

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

13. juli 2005 *

I sag T-242/02,

The Sunrider Corp., Torrance, Californien (USA), først ved avocat M. Bra, derefter ved avocat N. Dontas, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved O. Waelbroeck og P. Geroukalos, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

angående en påstand om annulation af den afgørelse, der blev truffet den 30. maj 2002 af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (sag R 314/1999-1), vedrørende en ansøgning om registrering af ordmærket TOP som EF-varemærke,

har

* Processprog: græsk.

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, H. Legal, og dommerne P. Mengozzi og I. Wyszniowska-Białecka,

justitssekretær: H. Jung,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 14. august 2002,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 20. december 2002,

og efter retsmødet den 24. november 2004,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 21. august 1997 indgav sagsøgeren, der er et amerikansk selskab, en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«).

- 2 Varemærket, der er søgt registreret, er ordmærket TOP. De varer, som varemærkeansøgningen vedrører, henhører under klasse 5 og 29 i Nice-arrangementet af 15. juni 1975 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 5: »Næringsmidler baseret på urter i kapselform eller som pulver; urtekosttilskud«
 - klasse 29: »Urtekosttilskud«.
- 3 Ansøgningen blev indgivet på græsk, og engelsk var angivet som det andet sprog.
- 4 Ved skrivelse af 19. marts 1998, der var affattet på engelsk, oplyste undersøgeren sagsøgeren om, at det ansøgte varemærke ikke forekom egnet til at blive registreret som EF-varemærke i medfør af artikel 7, stk. 1, litra b), i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1).
- 5 Sagsøgeren fremkom med sine bemærkninger den 19. maj 1998. Disse var affattet på engelsk. Sagsøgeren anførte herved bl.a., at selskabets varemærke havde fået fornødent særpræg som følge af den brug, der var gjort deraf på verdensplan, og at varemærket følgelig skulle godkendes til registrering i medfør af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94. Sagsøgeren gjorde ligeledes gældende, at varemærket TOP

allerede var registreret i Canada, Ungarn, Irland, Korea, Thailand samt i USA, og at der var blevet indgivet registreringsansøgninger i Hongkong, Indonesien, Malaysia og i Det Forenede Kongerige. Til støtte for sine påstande vedlagde sagsøgeren kopier af en række registreringsbeviser samt forskellige andre dokumenter, der var affattet på engelsk eller ledsaget af en oversættelse til dette sprog.

- 6 Ved telefax af 9. april 1999 gav undersøgeren sagsøgeren meddelelse om afgørelsen af samme dato, hvorved der blev truffet afgørelse om sagsøgerens registreringsansøgning. I denne afgørelse, der var affattet på engelsk, var det anført, at det ansøgte varemærke var blevet udelukket fra registrering med den begrundelse, at det manglede fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, og at det var beskrivende for de omhandlede varer i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra c). Det var ligeledes anført i afgørelsen, at de af sagsøgeren fremlagte beviser ikke gav mulighed for at fastslå, at det omhandlede varemærke havde fået fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.
- 7 Den 7. juni 1999 indgav sagsøgeren en klage over afgørelsen af 9. april 1999. Klagen var affattet på engelsk.
- 8 Den 9. august 1999 indgav sagsøgeren en skriftlig begrundelse for klagen på græsk, som var vedlagt en udgave, der var oversat til engelsk, idet det i følgeskrivelsen var præciseret, at sproget i registreringssagen var græsk, og at den engelske oversættelse af nævnte begrundelse alene var fremlagt med henblik på at lette forståelsen heraf.
- 9 Ved skrivelse af 3. april 2000 opfordrede referenten i sagen for appelkammeret, D.T. Keeling, sagsøgeren til dels at udtale sig om begrebet »skriftlige meddelelser« som omhandlet i artikel 115, stk. 4, i forordning nr. 40/94, og til at præcisere, om brugen af engelsk under sagen for undersøgeren havde været til ulempe for sagsøgeren, dels at fremkomme med bemærkninger til anvendelsen af artikel 7, stk. 1, litra b) og c), i

forordning nr. 40/94. Sagsøgeren blev ligeledes oplyst om, at selskabet havde adgang til at fremkomme med nye beviser til støtte for sit argument om erhvervelsen af fornødent særpræg ved brug i medfør af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

- 10 Ved telefax af 1. juni 2000, der var affattet på engelsk, fremlagde sagsøgeren nye oplysninger for appelkammeret i medfør af artikel 7, stk. 1, litra b), og artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 og fremlagde forskellige dokumenter, der alle var affattet på engelsk.
- 11 Ved skrivelse af 23. maj 2001, der var affattet på engelsk, oplyste S. Mandel sagsøgeren om, at hun fremover var referent i sagen, og at hun samme dag i overensstemmelse med artikel 11 i Kommissionens forordning (EF) nr. 216/96 af 5. februar 1996 om fastsættelse af forretningsordenen for appelkamrene ved Harmoniseringskontoret (EFT L 28, s. 11) havde opfordret Harmoniseringskontorets præsident til at fremsætte sine bemærkninger til fortolkningen af udtrykket »skriftlige meddelelser« i artikel 115, stk. 4, i forordning nr. 40/94 og til de konsekvenser, som anerkendelsen af en forpligtelse til i ex parte-procedurer at give meddelelse om Harmoniseringskontorets afgørelser på det sprog, varemærkeansøgningen er indgivet på, vil få for Harmoniseringskontoret.
- 12 Den 14. februar 2002 fremsatte Harmoniseringskontorets vicepræsident, der var ansvarlig for juridiske anliggender, sine bemærkninger i medfør af artikel 11 i forordning nr. 216/96. Disse bemærkninger, der var affattet på engelsk, blev fremsendt til sagsøgeren den 15. februar 2002. Sagsøgeren blev opfordret til at fremkomme med sine bemærkninger senest den 18. april 2002. Sagsøgeren efterkom ikke denne opfordring.
- 13 Ved afgørelse truffet den 30. maj 2002 af Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret i sag R 314/1999-1 (herefter »den anfægtede afgørelse«) blev der givet afslag på klagen.

- 14 I denne afgørelse fandt appelkammeret for det første under henvisning til bl.a. Rettens dom af 12. juli 2001, Kik mod KHIM (sag T-120/99, Sml. II, s. 2235, præmis 61), at Harmoniseringskontorets adgang til i henhold til artikel 115, stk. 4, i forordning nr. 40/94 at sende skriftlige meddelelser til en EF-varemærkeansøger på det andet sprog, den pågældende har angivet, skal fortolkes snævert, og at denne adgang ikke omfatter de administrative akter, der indeholder afgørelser (den anfægtede afgørelses punkt 20-22). Appelkammeret konstaterede derfor, at i den foreliggende sag havde undersøgeren tilsidesat artikel 115, stk. 4, i forordning nr. 40/94 ved at underrette sagsøgeren om den afgørelse, der afsluttede undersøgelsesproceduren i forbindelse med varemærkeansøgningen, på engelsk på trods af, at ansøgningen var blevet indgivet på græsk. Ikke desto mindre fandt appelkammeret, at brugen af engelsk ikke havde krænket sagsøgerens ret til kontradiktion, eftersom sagsøgeren selv havde anvendt dette sprog i selskabets korrespondance med undersøgeren og senere i selskabets klage.
- 15 For det andet annullerede appelkammeret undersøgerens afgørelse på grund af manglende begrundelse og tilsidesættelse af retten til kontradiktion ved anvendelsen af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, og bestemte, at klagegebyret skulle tilbagebetales til sagsøgeren. I overensstemmelse med artikel 62, stk. 1, i forordning nr. 40/94 realitetsbehandlede appelkammeret sagsøgerens registreringsansøgning og gav afslag herpå som følge af det ansøgte varemærkes beskrivende karakter og dets mangel på fornødent særpræg, og fordi der ikke forelå oplysninger, der gjorde det muligt at fastslå, at varemærket havde fået fornødent særpræg ved brug.

Parternes påstande

- 16 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
- Den anfægtede afgørelse annulleres med undtagelse af den del, hvorved der gives medhold i sagsøgerens anmodning om annulation af undersøgerens afgørelse af 9. april 1999 og træffes bestemmelse om tilbagebetaling af klagegebyret.

- Harmoniseringskontoret tilpligtes at godtgøre sagsøgeren de oversættelsesomkostninger, som denne har afholdt i forbindelse med sagen for undersøgeren og sagen for appelkammeret.
- Subsidiært tilpligtes Harmoniseringskontoret at erstatte sagsøgeren det tab, som denne har lidt som følge af den urimeligt langvarige sagsbehandling for appelkammeret.
- Harmoniseringskontoret tilpligtes under alle omstændigheder at betale sagens omkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse med sagen for appelkammeret.

17 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Vedrørende annullationspåstanden

- 18 Sagsøgeren har principalt gjort fem anbringender gældende til støtte for selskabets annullationspåstand. Det første anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 115, stk. 4, i forordning nr. 40/94. Med sit andet anbringende har sagsøgeren henvist til den urimeligt langvarige sagsbehandling. Det tredje anbringende omhandler tilsidesættelse af retten til kontradiktion. Det fjerde anbringende vedrører til-

sidesættelse af begrundelsespligten. Det femte anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b) og c), i forordning nr. 40/94.

- 19 Subsidiært har sagsøgeren gjort et sjette anbringende gældende om en tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 115, stk. 4, i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

- 20 Ifølge sagsøgeren er den anfægtede afgørelse for det første behæftet med en retlig fejl, da appelkammeret med urette fandt, at der ikke var grund til at annullere undersøgerens afgørelse på grund af tilsidesættelse af artikel 115, stk. 4, i forordning nr. 40/94, med den begrundelse, at brugen af engelsk i denne afgørelse samt under sagen for undersøgeren ikke havde haft indvirkning på sagsøgerens ret til kontradiktion. Sagsøgeren har gjort gældende, at anvendelsen af engelsk var blevet gennemtrumfet af Harmoniseringskontoret på trods af, at behandlingssproget var græsk. Dette har betydet, at det har været vanskeligere for sagsøgeren at udøve sin ret til kontradiktion, og har gjort det nødvendigt for sagsøgeren at oversætte alle processkrifter, hvilket har medført yderligere omkostninger for sagsøgeren.

- 21 Ifølge sagsøgeren er den anfægtede afgørelse for det andet behæftet med væsentlige formelle mangler, da appelkammeret af sig selv er fortsat med at henvende sig til sagsøgeren på engelsk. Sagsøgeren har især understreget, at skrivelsen af 3. april 2000, hvorved den første referent i sagen opfordrede sagsøgeren til at tage stilling til et vist antal spørgsmål vedrørende rækkevidden af artikel 115, stk. 4, i forordning

nr. 40/94 og anvendelsen af samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra b) og c), og artikel 7, stk. 3, var affattet på engelsk. Sagsøgeren har desuden påpeget, at skrivelsen af 23. maj 2001, hvorved den nye referent i sagen oplyste sagsøgeren om, at Harmoniseringskontorets præsident i henhold til artikel 11 i forordning nr. 216/96 var blevet opfordret til at fremsætte sine bemærkninger, samt noten af 14. februar 2002, hvorved præsidenten imødekom denne opfordring, ligeledes var affattet på engelsk.

- 22 Stillet over for appelkammerets systematiske anvendelse af engelsk i dets korrespondance med sagsøgeren var selskabet af den opfattelse, at det var forpligtet til at svare på engelsk.
- 23 Sagen er således blevet behandlet på et andet sprog end behandlingssproget, hvilket er i strid med artikel 115, stk. 4, i forordning nr. 40/94. Denne bestemmelse, hvorved det er fastsat, at Harmoniseringskontoret kan sende skriftlige meddelelser til ansøgeren på det andet sprog, den pågældende har angivet, omhandler således kun de følgeskrivelser eller de meddelelser, der ikke har retsvirkninger i forhold til ansøgeren, og som på ingen måde har indvirkning på ansøgerens ret til kontradiktion. Dette er i den foreliggende sag ikke tilfældet med skrivelsen af 3. april 2000, hvorved sagsøgeren opfordredes til at fremsætte sine bemærkninger til forskellige aspekter i sagen og til at fremlægge nye dokumenter, og med noten af 14. februar 2002, der hidrørte fra Harmoniseringskontorets præsidents kabinet.
- 24 Harmoniseringskontoret har i det væsentlige anført, at sagsøgeren ved sin adfærd under såvel behandlingen af registreringsansøgningen som under sagen for appelkammeret har givet samtykke til anvendelsen af engelsk.
- 25 Således har sagsøgeren ikke alene aldrig modsat sig, at undersøgeren korresponderede med selskabet på engelsk, men har selv konstant henvendt sig til undersøgeren

på dette sprog. Det var først i skrivelsen af 9. august 1999, der indeholdt begrundelsen for klagen over undersøgerens afgørelse, at sagsøgeren for første gang klagede over brugen af engelsk i selskabets korrespondance med Harmoniseringskontoret og forlangte, at græsk skulle anvendes. Selv efter denne dato fortsatte sagsøgeren i øvrigt med at henvende sig til appelkammeret på engelsk.

26 Harmoniseringskontoret har ligeledes henvist til, at Retten i præmis 61 i dommen i sagen Kik mod KHIM anførte, at artikel 115, stk. 4, i forordning nr. 40/94 garanterer, at varemærkeansøgningens sprog anvendes som behandlingsprog og dermed som det sprog, som de administrative akter, der har karakter af afgørelser, skal være skrevet på. Ifølge Harmoniseringskontoret er den eneste akt med karakter af en afgørelse, der i den foreliggende sag er vedtaget, efter at sagsøgeren for første gang anmodede om anvendelsen af behandlingssproget, imidlertid den anfægtede afgørelse, der er affattet på græsk.

27 Endelig har Harmoniseringskontoret bestridt sagsøgerens påstand om, at udøvelsen af selskabets ret til kontradiktion er blevet besværliggjort af anvendelsen af engelsk. Således fremgår det for det første af brevvekslingen mellem Harmoniseringskontorets instanser og sagsøgeren, at såvel sidstnævnte, der er et amerikansk selskab, som sagsøgerens repræsentant forstår engelsk. For det andet følger det af den omstændighed, at samtlige bemærkninger, der er fremsat af sagsøgeren, samt størstedelen af de dokumenter, som sagsøgeren har fremlagt for Harmoniseringskontoret, var affattet på engelsk, at anvendelsen af dette sprog reelt var den mest praktiske løsning for sagsøgeren.

Rettens bemærkninger

28 Indledningsvis bemærkes, at sagsøgeren inden for rammerne af det foreliggende anbringende i det væsentlige har gjort to særskilte klagepunkter gældende. For det første bestrider sagsøgeren den begrundelse, der lå til grund for appelkammerets

konklusion om, at den ulovlighed, undersøgeren begik ved at træffe afgørelse på engelsk, henset til omstændighederne i det konkrete tilfælde ikke ville medføre, at afgørelsen blev annulleret på grund af tilsidesættelse af retten til kontradiktion. For det andet kritiserer sagsøgeren appelkammeret for at have anlagt en snæver fortolkning af artikel 115, stk. 4, i forordning nr. 40/94.

- 29 Hvad angår det første klagepunkt bemærkes, at appelkammeret annullerede undersøgerens afgørelse af andre grunde end tilsidesættelsen af sprogreglerne for sagens behandling, og at appelkammeret selv realitetsbehandlede den EF-varemærkeansøgning, der ligger til grund for den foreliggende tvist. Under disse omstændigheder og i betragtning af, at sagsøgeren ikke har gjort gældende, at en annullation af undersøgerens afgørelse støttet på konstateringen af en tilsidesættelse af artikel 115, stk. 4, i forordning nr. 40/94 skulle føre til, at appelkammeret hjemviste sagen til undersøgeren i stedet for at foretage sin egen realitetsbehandling, må det fastslås, at sagsøgeren ikke har nogen interesse i, at Retten bedømmer, hvorvidt det var med urette, at appelkammeret ikke støttede annullationen af nævnte afgørelse på den ovenfor omtalte konstatering. Dette klagepunkt må følgelig afvises.
- 30 Det påhviler imidlertid Retten at efterprøve, om den omstændighed, at undersøgerens afgørelse blev meddelt sagsøgeren på et andet sprog end behandlings-sproget, kan have haft indflydelse på sagsøgerens udøvelse af sin klageret og sin ret til kontradiktion under sagen for appelkammeret og dermed på den anfægtede afgørelses lovlighed.
- 31 Vedrørende det andet klagepunkt skal der først henvises til, at artikel 115, stk. 4, i forordning nr. 40/94 om fastsættelse af en sprogordning, der finder anvendelse på ex parte-procedurer for Harmoniseringskontoret, angiver det sprog, på hvilket ansøgningen om registrering af EF-varemærket er indgivet, som behandlingssprog. I henhold til samme bestemmelse har Harmoniseringskontoret adgang til at sende skriftlige meddelelser til ansøgeren på det andet sprog, som denne har angivet, såfremt EF-varemærkeansøgningen ikke er indgivet på et af Harmoniseringskontorets sprog.

32 Dernæst skal der henvises til, at Domstolen i dom af 9. september 2003, afsagt i appelsagen Kik mod KHIM (sag C-361/01 P, Sml. I, s. 8283), fastslog, at det følger af artikel 115, stk. 4, i forordning nr. 40/94, at muligheden for at anvende det andet sprog, der er angivet i registreringsansøgningen, til at rette skriftlige meddelelser til ansøgeren er en undtagelse til princippet om anvendelse af behandlingssproget, og at udtrykket skriftlige meddelelser derfor skal fortolkes snævert (dommens præmis 45). Domstolen fastslog dernæst, at en sag består af en række dispositioner, der skal foretages ved behandlingen af en ansøgning. Det følger heraf, at udtrykket »administrative akter« i henhold til artikel 115, stk. 4, i forordning nr. 40/94 omfatter alle de dispositioner, som fællesskabsbestemmelserne kræver eller forudsætter til behandlingen af EF-varemærkeansøgningen, samt de akter, der er nødvendige til denne behandling, som f.eks. meddelelser, anmodninger om berigtigelser, anmodninger om oplysninger eller andre akter. Alle disse akter skal således udfærdiges af Harmoniseringskontoret på det sprog, på hvilket ansøgningen om registrering er indgivet (dommens præmis 46). I modsætning til administrative akter er »skriftlige meddelelser« som nævnt i artikel 115, stk. 4, andet punktum, i forordning nr. 40/94 alle de meddelelser, som indholdsmæssigt ikke kan sammenlignes med en administrativ akt, som f.eks. de skrivelser, hvorved Harmoniseringskontoret fremsender administrative akter, eller hvorved det meddeler ansøgerne oplysninger (dommens præmis 47).

33 Det er i lyset af denne fortolkning, at det i det konkrete tilfælde skal bedømmes, om den anfægtede afgørelse er truffet under tilsidesættelse af artikel 115, stk. 4, i forordning nr. 40/94.

34 I denne forbindelse skal det først konstateres, at meddelelsen fra den første referent i sagen, D.T. Keeling, af 3. april 2000, hvorved sagsøgeren opfordredes til at fremsætte sine bemærkninger til visse spørgsmål, som klagen rejste, og til at fremkomme med nye beviser, ubestrideligt er omfattet af udtrykket »administrative akter« for så vidt angår anvendelsen af artikel 115, stk. 4, i forordning nr. 40/94, som defineret af Domstolen i præmis 46 i dommen af 9. september 2003 i sagen Kik mod KHIM.

- 35 I modsætning til meddelelsen af 23. maj 2001 fra S. Mandel, hvorved sagsøgeren alene oplystes om, hvilket stadium sagen befandt sig på, og om, hvilke skridt der var taget med henblik på behandlingen af sagsøgerens klage, havde meddelelsen af 3. april 2000, der var blevet udarbejdet på grundlag af artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 216/96, nemlig til formål at anmode sagsøgeren om supplerende bemærkninger vedrørende de sprogeregler, som sagen var undergivet, og at supplere bevisoptagelsen i sagen.
- 36 I betragtning af nævnte meddelelses karakter må det konstateres, at appelkammeret ved at henvende sig til sagsøgeren på et andet sprog end behandlingssproget har tilsidesat den sprogordning, der i henhold til artikel 115, stk. 4, i forordning nr. 40/94 finder anvendelse på ex parte-procedurer for Harmoniseringskontoret. Sagen for appelkammeret er derfor behæftet med en mangel.
- 37 Dernæst bemærkes, at noten af 14. februar 2002 indeholder de bemærkninger fra Harmoniseringskontorets vicepræsident, der er anmodet om i medfør af artikel 11 i forordning nr. 216/96, hvoraf fremgår, at appelkammeret på eget initiativ eller efter skriftlig og begrundet anmodning fra Harmoniseringskontorets præsident kan opfordre denne til skriftligt eller mundtligt at fremsætte sine bemærkninger til spørgsmål af generel interesse i forbindelse med en sag, der er til behandling ved appelkammeret. Det bemærkes, at denne note — selv om den er et internt dokument fra Harmoniseringskontoret — er en administrativ akt i den forstand, hvori udtrykket er præciseret af Domstolen i præmis 46 i dommen af 9. september 2003 i sagen Kik mod KHIM. For så vidt som det i artikel 11, andet punktum, i forordning nr. 216/96 er bestemt, at sagens parter har ret til at tage stilling til de bemærkninger, der er anmodet om i henhold til samme artikels første punktum, er disse bemærkninger således udtryk for Harmoniseringskontorets stillingtagen, over for hvilken parternes ret til kontradiktion er gældende, og hvorom parterne følgelig har krav på at modtage meddelelse på behandlingssproget.
- 38 Det følger heraf, at appelkammeret ved i det foreliggende tilfælde at have fremsendt noten af 14. februar 2002 til sagsøgeren på et andet sprog end behandlingssproget har gentaget den fejl, som meddelelsen af 3. april 2000 er behæftet med.

- 39 Det skal herefter undersøges, om de mangler, der er konstateret i præmis 36 og 38 ovenfor, henset til omstændighederne i sagen konkret har påvirket sagsøgerens ret til kontradiktion. Desuden skal det bedømmes, om og i givet i fald i hvilket omfang den omstændighed, at undersøgerens afgørelse blev meddelt sagsøgeren på et andet sprog end behandlingssproget, selv om det er åbenbart, at en retsakt, der har karakter af en afgørelse, ikke kan sidestilles med en »skriftlig meddelelse« i den forstand, hvori udtrykket er præciseret af Domstolen i dommen af 9. september 2003 i sagen Kik mod KHIM, har kunnet gribe forstyrrende ind i sagsøgerens udøvelse af sin klageret.
- 40 I denne forbindelse bemærkes indledningsvis, at sagsøgeren i sin skriftlige begrundelse for klagen over undersøgerens afgørelse af 9. august 1999 udtømmende har undersøgt indholdet af den vedtagne afgørelse, idet sagsøgeren nøjagtigt har taget til genmæle over for de forskellige dele af den argumentation, som afgørelsens konklusion er støttet på. Ud over klagepunktet om tilsidesættelse af artikel 115, stk. 4, i forordning nr. 40/94 har sagsøgeren således over for denne afgørelse gjort to anbringender gældende om væsentlige formelle mangler vedrørende henholdsvis tilsidesættelsen af sagsøgerens ret til at blive hørt og begrundelsens utilstrækkelige og selvmodsigende karakter, samt gjort to realitetsanbringender gældende, hvormed selskabet bestred undersøgerens bedømmelse vedrørende det ansøgte varemærkes manglende særpræg og påtalte fraværet af betingelserne for anvendelsen af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 samt fremførte et anbringende om tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling.
- 41 Det følger af denne skriftlige begrundelse, at sagsøgeren var i stand til fuldt ud at forstå begrundelsen for undersøgerens afgørelse og følgelig til at tage til genmæle over for den i forbindelse med sin klage. Under disse omstændigheder kan det ikke konkluderes, at det konkret har påvirket eller vanskeliggjort sagsøgerens udøvelse af sin klageret, eller at det på nogen måde har påvirket sagsøgerens udøvelse af sin ret til kontradiktion under sagen for appelkammeret, at den meddelelse, der blev givet sagsøgeren om undersøgerens afgørelse, var affattet på et andet sprog end behandlingssproget.

- 42 Hvad dernæst angår meddelelsen af 3. april 2000 fra D.T. Keeling må det konstateres, at sagsøgeren besvarede meddelelsen ved telefax af 1. juni 2000, hvorved selskabet tog til genmæle over for alle de punkter, der var blevet rejst over for det. For det første bestred sagsøgeren såvel relevansen som rigtigheden af referentens bemærkninger om undersøgerens tilsidesættelse af sagens sprogordning. For det andet afviste selskabet den af referenten anlagte synsvinkel med hensyn til klagepunktet om tilsidesættelse af sagsøgerens ret til at blive hørt og angav grundene til, at det ansøgte varemærke ikke kunne anses for at være beskrivende. Desuden benyttede sagsøgeren sig af den mulighed, selskabet blev tilbudt, om at fremkomme med nye dokumenter med henblik på at godtgøre, at det omhandlede varemærke havde fået fornødent særpræg ved brug.
- 43 Under disse omstændigheder må det fastslås, at sagsøgeren var i stand til såvel fuldt ud at forstå rækkevidden af de spørgsmål, der blev stillet i meddelelsen af 3. april 2000, som til at benytte sig af den adgang, selskabet var blevet tildelt, til at fremlægge yderligere oplysninger.
- 44 Hvad endelig angår noten af 14. februar 2002, der indeholdt de bemærkninger, som appelkammeret havde anmodet om i medfør af artikel 11 i forordning nr. 216/96, bemærkes, at sagsøgeren, der blev opfordret til at tage stilling til denne note, afholdt sig herfra. Uanset spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgeren afholdt sig herfra som følge af, at nævnte note blev meddelt selskabet på et andet sprog end behandlingssproget, bemærkes, at appelkammeret ikke fulgte den fortolkning, der blev anbefalet af Harmoniseringskontorets præsidents kabinet. Selv om det antages, at sagsøgeren på grund af det sprog, noten var affattet på, ikke var i stand til fuldt ud at forstå indholdet heraf, må det derfor konstateres, at denne omstændighed ikke i noget tilfælde har kunnet påvirke sagsøgerens kontradiktion.
- 45 Henset til alt det ovenfor anførte må det konkluderes, at sagsøgerens ret til kontradiktion på trods af de procedurefejl, der er begået af appelkammeret, ikke er blevet tilsidesat i det konkrete tilfælde.

- 46 Det følger heraf, at det første anbringende skal forkastes.

Det andet anbringende vedrørende den urimeligt langvarige sagsbehandling for appelkammeret

Parternes argumenter

- 47 Sagsøgeren har gjort gældende, at appelkammeret har tilsidesat artikel 6 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (EMK), undertegnet i Rom den 4. november 1950, for så vidt som det fremgår af denne bestemmelse, at der skal træffes afgørelse i tvister inden for en rimelig frist. Denne bestemmelse finder anvendelse på Harmoniseringskontorets appelkamre, da de udøver domstolslignende funktioner og derfor er forpligtede til at overholde de fællesskabsretlige processuelle principper, herunder princippet om overholdelse af en rimelig frist.
- 48 Sagsøgeren har påpeget, at klagen over undersøgerens afgørelse, hvorved der blev givet afslag på registrering, i det konkrete tilfælde blev indgivet den 7. juni 1999, og at den anfægtede afgørelse blev truffet den 30. maj 2002 og meddelt sagsøgeren den 24. juni 2002, dvs. mere end to år efter indgivelsen af klagen. Denne varighed er urimelig, og dette så meget mere som der er tale om en ex parte-procedure.
- 49 Ifølge sagsøgeren bør en sådan varighed medføre, at den anfægtede afgørelse annulleres.

- 50 Harmoniseringskontoret har bestridt, at EMK's artikel 6 finder anvendelse på appelkamrene. Selv om det er rigtigt, at forordning nr. 40/94 kræver af appelkamrenes medlemmer, at de fremlægger talrige garantier for uafhængighed, er appelkamrene alene en sidste instans ved Harmoniseringskontoret og har del i kontorets funktion som et administrativt organ, der forestår forvaltningen af EF-varemærkeordningen. En klage til et af disse kamre er således snarere en intern administrativ klage end en sag for en domstol.

Rettens bemærkninger

- 51 Det bemærkes, at princippet om overholdelse af en rimelig frist, der — som en bestanddel af princippet om god forvaltningsskik — også følger af artikel 41, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, der blev proklameret i Nice den 7. december 2000 (EFT 2000 C 364, s. 1), finder anvendelse på enhver fællesskabsretlig administrativ procedure (jf. i denne retning Rettens dom af 22.10.1997, forenede sager T-213/95 og T-18/96, SCK og FNK mod Kommissionen, Sml. II, s. 1739, af 7.10.1999, sag T-228/97, Irish Sugar mod Kommissionen, Sml. II, s. 2969, præmis 276, vedrørende procedurerne for anvendelse af konkurrencereglerne, af 30.9.2003, sag T-196/01, Aristoteleio Panepistimio Thessalonikis mod Kommissionen, Sml. II, s. 3987, præmis 229, vedrørende en procedure om ophævelse af støtte fra strukturfonde, af 30.5.2002, sag T-197/00, Onidi mod Kommissionen, Sml. Pers. I-A, s. 69, og II, s. 325, præmis 91, og af 12.9.2000, sag T-259/97, Teixeira Neves mod Domstolen, Sml. Pers. I-A, s. 169, og II, s. 773, præmis 123, vedrørende disciplinære procedurer over for Fællesskabets tjenestemænd).
- 52 Det nævnte princip finder ligeledes anvendelse på sagerne for Harmoniseringskontorets forskellige instanser, herunder sager for appelkamrene.

- 53 Det følger af fast retspraksis, at en tilsidesættelse af princippet om en rimelig frist, for så vidt den bevises, imidlertid ikke automatisk berettiger til at annullere den anfægtede beslutning (jf. Rettens dom i sagen Aristoteleio Panepistimio Thessalonikis mod Kommissionen, præmis 233 og den deri nævnte retspraksis).
- 54 Under de i hovedsagen foreliggende omstændigheder skal det andet anbringende, for så vidt som det er gjort gældende af sagsøgeren til støtte for selskabets annullationspåstand, forkastes som irrelevant.
- 55 I en sag som den foreliggende, hvor Harmoniseringskontoret er blevet forelagt en ansøgning om registrering af et EF-varemærke, har ansøgeren i øvrigt ingen interesse i, at Retten i forbindelse med en påstand om annulation af et appelkammers afgørelse, hvorved et afslag på en registreringsansøgning er blevet stadfæstet, annullerer denne afgørelse alene med den begrundelse, at den er blevet truffet efter udløbet af en rimelig frist. En sådan annulation ville således alene forsinke Harmoniseringskontorets stillingtagen til den indgivne registreringsansøgning yderligere, og dette til skade for ansøgeren.

Det tredje anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 73 i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

- 56 Ifølge sagsøgeren har appelkammeret tilsidesat artikel 73 i forordning nr. 40/94, da det — for at underbygge sin vurdering med hensyn til det ansøgte varemærkes mangel på fornødent særpræg — i den anfægtede afgørelses punkt 45 støttede sig på resultaterne af en søgning på internettet, der ikke først var blevet meddelt sagsøgeren.

- 57 Harmoniseringskontoret har gjort opmærksom på, at de oplysninger, som er nævnt i den anfægtede afgørelses punkt 45, alene udgør et supplement til de betragtninger, der er lagt til grund af appelkammeret med hensyn til det omhandlede varemærkes fornødne særpræg.

Rettens bemærkninger

- 58 Det bemærkes, at ifølge artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94 må Harmoniseringskontorets afgørelser kun støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om.
- 59 Et appelkammer ved Harmoniseringskontoret kan efter denne bestemmelse kun støtte afgørelsen på faktiske eller retlige forhold, om hvilke parterne har haft mulighed for at fremkomme med deres bemærkninger (Domstolens dom af 21.10.2004, sag C-447/02 P, KWS Saat mod KHIM, Sml. I, s. 10107, præmis 42). Såfremt appelkammeret ex officio indhenter faktiske oplysninger, der skal danne grundlag for dets afgørelse, er det følgelig forpligtet til at give parterne meddelelse herom, for at de kan fremsætte deres bemærkninger (dommen i sagen KWS Saat mod KHIM, præmis 43).
- 60 I det konkrete tilfælde har appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 45 anført, at »de varer, der er genstand for ansøgningen, henhører under kategorien af varer til sund kost — en kategori, hvor ord som »top« er almindelig anvendt i den engelsktalende del af Fællesskabet til at præsentere en liste over »top products«, som det fremgår af en hurtig søgning på internettet«. Den internetadresse, hvorpå denne søgning blev foretaget, er herefter angivet.

- 61 Det er ubestridt, at appelkammeret imidlertid hverken har givet sagsøgeren meddelelse om indholdet af denne internetside eller om resultaterne af den søgning, der er omtalt i det ovenfor nævnte punkt i den anfægtede afgørelse.
- 62 Herved har appelkammeret tilsidesat artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94.
- 63 Ikke desto mindre skal der henvises til, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 44 anførte, at »ordet »top« i øjeblikket udgør en generel, sædvanlig og almindeligt anvendt betegnelse på området for de omhandlede varer på samme måde som ordene »best«, »excellent« og »super««. I punkt 46 anførte appelkammeret, at »ordet »top« kun er blevet anvendt for at oplyse den tilsigtede kundekreds om en af egenskaberne ved de omhandlede varer, nemlig at der er tale om de bedste kosttilskud på markedet«, og appelkammeret konkluderede herom, at »den tilsigtede kundekreds, der vil støde på de omhandlede varer og tjenesteydelser, vil følgelig kun tilskrive ordet »top« den åbenbare betydning, der er beskrevet ovenfor, og vil ikke opfatte ordet som et varemærke«.
- 64 Disse grunde, der er støttet på selvstændige betragtninger i forhold til henvisningen til resultaterne af den søgning på internettet, der er nævnt i den anfægtede afgørelses punkt 45 — betragtninger, som sagsøgeren i øvrigt allerede var bekendt med, idet det var dem, der var blevet lagt til grund af undersøgeren — er tilstrækkelige til at berettigte, at det foreliggende anbringende forkastes.
- 65 Den konstatering, som er indeholdt i den anfægtede afgørelses punkt 45, og som er et resultat af søgninger foretaget af appelkammeret, hvorefter ord såsom »top« er almindeligt anvendt i forbindelse med de omhandlede varer til at præsentere en liste over »top products«, har alene til formål at underbygge konklusionen om, at ordet »top« udgør en betegnelse, der er sædvanlig eller almindeligt anvendt på området for de omhandlede varer, og er derfor ikke et nødvendigt element i begrundelsen for afslaget på registreringsansøgningen.

- ⁶⁶ Det følger heraf, at den fejl, som den anfægtede afgørelses punkt 45 er behæftet med i relation til artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94, ikke bevirker, at afgørelsen skal annulleres (jf. i denne retning dommen i sagen KWS Saat mod KHIM, præmis 50, og Rettens dom af 31.3.2004, sag T-216/02, Fieldturf mod KHIM (LOOKS LIKE GRASS... FEELS LIKE GRASS... PLAYS LIKE GRASS), Sml. II, s. 1023, præmis 41).
- ⁶⁷ Følgelig kan der ikke gives medhold i det tredje anbringende, som sagsøgeren har gjort gældende til støtte for selskabets annullationspåstand.

Det fjerde anbringende om manglende begrundelse

Parternes argumenter

- ⁶⁸ Sagsøgeren har gjort gældende, at den anfægtede afgørelses begrundelse alene indeholder vage og ubestemte påstande, der ikke kan underbygge appelkammerets konklusioner om, at det ansøgte varemærke angiveligt er beskrivende og mangler fornødent særpræg.
- ⁶⁹ Hvad navnlig angår den del af begrundelsen, der vedrører bedømmelsen af det omhandlede tegns fornødne særpræg, er der i den anfægtede afgørelse blot fremført forhold, der hidrører fra en undersøgelse i medfør af artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94, uden at der er fremført en selvstændig argumentation med hensyn til anvendelsen af samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra b), hvilket er i

strid med det, der er påkrævet i henhold til Rettens faste praksis og navnlig i henhold til Rettens dom af 27. februar 2002, Eurocool Logistik mod KHIM (EUROCOOL) (sag T-34/00, Sml. II, s. 683, præmis 25), hvorefter de absolutte registreringshindringer i artikel 7, stk. 1, litra b) og c), i forordning nr. 40/94 er uafhængige af hinanden og har hvert sit anvendelsesområde.

70 Sagsøgeren har udledt heraf, at den anfægtede afgørelse savner begrundelse.

71 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at dette anbringende skal forkastes, og har anført, at den anfægtede afgørelses begrundelse gør det muligt for sagsøgeren at få kendskab til grundene til afslaget på selskabets registreringsansøgning.

Rettens bemærkninger

72 Forpligtelsen til at begrunde Harmoniseringskontorets afgørelser er fastslået i artikel 73, første punktum, i forordning nr. 40/94, og i henhold til fast retspraksis skal denne begrundelse gøre det muligt i givet fald at få kendskab til grundene til, at registreringsansøgningen afvises, og give mulighed for effektivt at anfægte den omtvistede afgørelse (Rettens dom af 9.10.2002, sag T-173/00, KWS Saat mod KHIM (orange nuance), Sml. II, s. 3843, præmis 54 og 55; se ligeledes i denne retning Rettens domme af 31.1.2001, sag T-135/99, Taurus-Film mod KHIM (Cine Action), Sml. II, s. 379, præmis 35, og sag T-136/99, Taurus-Film mod KHIM (Cine Comedy), Sml. II, s. 397, præmis 35).

- 73 For det første har appelkammeret i denne sag i den anfægtede afgørelses punkt 38 angivet grundene til, at appelkammeret konkluderede, at det ansøgte varemærke var beskrivende, nemlig i det væsentlige den omstændighed, at varemærket alene var sammensat af et anprisende udtryk, der i handelen kan anvendes til at oplyse forbrugeren om de omhandlede varers meget høje kvalitet.
- 74 For det andet fremgår det — i modsætning til det af sagsøgeren anførte — af den anfægtede afgørelses punkt 41-50, at det er ved hjælp af en selvstændig argumentation, der er støttet på konstateringen af, at det tegn, der er søgt registreret, består af en betegnelse, der er generel, sædvanlig eller almindeligt anvendt i forbindelse med de omhandlede varer, at appelkammeret er nået frem til konklusionen om, at tegnet mangler fornødent særpræg.
- 75 Det følger heraf, at den anfægtede afgørelses begrundelse — om end kortfattet — gjorde det muligt for sagsøgeren at få kendskab til grundene til afslaget på selskabets registreringsansøgning og effektivt at udarbejde sine anbringender i forbindelse med den foreliggende retssag.
- 76 Det fjerde anbringende om tilsidesættelse af begrundelsespligten må derfor forkastes som ugrundet.

Det femte anbringende om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b) og c)

Parternes argumenter

- 77 Sagsøgeren har indledningsvis anført, at det forbud mod at registrere rent beskrivende tegn som EF-varemærker, der er fastlagt i artikel 7, stk. 1, litra c), i

forordning nr. 40/94, har til formål at forhindre registreringen af tegn, der, som følge af, at de svarer til den sædvanlige betegnelse for kategorien af de omhandlede varer eller tjenesteydelser, savner evnen til at individualisere den virksomhed, der markedsfører de varer eller tjenesteydelser, som er omfattet af disse tegn. Som følge heraf er det, ifølge sagsøgeren, kun de tegn, der er egnede til at blive almindeligt anvendt af forbrugeren til direkte og særligt at betegne kvaliteten af eller til på samme måde at beskrive en egenskab ved de af registreringsansøgningen omfattede varer eller tjenesteydelser, der kan kvalificeres som rent beskrivende tegn.

78 Når bortses fra vage og generelle påstande har appelkammeret ikke i det konkrete tilfælde godtgjort, at ordet »top«, som det ansøgte varemærke er sammensat af, i en af dets forskellige betydninger bliver anvendt eller kan anvendes som en angivelse af en kvalitetsmæssig egenskab ved nogen af de omhandlede varer.

79 Hvad dernæst angår anvendelsen af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 har sagsøgeren først anført, at et tegns fornødne særpræg skal bedømmes i forhold til de varer, for hvilke tegnet er søgt registreret.

80 Sagsøgeren har dernæst henvist til, at det fremgår af Rettens praksis, at manglen på fornødent særpræg for et tegn, der er søgt registreret, ikke kan følge af den blotte konstatering af, at nævnte tegn mangler originalitet eller et tilskud af fantasi.

81 Således er ethvert tegn, der savner ethvert element af originalitet eller kreativitet — selv når det er sammensat af et eller flere ord i gængs sprogbrug — egnet til at blive registreret som EF-varemærke på betingelse af, at det er egnet til at identificere oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, som det skal tjene til at betegne.

- 82 Hverken undersøgeren eller appelkammeret har imidlertid godtgjort, at ordet »top«, der er søgt registreret, ikke er egnet til at opfylde en sådan funktion.
- 83 Idet det omhandlede tegn er sammensat af et enkelt og kort ord, der er nemt at huske, og hvis udtale er let på alle Fællesskabets sprog, er det derimod egnet til at individualisere sagsøgerens varer og til at adskille dem fra en anden producents varer.
- 84 Harmoniseringskontoret har for så vidt angår anvendelsen af artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 for det første anført, at det ansøgte varemærke udelukkende er sammensat af et ord, der kan tjene til at beskrive en af egenskaberne ved de omhandlede varer. I denne forbindelse har Harmoniseringskontoret præciseret, at ordet »top« er et anprisende udtryk, som er almindeligt anvendt på engelsk til at beskrive de omhandlede varers gode kvalitet, og som ikke frembyder nogen synlig forskel i forhold til den terminologi, der anvendes i gængs sprogbrug, som ville gøre det muligt for de berørte forbrugere at anse ordet for en angivelse af de omhandlede varers handelsmæssige oprindelse.
- 85 Hvad dernæst angår sagsøgerens klagepunkt om en påstået tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 har Harmoniseringskontoret anført, dels at ordet »top« er et almindeligt lovprisende ord på det engelske sprog, der er almindeligt anvendt som generisk betegnelse såvel i fødevaresektoren generelt som i den særlige sektor for næringsmidler og urtekosttilskud, dels at det er med rette, at appelkammeret fandt, at den relevante kundekreds ikke ville opfatte ordet »top« som en angivelse af de omhandlede varers handelsmæssige oprindelse, men snarere som en oplysning om disse varers kvalitet.

Rettens bemærkninger

- 86 Sagsøgerens andet klagepunkt om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 skal undersøges først.
- 87 Det bemærkes, at det følger af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, at »varemærker, som mangler fornødent særpræg«, er udelukket fra registrering.
- 88 De tegn, der mangler fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, kan ikke udføre varemærkets væsentligste funktion, nemlig at identificere varens eller tjenesteydelsens handelsmæssige oprindelse, således at forbrugeren, der køber den vare eller tjenesteydelse, som varemærket betegner, i en senere købsituation får mulighed for at træffe det samme valg, hvis han var tilfreds, eller træffe et andet valg, hvis han var utilfreds (Rettens dom af 9.10.2002, sag T-360/00, Dart Industries mod KHIM (UltraPlus), Sml. II, s. 3867, præmis 42).
- 89 Spørgsmålet om, hvorvidt et tegn har særpræg, kan kun vurderes dels i forhold til de varer eller tjenesteydelser, som registreringsansøgningen vedrører, dels i forhold til den relevante kundekreds' opfattelse heraf (UltraPlus-dommen, præmis 43).
- 90 I denne sag fandt appelkammeret, at ordet »top« manglede fornødent særpræg på grundlag af sin konstatering af ordets anprisende karakter, og fordi det udgjorde en sædvanlig betegnelse eller enbetegnelse, der er almindeligt anvendt i forbindelse

med de pågældende varer (den anfægtede afgørelses punkt 44 og 46). Endvidere var det appelkammerets opfattelse, at for så vidt som forbrugeren ville opfatte dette ord som et udtryk for fabrikantens lovprisning af varernes kvalitet, ville den pågældende heri ikke se et tegn, der havde fornødent særpræg i forhold til varernes oprindelse (den anfægtede afgørelses punkt 46).

- 91 Det skal indledningsvis anføres, at det ikke er nødvendigt at fastslå, at tegnet er originalt eller fantasifuldt for at godtgøre, at det har fornødent særpræg (jf. i denne retning *Cine Action-dommen*, præmis 31, *EUROCOOL-dommen*, præmis 45, og *UltraPlus-dommen*, præmis 45).
- 92 Hvad angår den relevante kundekreds skal det anføres — som appelkammeret har gjort det uden på dette punkt at blive modsagt af sagsøgeren — at næringsmidler og urtecosttilskud er beregnet til almindeligt forbrug og dermed til forbrugere, hvis opmærksomhedsniveau ikke er så specifikt, at det kan påvirke deres opfattelse af tegnet. Den relevante kundekreds består dermed af almindeligt oplyste, rimeligt opmærksomme og velunderrettede gennemsnitsforbrugere (jf. i denne retning *Domstolens dom af 22.6.1999*, sag C-342/97, *Lloyd Schuhfabrik Meyer*, Sml. I, s. 3819, præmis 26, og *Rettens dom af 7.6.2001*, sag T-359/99, *DKV mod KHIM (EuroHealth)*, Sml. II, s. 1645, præmis 27, samt *UltraPlus-dommen*, præmis 46).
- 93 Det bemærkes først, at ordet »top«, som stammer fra det engelske sprog, men som ligeledes er almindeligt anvendt i Fællesskabets andre sprog, henhører under superlativkategorien og kan anvendes som selvstændigt eller påsat substantiv. Da det varemærke, der er søgt registreret, udelukkende er sammensat af dette ord, må ordet ud fra en grammatisk synsvinkel anses for at fungere som substantiv.

- 94 Dernæst bemærkes, at ordet »top« i det foreliggende tilfælde — i modsætning til, hvad der var tilfældet med ordet »ultraplus« i den sag, der gav anledning til UltraPlus-dommen — bliver anvendt i dets normale grammatiske form og udgør ikke en »[mærkbar afvigelse] fra leksikalsk korrekt opbygning« i UltraPlus-dommens forstand (præmis 47).
- 95 Desuden bemærkes, at selv om det er rigtigt, at tegnet »top« på grund af dets generelle betydning, der på en ubestemt måde lovpriser arten, funktionen, kvaliteten eller en af egenskaberne ved en hvilken som helst vare eller tjenesteydelse, ikke gør det muligt for forbrugeren at forestille sig, hvilken type vare eller tjenesteydelse tegnet knytter sig til, forholder det sig ikke desto mindre således, at dette ordmærke netop som følge af dets almindelige anvendelse i gængs sprogbrug samt i handelen som et generelt lovprisende udtryk ikke kan anses for egnet til at individualisere den handelsmæssige oprindelse for de varer, det betegner, og således til at opfylde varemærkets væsentligste funktion.
- 96 Endelig bemærkes, at selv om et sådant tegn — som sagsøgeren har påpeget — nemt og umiddelbart kan huskes af den relevante kundekreds, betyder det forhold, at tegnet kan anvendes på en sådan måde af en hvilken som helst fabrikant eller tjenesteyder med henblik på at reklamere for den pågældendes varer eller tjenesteydelser, at brugen af tegnet ikke er forbeholdt en enkelt virksomhed, heller ikke hvis en sådan eneret kun ville vedrøre et specifikt område, som området for næringsmidler og urtekosttilskud og lignende varer.
- 97 Det følger af ovenstående betragtninger, at appelkammeret ikke har foretaget en fejlagtig bedømmelse ved at konkludere, at det varemærke, der er søgt registreret, manglede fornødent særpræg.
- 98 Det andet klagepunkt, der er gjort gældende i forbindelse med det femte anbringende, skal derfor forkastes som ugrundet.

- 99 Da tilstedeværelsen af en enkelt af de absolutte registreringshindringer, der er fastsat i artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 40/94, er tilstrækkelig til at berettige afslaget på registrering af et varemærke, skal det femte anbringende forkastes, uden at det er nødvendigt at tage stilling til det første klagepunkt om en fejlagtig anvendelse af artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94, da denne bestemmelse under alle omstændigheder er irrelevant i det konkrete tilfælde.

Det sjette anbringende, der er fremført subsidiært, om en urigtig bedømmelse ved anvendelsen af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

- 100 Ifølge sagsøgeren har appelkammeret på en fejlagtig måde bedømt de beviser, som sagsøgeren har fremlagt til støtte for, at det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug i overensstemmelse med artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94. Særligt har sagsøgeren kritiseret appelkammeret for at have undersøgt de forskellige oplysninger hver for sig i stedet for at foretage en samlet vurdering af dem. Bedømt som en helhed ville de nævnte oplysninger have godtgjort, at sagsøgeren i vidt omfang har anvendt sit varemærke før indgivelsen af registreringsansøgningen.
- 101 Ifølge Harmoniseringskontoret er det med rette, at appelkammeret fandt, at de oplysninger, der var fremlagt af sagsøgeren, ikke godtgjorde, at der var opnået fornødent særpræg ved brug.

Rettens bemærkninger

- 102 Det fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 53-55, at appelkammeret fastslog, at uddragene fra sagsøgerens kataloger for det første var uden relevans som beviser med den begrundelse, at det hverken var muligt at fastlægge deres trykkedato eller omfanget af deres udbredelse til den offentlighed, der er etableret inden for Fællesskabet, og at oplysningerne om sagsøgerens salgstal for det andet var uden relevans som beviser på grund af deres udetaljerede karakter og den omstændighed, at disse oplysninger hverken var bekræftet af en bogholder eller var ledsaget af fakturaer.
- 103 Hvad angår uddraget af tryksagen »Sun spot«, der er udgivet af sagsøgeren, der vedrører juli måned 1993, januar måned 1995, februar måned 1996, juni måned 1996 og august måned 1997, fandt appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 56, at i mangel af præciseringer med hensyn til oplagstal og geografiske distributionsområder for denne udgivelse, udgjorde den ikke en oplysning, der var egnet til at godtgøre, at det varemærke, der var søgt registreret, havde fået fornødent særpræg i den relevante del af Fællesskabet.
- 104 Det må konstateres, at sagsøgeren ikke engang har forsøgt at bestride appelkammerets konklusioner med hensyn til de fremlagte bevisers mangel på relevans eller med hensyn til deres beviskraft, der er fundet utilstrækkelig til at berettige, at artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 anvendes i det konkrete tilfælde.
- 105 Sagsøgeren har blot kritiseret appelkammeret for at have foretaget en usammenhængende analyse af de forskellige fremlagte oplysninger og for ikke at have vurderet dem samlet.
- 106 Under disse omstændigheder er det tilstrækkeligt at bemærke, at appelkammeret ikke har foretaget en fejlagtig bedømmelse ved at bedømme relevansen og beviskraften af de oplysninger, sagsøgeren har fremlagt, hver for sig, da der er tale om dokumenter og oplysninger af forskellig art.

107 Sagsøgerens sjette, subsidært fremførte anbringende må derfor forkastes.

108 Henset til samtlige ovenfor anførte betragtninger må annullationspåstanden forkastes.

De øvrige påstande

Påstanden om, at Harmoniseringskontoret tilpligtes at godtgøre sagsøgeren de oversættelsesomkostninger, selskabet har afholdt under sagen for undersøgeren og sagen for appelkammeret

Parternes argumenter

109 Sagsøgeren har gjort gældende, at selskabet har været nødsaget til at lade samtlige processkrifter oversætte til engelsk som følge af, at undersøgeren og appelkammeret konsekvent så bort fra sagsbehandlingssproget. Som følge heraf har sagsøgeren afholdt visse omkostninger, som efter sagsøgerens opfattelse bør pålægges Harmoniseringskontoret.

110 Harmoniseringskontoret har bestridt sagsøgerens påstande.

Rettens bemærkninger

111 Det må konstateres, at sagsøgeren til støtte for sin påstand hverken har fremlagt oplysninger, der kan påvise rigtigheden af selskabets anbringender, eller kan godtgøre størrelsen af de oversættelsesomkostninger, sagsøgeren hævder at have afholdt.

112 Under disse omstændigheder må nævnte påstand nødvendigvis forkastes.

Den subsidiaire påstand om erstatning for det tab, der er lidt som følge af den urimeligt langvarige sagsbehandling for appelkammeret

Parternes argumenter

113 Subsidiært har sagsøgeren nedlagt påstand om at få erstatning for den efter sagsøgerens opfattelse urimeligt lange sagsbehandlingstid for appelkammeret.

- 111 Harmoniseringskontoret har påpeget, at sagsøgeren for det første ikke har angivet det tab, selskabet skulle have lidt som følge af appelkammerets påståede overskridelse af en rimelig frist, og for det andet, at varigheden af sagen for appelkammeret i betragtning af omstændighederne i det konkrete tilfælde ikke kan anses for at være urimelig.

Rettens bemærkninger

- 115 Det er tilstrækkeligt at bemærke, at sagsøgeren ikke har ført det mindste bevis for, at der foreligger noget som helst tab som følge af den påståede urimelige varighed af sagen for appelkammeret.
- 116 Under disse omstændigheder må sagsøgerens påstand om erstatning for det tab, selskabet påstår at have lidt som følge af den urimeligt langvarige sagsbehandling for appelkammeret, forkastes.
- 117 Det følger af samtlige de grunde, der er angivet ovenfor, at Harmoniseringskontoret i det hele må frifindes.

Sagens omkostninger

- 118 I henhold til 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 sagsøgeren at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Fjerde Afdeling)

- 1) **Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) frifindes.**
- 2) **Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.**

Legal

Mengozzi

Wiszniewska-Białecka

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 13. juli 2005.

H. Jung

Justitssekretær

H. Legal

Afdelingsformand