsforskrifter

4. De bestemmelser, der er nødvendige for at træffe afgørelse i denne sag, findes i den nævnte forordning nr. 40/94.

5. I overensstemmelse med artikel 4 kan »tegn, der kan gengives grafisk, navnlig ord, herunder personnavne, afbildninger, bogstaver, tal, varens form eller emballage, for så

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Dom fra Rettens Fjerde Afdeling, sag T-402/02, Storck mod KHIM, Sml. II, s. 3849.

3 — Afgørelse af 18.10.2002 (sag R 0256/2001-4).

4 — Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20.12.1993 (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 3288/94 af 22.12.1994 om ændring af forordning (EF) nr. 40/94 om EF-varemærker med henblik på gennemførelse af de aftaler, der er indgået i forbindelse med Uruguay-runden (EFT L 349, s. 83), og ved Rådets forordning (EF) nr. 422/2004 af 19.2.2004 (EUT L 70, s. 1).

vidt disse tegn er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders«, registreres som et EF-varemærke.

6. I henhold til artikel 7, stk. 1, der har overskriften »Absolutte hindringer for registrering«, er følgende udelukket fra registrering:

»a) tegn, som ikke opfylder betingelserne i artikel 4

b) varemærker, som mangler fornødent særpræg

[...]«

7. Artikel 7, stk. 2, har følgende ordlyd:

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

8. Artikel 7, stk. 3, bestemmer, at stk. 1, litra b), c) og d), ikke finder anvendelse, »hvis mærket som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret«.

9. Under overskriften »Begrundelse for afgørelsen« bestemmer artikel 73: »Harmoniseringskontorets afgørelser skal begrundes. De må kun støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om«.

10. Hvad angår prøvelsen ex officio af de faktiske omstændigheder bestemmer artikel 74:

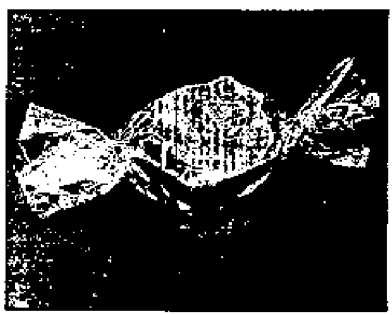
»1. Under sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret prøver dette ex officio de faktiske omstændigheder; i sager vedrørende relative registreringshindringer begrænser Harmoniseringskontoret sig imidlertid til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og de af parterne fremsatte anmodninger

[...]«

III — Appellens baggrund

A — *De faktiske omstændigheder, der ligger bag tvisten*

11. Den 30. marts 1998 indgav August Storck KG i medfør af forordning nr. 40/94 en EF-varemærkeansøgning til Harmoniseringskontoret. Ansøgningen vedrørte gengivelsen i perspektiv af formen på en indpakning med snoede ender (papillotform), der afbildedes således:



12. De varer, for hvilke der var ansøgt om registrering, henhører under Nice-arrangementets [5] klasse 30 og svarer til beskrivelsen »bolsjer«.

13. Ved afgørelse af 19. januar 2001 afslog undersøgeren ansøgningen med den begrundelse, at varemærket manglede fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, og ligeledes med den begrundelse, at det ikke havde opnået fornødent særpræg ved brug for karameller (toffees) i henhold til samme forordnings artikel 7, stk. 3.

14. Ved en klage af 13. marts 2001 til Harmoniseringskontoret i medfør af artikel 59 i forordning nr. 40/94 anmodede appellanten om annullation af undersøgerens afgørelse.

15. Andet Appelkammer afslog klagen ved afgørelse af 18. oktober 2002 med den samme begrundelse som i afgørelsen, der blev klaget over.

16. Appelkammeret var af den opfattelse, at indpakningens farve ikke gjorde det muligt på den grafiske gengivelse af det ansøgte varemærke at få øje på de tre farvenuancer, som appellanten havde henvist til, og at farven herudover var sædvanlig for bolsjeindpakning og hyppigt anvendt i handelen.

17. Appelkammeret var ligeledes af den opfattelse, at de fremlagte beviser ikke godtgjorde det fornødne særpræg for bolsjer generelt, navnlig for karameller, som følge af den gentagne brug.

5 — Af 15.6.1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som ændret.

18. Da den administrative sag var afsluttet, anlagde August Storck KG et annullationssøgsmål ved stævning indgivet til Rettens Justitskontor den 26. maj 2003.

B — *Den appellerede dom*

19. August Storck KG påberåbte sig til støtte for sine påstande fire anbringender vedrørende henholdsvis tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), af artikel 7, stk. 3, af artikel 74, stk. 1, første punktum, og af artikel 73 i forordning nr. 40/94.

20. Retten foretog, inden den analyserede de påberåbte anbringender, en afgrænsning af tvistens genstand, i det omfang appellanten og Harmoniseringskontoret havde forskellige opfattelser af tegnet, og Retten udtalte, at der var tale om et figurmærke bestående af formen på en bolsjeindpakning med snoede ender (papillotform) [6] i en gylden farve [7] og ansøgt for »bolsjer« [8].

21. Retten analyserede i forbindelse med det første anbringende det fornødne særpræg i forhold til dels de varer eller tjenesteydelser, registreringsansøgningen vedrørte, dels den relevante kundekreds' opfattelse heraf [9]. Dernæst efterprøvede Retten for at vurdere, om forbrugeren forstod indpakningens kombination af form og farve som en oprindelsesangivelse, det helhedsindtryk, som denne kombination gav [10], og udledte heraf, at dennes særegenheder ikke lå tilstrækkeligt fjernt fra de grundformer, der hyppigt anvendtes til indpakning af sukkervarer, og at de derfor ikke ville blive husket som en henvisning til den handelsmæssige oprindelse.

22. Retten bekræftede ligeledes, at der var risiko for monopolisering af tegnet for bolsjer, således som appelkammeret havde anført. Appelkammeret havde selv anført, at der manglede fornødent særpræg for bolsjerne under hensyn til den almene interesse, der danner grundlaget for den absolutte registreringshindring i artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 [11].

23. Retten udledte af alle disse ovenstående betragtninger, at tegnet ikke gav en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger mulighed for at individualisere varerne og adskille dem fra konkurrenternes, og Retten forkastede dermed anbringendet som ugrundet.

6 — Præmis 21 og 22.
7 — Præmis 23-28.
8 — Præmis 29-38.
9 — Præmis 48-53.
10 — Præmis 54-58.
11 — Præmis 60.

24. Retten forkastede ligeledes det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 med den begrundelse, at det ikke var godtgjort, at der var opnået fornødent særpræg ved brug.

25. Retten sammenfattede først de betingelser, der er opstillet i retspraksis vedrørende opnåelse af fornødent særpræg, vedrørende betegnelse af varen som hidrørende fra en bestemt virksomhed [12], vedrørende angivelse af den del af Den Europæiske Union, hvor mærket manglede fornødent særpræg [13], og endelig vedrørende afvejningen af visse objektive faktorer ved bedømmelsen af, om dette særpræg foreligger [14].

26. Derefter forkastede Retten August Stork KG's argumenter, der støttedes på salgstallene og de store reklameomkostninger for karamellen »Werther's Original« (»Werther's Echte«), da de fremlagte reklamer ikke indeholdt nogen angivelse af brugen af varemærket, således som det fremgik af ansøgningen, eftersom det var ledsaget af ord- og figurmærker, og appellanten havde ikke redegjort for fordelingen af omkostningerne for hvert tegn [15]. Herudover godtgjorde disse omkostninger ikke, at kunderne i hele Fællesskabet opfattede indpakningen som en oprindelsesangivelse [16].

27. Endelig forkastede Retten også argumentet om, at de meningsmålinger, appellanten havde fremlagt i sagen, viste, at kendskabet til det af August Storck KG markedsførte bolsje som industriel ejendomsrettighed var afledt af dens form, eftersom det snarere skyldtes betegnelsen »Werther's« [17].

28. Med det tredje anbringende påberåbte appellanten sig en tilsidesættelse af artikel 74, stk. 1, første punktum, i forordning nr. 40/94 med den begrundelse, at appelkammeret burde have foretaget en supplerende undersøgelse med henblik på at fastslå brugen af varemærket.

29. Retten afviste disse argumenter og erklærede, at Harmoniseringskontoret kun var forpligtet til at efterprøve de faktiske omstændigheder, som gav varemærket fornødent særpræg ved brug i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, når ansøgeren havde påberåbt sig dem. Da det var ubestridt, at August Storck KG for

12 — Domstolens dom af 4.5.1999, forenede sager C-108/97 og C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Sml. I, s. 2779, præmis 52, og af 18.6.2002, sag C-299/99, Philips, Sml. I, s. 5475, præmis 61 og 62.

13 — I henhold til Rettens dom af 30.3.2000, sag T-91/99, Ford Motor mod KHIM (OPTIONS), Sml. II, s. 1925, præmis 27, og af 29.4.2004, sag T-399/02, Eurocermex mod KHIM (en ølflaskes form), Sml. II, s. 1391, præmis 43-47.

14 — Windsurfing Chiemsee-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 51 og 52, og Philips-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 60 og 61.

15 — Præmis 82-84.

16 — Præmis 85-87.

17 — Præmis 88.

Harmoniseringskontoret havde fremlagt nogle beviser med dette formål, som appelkammeret byggede sin vurdering på, påhvilede der ikke Harmoniseringskontorets organer supplerende forpligtelser. Det påhvilede dem navnlig ikke at supplere sagsakterne for at afhjælpe den manglende beviskraft af de indicier, der støttede påstanden [18].

30. Det fjerde anbringende om, at Harmoniseringskontoret havde tilsidesat artikel 73 i forordning nr. 40/94 med den begrundelse, at kontoret ikke havde vurderet alle de dokumenter, appellanten havde fremlagt, og at appellantens ret til at blive hørt var tilsidesat, vandt heller ikke genklang hos Retten.

31. Retten forkastede anbringendet, dels fordi det byggede på en fejlagtig forudsætning, eftersom appelkammeret havde analyseret disse dokumenter, selv om det ikke fandt dem tilstrækkelige til at fastslå, at varemærket havde fået fornødent særpræg ved brug. Herudover anførte Retten, at appellanten selv havde fremlagt disse dokumenter i sagen, og at selskabet derfor havde haft lejlighed til at udtale sig om deres relevans [19].

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

32. August Storck KG' appelskrift blev indgivet til Domstolens Justitskontor den 28. januar 2005. Harmoniseringskontoret har indgivet svarskrift den 15. april 2005, og det har ikke været nødvendigt at indgive replik og duplik.

33. Retsmødet, hvori begge parters repræsentanter deltog, blev afholdt den 16. februar 2006 sammen med retsmødet i sag C-24/05 P, der verserer mellem de samme parter.

V — Analyse af appelanbringenderne

34. Det appellerende selskab har gjort de samme fire anbringender, der blev fremsat for Retten, gældende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), af artikel 74, stk. 1, første punktum, af artikel 73 og af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

35. Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at det første anbringendes tredje led og det andet anbringende i dets helhed skal afvises, hvorfor disse påstande først skal analyseres.

18 — Præmis 96.

19 — Præmis 100 og 101.

A — *Undersøgelse af formaliteten vedrørende visse anbringender*

1. Spørgsmålet om afvisning af det første appelanbringendes tredje led

36. August Storck KG har med dette anbringende påstået, at Retten foretog en fejlvurdering af indpakningens særpræg, hvilket udgør en tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

37. Selskabet har påberåbt sig, at vurderingen af indpakningens farvesammensætning var utilstrækkelig, og at undersøgelsen af køberens adfærd var ufuldstændig, mens Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at sådanne forhold er en del af de faktiske omstændigheder, og at de derfor ikke er omfattet af appellen.

38. Ordlyden af appelskriftet, der er indgivet i denne tvist, afslører klart, at appellanten har kritiseret resultaterne af vurderingen af visse faktiske aspekter. Domstolen kan imidlertid i medfør af statuttens artikel 58 ikke undersøge disse omstændigheder eller beviserne herfor, med undtagelse af tilfælde af forkert gengivelse eller materielle unøjagtigheder [20].

Jeg kan derfor kun foreslå Domstolen at afvise det første anbringendes tredje led.

2. Spørgsmålet om afvisning af det andet anbringende

39. Harmoniseringskontoret har kritiseret August Storck KG for at gentage de argumenter, der lå bag et tilsvarende anbringende i førsteinstansen, og har påberåbt sig fast retspraksis [21] til støtte for afvisning af dette klagepunkt.

40. Det er sikkert, at appellanten for at godtgøre en tilsidesættelse i den appellerede dom af artikel 74, stk. 1, første punktum, i forordning nr. 40/94 har påberåbt sig de samme påstande som i førsteinstansen, men appellanten har — bortset fra, at selskabet ikke havde noget andet valg — i punkt 32, sidste punktum, fastholdt kritikken af Retten for netop at have bekræftet Harmoniseringskontorets kriterium.

41. I denne sammenhæng og på trods af, at de synspunkter, som August Storck KG fremførte for denne instans, ligner dem,

20 — Dom af 19.9.2002, sag C-104/00 P, DKV mod KHIM, Sml. I, s. 7561, præmis 22. Vedrørende omfanget af efterprøvelsen i appellen, jf. ligeledes mit forslag til afgørelse i den sag, punkt 58-60.

21 — Harmoniseringskontoret har omtalt Domstolens kendelse af 24.4.1996, sag C-87/95 P, Cassa nazionale di previdenza ed assistenza a favore degli avvocati e procuratori mod Rådet, Sml. I, s. 2003, præmis 29 ff., og af 17.10.1995, sag C-62/94 P, Turner mod Kommissionen, Sml. I, s. 3177, præmis 17.

selskabet nu har forsvaret i appelsagen, er det legitimt, at selskabet har fastholdt, at Retten tilsidesatte artikel 74, og anført identiske grunde hertil. Den kritik, som Harmoniseringskontoret har rettet mod appellanten, og som består i ikke at have gendrevet den eneste nye bemærkning, der fandtes i dommen vedrørende dette anbringende, er irrelevant, da det er op til hver enkelt part at fastsætte brændpunktet for sine klagepunkter.

42. Jeg foreslår derfor at forkaste den formalitetsindsigelse, som Harmoniseringskontoret har rejst vedrørende dette anbringende.

B — *Analyse af appelanbringendernes realitet*

1. Det første anbringendes første led: tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94

a) Analyse af det første led

43. Appellanten har kritiseret Retten for at have forstærket kravene til tegnets fornødne særpræg, idet den betingede særpræget af, at der var væsentlige forskelle i forhold til andre indpakninger, selv om det fremgår af artikel 7, stk. 1, litra b), at et svagt særpræg er tilstrækkeligt til registrering som EF-varemærke.

44. Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at denne kritik ikke tager hensyn til fast retspraksis vedrørende denne type varemærker, selv om der i denne sag er tale om den todimensionale gengivelse (fotografi) af et tredimensionalt tegn.

45. Det er sikkert, at den omtvistede bestemmelses ordlyd forekommer at tale for registrering af ethvert tegn, der har et minimum af individualiseringsevne.

46. Domstolen har udtalt, at selv om kriterierne for bedømmelsen af, om tegn, der består af en vares form, har fornødent særpræg, ikke er forskellige fra dem, der gælder for andre typer tegn [22], er der en klar enighed om at antage, at det i praksis er sværere at godtgøre, at denne type tegn har fornødent særpræg, end det er for et ord- eller figurmærke [23].

22 — Philips-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 48, og dom af 8.4.2003, forenede sager C-53/01 P — C-55/01 P, Linde m.fl., Sml. I, s. 3161, præmis 42.

23 — Dommen i sagen Linde m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 48.

47. Herudover har Domstolen flere gange anerkendt, at gennemsnitsforbrugerens opfattelse, der er afgørende ved bedømmelsen af, om de tegn, der anmeldes til registrering, har fornødent særpræg, ikke nødvendigvis er den samme i tilfælde af et tredimensionalt varemærke, som er uafhængigt af fremtrædelsesformen for de varer, det betegner, idet kunderne ikke er vant til at udlede varers oprindelse af deres form uden nogen grafisk eller tekstmæssig oplysning [24].

48. Dette er grunden til, at Domstolen har udtalt, at den blotte afvigelse fra normen eller branchesædvanen ikke er tilstrækkeligt til at fjerne den registreringshindring, der fremgår af artikel 3, stk. 1, litra b), i direktiv 89/104/EØF [25], og at et varemærke, der betydeligt afviger fra normen eller branchesædvanen og derfor opfylder sin grundlæggende oprindelsesfunktion, til gengæld ikke savner særpræg [26].

49. I den appellerede doms præmis 56-58 analyserede Retten imidlertid ligesom Harmoniseringskontoret den mest sandsynlige form, som den omtvistede genstand kunne antage, ved klart og præcist at følge de principper, der er redegjort for i ovenstående punkter i dette forslag til afgørelse, og Retten overførte dem på den konkrete sag uden hverken at fordreje eller forstærke de krav, der finder anvendelse på tredimensionale varemærker. Det af August Storck KG påberåbte anbringende er således ugrundet.

50. Jeg foreslår derfor Domstolen at forkaste det første anbringendes første led som ugrundet.

b) Anbringendets andet led

51. Appellanten har kritiseret Rettens omtale i den appellerede doms præmis 60 af risikoen for monopolisering af indpakning med snoede ender. Ifølge appellanten indførte Retten i forbindelse med undersøgelsen af det fornødne særpræg i overensstemmelse med forordningens artikel 7, stk. 1, litra b), fremmede elementer vedrørende den almene interesse, som er i strid med gældende retspraksis.

52. Harmoniseringskontoret har anført, at henvisningen til denne risiko ikke blev givet med henblik på at begrunde afslaget på registrering, men for at godkende appelkammerets opfattelse af betydningen af at

24 — Dom af 12.2.2004, sag C-218/01, Henkel, Sml. I, s. 1725, præmis 52, for så vidt angår emballage, og af 6.5.2003, sag C-104/01, Libertel, Sml. I, s. 3793, præmis 65, der vedrørte en farve.

25 — Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1).

26 — Henkel-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 49, vedrørende artikel 3, stk. 1, litra b), i direktiv 89/104, hvilken bestemmelse svarer til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

understrege denne risiko, eftersom Retten bekræftede den benægtende analyse af indpakningens fornødne særpræg.

53. Vedrørende dette punkt deler jeg fuldt ud Harmoniseringskontorets opfattelse, da opbygningen af den appellerede dom angiver, at ræsonnementet om konkurrencen mellem virksomhederne, der er forbundet med friholdelsesbehovet, blev medtaget »subsidiært«, selv om dette udtryk ikke findes i selve teksten, således at appellantens anbringende forekommer irrelevant, i det omfang det manglende fornødne særpræg blev godtgjort i dommens forudgående præmisser.

54. Jeg foreslår derfor, at anbringendet forkastes, uden at det er nødvendigt at undersøge, i hvilket omfang der ligger en almen interesse bag registreringshindringen i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 [27].

55. På baggrund af ovenstående redegørelse for det første anbringende foreslår jeg at forkaste det første og det andet led, som anbringendet består af, som henholdsvis ugrundet og irrelevant.

27 — Appellanten har på grundlag af mit forslag til afgørelse i den sag, som gav anledning til dom af 29.4.2004, forenede sager C-456/01 P og C-457/01 P, Henkel mod KHIM, Sml. I, s. 5089, punkt 78-80, og under henvisning til generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i den sag, der ligger bag dom af 16.9.2004, sag C-329/02, SAT.1 mod KHIM, Sml. I, s. 8317, punkt 24, påberåbt sig, at der ikke ligger en almen interesse og et friholdelsesbehov bag artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Selv om jeg fastholder min stillingtagen i det nævnte forslag til afgørelse, var Domstolen af en anden opfattelse (dommen i sagen SAT.1 mod KHIM, præmis 25, og i sagen Henkel mod KHIM, præmis 45 og 46).

2. Det andet og det tredje anbringende

56. I den appellerede doms præmis 55-58 bekræftede Retten appelkammerets vurderinger af den »sædvanlige« karakter af indpakningen med snoede ender med den begrundelse, at den ikke adskilte sig tilstrækkeligt fra andre gængse former på bolsjemarkedet.

57. August Storck KG er af den opfattelse, at princippet om prøvelse ex officio af de faktiske omstændigheder, som er fastsat i artikel 74, stk. 1, første punktum, i forordning nr. 40/94 (andet anbringende), blev tilsidesat, ligesom princippet i forordningens artikel 73, andet punktum, hvorefter Harmoniseringskontorets afgørelser kun kan støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om, og appellanten har påberåbt sig det forhold, at denne undladelse skadede kontradiktionsretten (tredje anbringende).

58. Harmoniseringskontoret, som har rejst en formalitetsindsigelse mod det andet anbringende, har subsidiært påstået, at anbringendet skal forkastes, da det er ugrundet, ligesom det tredje anbringende, og Harmoniseringskontoret deler Rettens vurderinger i den appellerede dom.

59. Det er min opfattelse, at appellantens udlægning hviler på en fejlagtig forståelse af de nævnte principper af følgende årsager.

60. For det første reguleres proceduren for Harmoniseringskontoret for så vidt angår de absolutte registreringshindringer af det inkvisitoriske princip, hvorefter det ikke blot påhviler det administrative organ at foretage en prøvelse ex officio, men også at efterprøve de faktiske omstændigheder, som afgørelsen hviler på, uafhængigt af parternes påstande [28].

61. Denne retningslinje gælder imidlertid ikke ubegrænset for Harmoniseringskontoret, idet den undergives visse grænser, såsom den skønsbeføjelse, som Harmoniseringskontoret råder over ved afgørelsen af, i hvilket omfang en objektiv efterprøvelse af de faktiske omstændigheder er tilstrækkelig [29], eller parternes samarbejdspligt.

62. For det andet ikke blot *kan* Harmoniseringskontoret i forbindelse med den korrekte udøvelse af denne efterprøvelsesbeføjelse, men Harmoniseringskontoret *skal*, således som Retten fastslog det i den appellerede doms præmis 58, støtte sin analyse på kendsgerninger, der er et resultat af den generelle praktiske erfaring, der er opnået ved markedsføring af almindelige forbrugsvarer, som enhver har kendskab til. Hvis man ikke følger denne idé, indebærer det, at relevante omstændigheder forkastes i det omtvistede tilfælde, hvilket er i strid med princippet *facta pro infectis haberi non possunt*.

63. Sund fornuft og medlemsstaternes fælles almindelige retsgrundsætninger, som EF-varemærkeforordningens artikel 79 henviser til, indebærer sammenfattet, at appelkamrene har ret til at anvende »almindeligt kendte forhold« som en del af deres prøvelse ex officio.

64. Som bekendt skal sådanne almindeligt kendte forhold ikke efterprøves, idet bevisbyrden hviler på den, der anfægter dem, i overensstemmelse med grundsætningen *res ipsa loquitur*. Det følger heraf, at selv om synspunktet om, at appellanten ikke havde mulighed for at fremkomme med sin opfattelse af de kendsgerninger, der forelå for appelkammeret, blev taget til følge, havde appellanten lejlighed til at fremkomme med sine bemærkninger for Retten, hvilken instans som led i dens eneret til at prøve sagen vurderede, at indicierne ikke var tilstrækkelige. Argumentet om en påstået tilsidesættelse af kontradiktionsretten falder derfor, uden at det er nødvendigt i appelsagen, hvorunder kontrollen er af begrænset rækkevidde, at efterprøve denne vurderings rigtighed.

65. Det følger af ovenstående, at Retten ikke tilsidesatte artikel 74, stk. 1, første punktum,

28 — R. Martín Mateo/J.J. Díez Sánchez, *La marca comunitaria. Derecho público*, forlaget Trivium, Madrid, 1996, s. 111.

29 — A. von Mühlendahl/D.C. Ohlgart, *Die Gemeinschaftsmarke*, forlaget C.H. Beck/forlaget Stämpfli + Cie AG, Bern/München, 1998, s. 93, nr. 9. Jf. ligeledes A. Bender, »Artikel 74« i D. L. Ekey/D. Klippel, *Heidelberger Kommentar zum Markenrecht*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003, s. 1183, nr. 3.

i forordning nr. 40/94 ved at bekræfte appelkammerets vurderinger, der var støttet på almindeligt kendte forhold, og at August Storck KG havde mulighed for at kommentere dem, senest for Retten, som dermed ikke tilsidesatte appellantens kontradiktionsret for denne EF-retsinstans.

66. Det er derfor min opfattelse, at det andet og det tredje appelanbringende skal forkastes som ugrundet.

3. Det fjerde anbringende

67. Anbringendet, der bygger på, at Retten begik en fejl, da den afviste, at tegnet havde fået fornødent særpræg i overensstemmelse med artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, støttes på to hovedargumenter, som for det første vedrører den værdi, som visse dokumenter, der godtgjorde opnåelsen af fornødent særpræg ved brug, blev tillagt, og for det andet den territoriale udstrækning af brugen af varemærket i denne henseende.

a) Vurderingen af visse forretningsdokumenter

68. Med henblik på at bevise, at indpakningen havde fornødent særpræg, fremlagde appellanten i sagen en række oplysninger om salgstal og om de reklameomkostninger, der var afholdt for at fremme udbredelsen af og kendskabet til indpakningen med snoede ender.

69. August Storck KG's kritik vedrører appelkammerets krav, som Retten bekræftede, og hvorefter markedsandelen for de varer, der er omfattet af det omhandlede varemærke, skulle kunne beregnes ud fra salgstallene, hvilket ifølge disse to organer ikke kunne gøres ud fra de tal, som appellanten havde fremlagt. Appellanten har heroverfor påstået, at det er tilstrækkeligt at bevise en vid udbredelse ved hjælp af indicierne for et betydeligt salg gennem en længere periode.

70. Det skal imidlertid fastslås, at dette led i anbringendet skal afvises, eftersom der er tale om en anfægtelse af Rettens bevisvurdering. Denne afvisning skal ikke desto mindre nuanceres, da anbringendet er fremført som en klage over en retlig fejl affødt af kravet om dokumenter, der manglede relevant bevisværdi, såsom vedrørende markedsandelen.

71. Ifølge fast retspraksis kan der ved vurderingen af et varemærkes særpræg ligeledes tages hensyn til varemærkets markedsandel, intensiteten, den geografiske udstrækning og varigheden af brugen, størrelsen af de investeringer, som virksomheden har foretaget for at fremme varemærket, den andel af de relevante omsætningskredse, der identificerer produktet som hidrørende fra en bestemt virksomhed på grund af varemærket, samt erklæringer fra industri- og handelskamre eller andre faglige sammenslutninger [30].

72. Vurderingen af disse oplysningers relevans og bevisværdi tilkommer udelukkende Retten uden mulighed for nogen efterprøvelse i appellen. Vedrørende de faktiske omstændigheder i denne tvist undersøgte Retten alt det, som August Storck KG havde fremlagt i sagen med henblik på at fastslå særpræget som følge af tegnets brug. Retten nåede til den konklusion, at det var utilstrækkeligt, og Retten anførte herved navnlig, at markedsandelen udgjorde et egnet bevismiddel i så henseende.

73. Da Domstolen har fastslået, at et sådant parameter er et af dem, der er egnede til at karakterisere de virkninger, som er af interesse for appellanten, er der ingen retlig fejl i den appellerede dom, idet den er i overensstemmelse med den nævnte retspraksis.

74. Det fjerde anbringendes første led skal således anses for ugrundet.

b) Den territoriale udstrækning af brugen af varemærket

75. Ifølge appellanten tilsidesatte Retten artikel 7, stk. 3, ved at bekræfte appelkammerets vurdering, hvorefter der skulle fremlægges bevis for fornødent særpræg i alle Den Europæiske Unions medlemsstater. Ifølge appellanten tilsidesætter denne opfattelse ånden i forordningens artikel 142a [31], da en formålsbestemt fortolkning af denne viser, at en sådan betingelse skal opfyldes på en »væsentlig del« af Fællesskabets område.

76. Ifølge Harmoniseringskontoret skal der ikke foreligge brug af tegnet i en »væsentlig del«, men i den del af Den Europæiske Union, hvor varemærket ikke kan opfylde de typiske funktioner for denne kategori af industriel ejendomsrettighed på grund af dets kendetegn.

30 — Windsurfing Chiemsee-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 51 og 52, og Philips-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 60 og 61.

31 — I den konsoliderede udgave, som Harmoniseringskontoret har udarbejdet, er denne bestemmelse artikel 159a (http://oami.europa.eu/fr/mark/aspects/reg.htm).

77. Løsningen af dette tvistepunkt indebærer en fortolkning af ordningen i artikel 7 i forordning nr. 40/94.

78. Artikel 7, stk. 1, litra b), sammenholdt med artikel 7, stk. 2, lader således forstå, at når der mangler fornødent særpræg i en del af Fællesskabet, finder princippet fuldt ud anvendelse, og registreringen skal afslås.

79. Herudover kan man ikke antage, selv om stk. 2 ikke henviser til stk. 3, at kravet om det fornødne særprægs rækkevidde er mindre, eftersom det vil være ulogisk at begrænse det til tegn, hvorom det påstås, at de har fået fornødent særpræg ved brug i forhold til de tegn, der registreres for første gang uden at have været på markedet. Det er vanskeligt at forestille sig nogen grund til, at lovgiver skulle have ønsket en sådan forskellig behandling. Denne argumentation er reelt i strid med ordningen, eftersom det ikke giver nogen mening at nedsætte kravene til det fornødne særpræg opnået ved brug af tegnet i en periode, hvis der allerede har været tvivl om særpræget ved ansøgningen til Harmoniseringskontoret om registrering som EF-varemærke.

80. Appellantens påstand i henhold til artikel 159a i forordning nr. 40/94 er helt ugrundet, idet denne regel afspejler en politisk løsning, der naturligvis har retlige følger, på det problem, der opstod med Fællesskabets udvidelse, vedrørende gyldigheden af EF-varemærker, der var registreret eller ansøgt inden den 1. maj 2004, og som tilsigtede at garantere den nødvendige retssikkerhed, både for varemærkeindehavere og for de tegn, der var beskyttet i de nye medlemsstaters lovgivning. Dette følger af artikel 159a, stk. 2, som bestemmer: »Registreringen af et EF-varemærke, for hvilket der er indgivet ansøgning på tiltrædelsesdatoen, må ikke afslås på grundlag af nogen af de absolutte hindringer for registrering, der er nævnt i artikel 7, stk. 1, *såfremt disse hindringer ville finde anvendelse udelukkende på grund af en ny medlemsstats tiltrædelse.*«

81. Herudover, således som Harmoniseringskontoret officielt har forklaret [32], kan indehaveren af en rettighed, der er ældre end et EF-varemærke, i en ny medlemsstat forbyde brugen af dette sidstnævnte varemærke på den nye medlemsstats område, når de to varemærker er forvekslelige, i overensstemmelse med artikel 106 og 107 i forordning nr. 40/94, der allerede indeholdt regler til løsning af konflikter, som skyldtes indførelsen af selve forordning nr. 40/94 for så vidt angår tegn, der er registeret i overensstemmelse med national lovgivning.

32 — Meddelelse nr. 5 fra Harmoniseringskontorets direktør af 16.10.2003 (den franske udgave kan konsulteres på http://oami.europa.eu/fr/office/aspects/communications/05-03.htm).

82. De fortolkningsregler i den nævnte artikel 159a, som appellanten har påberåbt sig som forklaring på anvendelsesområdet for artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, er således uden anledning og irrelevante.

83. Denne påstand kan derfor heller ikke tages til følge, hvorfor det fjerde anbringende ligeledes skal forkastes sammen med appellen i sin helhed.

VI — Sagens omkostninger

84. Ifølge procesreglementets artikel 122, sammenholdt med artikel 69, stk. 2, der i henhold til artikel 118 finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger. Hvis appellantens appelanbringender i overensstemmelse med mit forslag forkastes, bør Domstolen pålægge appellanten at betale sagens omkostninger.

VII — Forslag til afgørelse

85. På baggrund af ovenstående foreslår jeg Domstolen at forkaste den appel, som August Storck KG har iværksat til prøvelse af den dom, Retten afsagde den 10. november 2004 i sag T-402/02, og at pålægge appellanten at betale sagens omkostninger.