

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

10. november 2004 \*

I sag T-402/02,

**August Storck KG**, Berlin (Tyskland), ved Rechtsanwälté H. Wrage-Molkenthin, T. Reher, A. Heise og I. Rohr, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af den afgørelse, der blev truffet den 18. oktober 2002 af Andet Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 0256/2001-2), hvorved registrering af et varemærke bestående af en indpakning af papir med snoede ender (papillotform) blev afslået,

\* Processprog: tysk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESKABERS RET  
I FØRSTE INSTANS (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, H. Legal, og dommerne V. Tiili og M. Vilaras,  
justitssekretær: assisterende justitssekretær B. Pastor,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den  
27. december 2002,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den  
22. april 2003,

og efter retsmødet den 16. juni 2004,

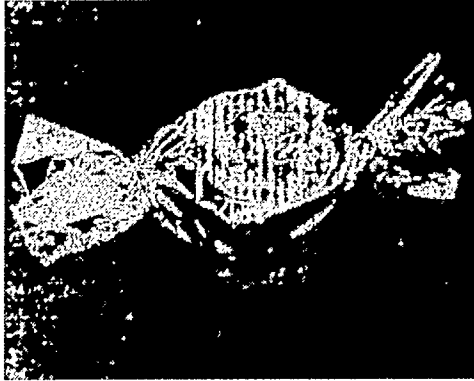
afsagt følgende

**Dom**

**Sagens baggrund**

- 1 Den 30. marts 1998 indgav sagsøgeren i medfør af Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret, en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«).

- 2 Varemærket, der er søgt registreret, vedrører en gengivelse i perspektiv af formen på en indpakning af papir med snoede ender (papillotform), som vist nedenfor:



- 3 Sagsøgeren har betegnet sit varemærke som et figurmærke, og har ansøgt om farven »lysebrun (karamel)«.
- 4 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 30 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som ændret, og svarer til følgende beskrivelse: »Bolsjer«.
- 5 Ved meddelelse af 3. august 1998 underrettede undersøgeren sagsøgeren om, at varemærket ikke ville kunne registreres i medfør af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

- 6 Ved skrivelse af 5. oktober 1998 fremsatte sagsøgeren sine bemærkninger til undersøgerens indsigelser. Efter at have betegnet det ansøgte varemærke som tredimensionalt anførte sagsøgeren, at særegenheden ved formen på den omhandlede indpakning består i dens gyldne skær, der giver indpakningen det minimum af særpræg, der er nødvendigt. Under alle omstændigheder har det ansøgte varemærke fået fornødent særpræg for »karameller« som følge af den brug, der er gjort af varemærket.
  
- 7 Efter at have præciseret, at sagsøgerens ansøgning om registrering vedrørte et figurmærke, afslog undersøgeren ved afgørelse af 19. januar 2001 ansøgningen med den begrundelse, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, og ikke havde opnået særpræg i henhold til samme forordnings artikel 7, stk. 3, som følge af brug for karameller.
  
- 8 Den 13. marts 2001 indgav sagsøgeren i medfør af artikel 59 i forordning nr. 40/94 en klage til Harmoniseringskontoret over undersøgerens afgørelse. Sagsøgeren begærede i denne klage undersøgerens afgørelse annulleret i dens helhed. I begrundelsen for klagen af 18. maj 2001 gentog sagsøgeren påstanden om, at det ansøgte varemærke var et tredimensionalt varemærke, idet sagsøgeren præciserede, at varemærket kombinerede tre forskellige farver, nemlig gennemsigtig gul, guldblank og hvid. Subsidiært anførte sagsøgeren, at fortegnelsen over de varer, der var omfattet af det anmeldte varemærke, skulle begrænses til alene at omfatte »karamelbolsjer«, såfremt registrering af varemærket skulle blive afslået på grund af mangel på egentligt fornødent særpræg og på grund af mangel på fornødent særpræg opnået ved brug for så vidt angik »bolsjer«.
  
- 9 Ved afgørelse af 18. oktober 2002 (herefter »den anfægtede afgørelse«), som blev meddelt sagsøgeren den 31. oktober 2002, afslog Harmoniseringskontorets Andet Appellkammer klagen med den begrundelse, at det ansøgte varemærke ikke havde fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, og at varemærket heller ikke kunne registreres i medfør af samme forordnings artikel 7, stk. 3.

- 10 I det væsentligste fandt appelkammeret, at det ansøgte varemærke, uanset om det betegnes som et figurativt eller tredimensionalt varemærke, var udelukket fra registrering i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Hvad særligt angik farven på den omhandlede indpakning fastslog appelkammeret, efter at have henvist til, at den farve, der var ansøgt om i varemærkeansøgningen, var farven »lysebrun (karamel)«, at det ikke var muligt for appelkammeret på den grafiske gengivelse af det anmeldte varemærke at få øje på de tre farver, som sagsøgeren henviste til i begrundelsen for klagen. På denne gengivelse fremstod farven snarere som gylden eller som bestående af en guldfarvet nuance, hvis anvendelse til bolsjeindpakning var sædvanlig og hyppig i handelen. Appelkammeret fandt desuden, at de af sagsøgeren fremlagte oplysninger ikke gjorde det muligt at godtgøre, at det ansøgte varemærke havde opnået fornødent særpræg for bolsjer generelt eller især for karameller som følge af den brug, der var gjort af varemærket.

### Retsforhandlinger og parternes påstande

- 11 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 26. maj 2003 anmodede sagsøgeren i henhold til artikel 135, stk. 2, i Rettens procesreglement om tilladelse til at indgive en replik. Denne tilladelse blev ikke givet af formanden for Rettens Fjerde Afdeling.
- 12 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

13 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

## **Sagens genstand**

### *Parternes argumenter*

14 Sagsøgeren er vendt tilbage til spørgsmålet om det ansøgte varemærkes betegnelse og har snart betegnet det som et figurmærke, snart som et tredimensionalt mærke.

15 Hvad angår den ansøgte farve har sagsøgeren anført, at det i modsætning til det af appelkammeret anførte i den anfægtede afgørelses punkt 16 fremgår af den grafiske gengivelse af det anmeldte varemærke, at det består af tre farver. Midten af varemærket er gyldent, mens de snoede ender begge er hvide og gennemsigtigt gule. Ved hjælp af materialekontrasten mellem den gennemsigtige folie og den uklare folie giver varemærket indtryk af at være trefarvet.

- 16 I det sagsøgeren dog har bestridt den anfægtede afgørelse som helhed, har selskabet til sidst foreholdt appelkammeret med urette at have afvist at anerkende, at det ansøgte varemærke kunne registreres, og ligeledes at have afslået varemærkeansøgningen, der alene vedrørte »karamelbolsjer« som følge af den begrænsning af fortegnelsen over varer, der var omfattet af varemærkeansøgningen, som sagsøgeren havde foretaget i begrundelsen for klagen ved Harmoniseringskontorets appelkammer, såfremt registrering af varemærket skulle blive afslået på grund af mangel på egentligt fornødent særpræg for så vidt angik bolsjer. Registreringen af varemærket med hensyn til »karamelbolsjer« kunne således under alle omstændigheder ikke afslås i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.
- 17 Harmoniseringskontoret har påpeget, at det ansøgte varemærke er et figurmærke, og har anført, at varemærket er blevet betegnet som sådan i sagsøgerens registreringsansøgning.
- 18 Vedrørende det ansøgte varemærkes farve har Harmoniseringskontoret først og fremmest anført, at sagsøgeren i sin ansøgning ansøgte om farven »lysebrun (karamel)«. Harmoniseringskontoret har dernæst henvist til appelkammerets konstateringer i den anfægtede afgørelses punkt 16 og 17, i henhold til hvilke det for det første fremgår, at farven på den grafiske gengivelse af det anmeldte varemærke snarere fremstod som gylden eller som bestående af en guldfarvet nuance end som »lysebrun (karamel)« og for det andet, at den pågældende gengivelses trefarvede karakter (gennemsigtig gul, guldblank og hvid) var umulig at få øje på. Den grafiske gengivelse af et figurmærke er imidlertid mere præcis end enhver anden beskrivelse og går forud for eventuelt afvigende beskrivelser, der kunne gives af figurmærket. I det omfang appelkammeret klart har baseret sin afgørelse på den grafiske gengivelse af det ansøgte varemærke, har det således ringe betydning, at man kan karakterisere farven som bestående af en »guldfarvet nuance«, således som appelkammeret har gjort, eller som trefarvet, således som det er foreslået af sagsøgeren.
- 19 Med hensyn til den begrænsning af fortegnelsen over varer til alene at omfatte »karamelbolsjer«, som sagsøgeren subsidiært har påberåbt sig i begrundelsen for

klagen ved appelkammeret, har Harmoniseringskontoret henvist til den anfægtede afgørelses punkt 28 og anført, at adskillelsen af markedet for bolsjer fra markedet for karameller ikke har nogen betydning i den foreliggende sag, hverken i relation til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 eller i relation til forordningens artikel 7, stk. 3.

### *Rettens bemærkninger*

- 20 I betragtning af forskellighederne i parternes argumentation vedrørende visse dele af ansøgningen om registrering af varemærket skal der foretages en successiv gennemgang af det ansøgte varemærkes kategori, den ansøgte farve og de varer, der er omfattet af dette varemærke.

### Det ansøgte varemærkes kategori

- 21 Som det fremgår af den ansøgningsblanket, der er udfyldt af sagsøgeren i forbindelse med indgivelsen af varemærkeansøgningen, er der ansøgt om registrering af et figurmærke. Imidlertid har sagsøgeren for undersøgeren og for appelkammeret betegnet varemærket som tredimensionalt. Appelkammeret har i den anfægtede afgørelses punkt 23 anført, at det var uden betydning for vurderingen af det ansøgte varemærkes egentlige fornødne særpræg, om det drejede sig om et figurativt eller tredimensionalt varemærke. Appelkammeret anførte, at det »[...] i det ene tilfælde drejer det sig om formen på en bolsjeindpakning, og i det andet om den grafiske gengivelse af et bolsje, der er indpakket i en normal indpakning for bolsjer [...]«. Sagsøgeren er for Retten på ny vendt tilbage til spørgsmålet om det ansøgte varemærkes karakter (jf. præmis 14 ovenfor).



- 22 Herefter, og for så vidt som sagsøgeren under alle omstændigheder ikke har indgivet en begæring om ændring af sin ansøgning i medfør af artikel 44 i forordning nr. 40/94 og regel 13 i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1), må det fastslås, at det ansøgte varemærke er et figurmærke (jf. i denne henseende Rettens dom af 19.9.2001, sag T-30/00, Henkel mod KHIM (gengivelse af et vaskemiddel), Sml. II, s. 2663), der består af gengivelsen af formen på en indpakning af papir med snoede ender (papillotform) til varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen.

#### Den ansøgte farve

- 23 Det fremgår af artikel 4 i forordning nr. 40/94, at »[e]t EF-varemærke kan bestå af alle tegn, der kan gengives grafisk, navnlig ord, herunder personnavne, afbildninger; bogstaver, tal, varens form eller emballage, for så vidt disse tegn er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders«.
- 24 Det følger af regel 3, stk. 1, i forordning nr. 2868/95, at gør ansøgeren ikke krav på nogen særlig grafisk fremstilling eller farve, gengives varemærket i ansøgningen i sædvanlig skrift, f.eks. ved skrivning af bogstaver, tal og tegn på maskine. I nævnte regels stk. 2 er det fastsat, at i andre tilfælde end de i stk. 1 nævnte gengives varemærket adskilt fra ansøgningens tekstblad på et særligt ark. Endelig fremgår det af reglens stk. 5, at anmodes der om registrering i farver, angives dette i ansøgningen. De farver, der indgår i varemærket, skal også angives heri. Gengivelsen af varemærket, jf. stk. 2, skal være i farver.

- 25 Desuden fremgår det af retspraksis, at en grafisk gengivelse i ovennævnte bestemmelsers forstand skal gøre det muligt at gengive tegnet visuelt, særligt ved brug af figurer, linjer eller skrifttegn, således at det kan identificeres præcist. For at opfylde sin funktion skal en grafisk gengivelse i henhold til artikel 4 i forordning nr. 40/94 være klar og præcis, kunne stå alene, være let tilgængelig, forståelig, bestandig og objektiv (jf. analogt Domstolens dom af 12.12.2002, sag C-273/00, Sieckmann, Sml. I, s. 11737, præmis 46-55, og af 6.5.2003, sag C-104/01, Libertel, Sml. I, s. 3793, præmis 28 og 29).
- 26 Det er ligeledes fastslået, at en almindelig farveprøve ikke i sig selv opfylder de krav, der er angivet i forrige præmis, da den kan ændre sig med tiden. I modsætning hertil kan en farve i sammenhæng med en beskrivelse med ord af denne farve udgøre en grafisk gengivelse i henhold til artikel 4 i forordning nr. 40/94 på betingelse af, at beskrivelsen er klar, præcis, kan stå alene, er let tilgængelig, forståelig og objektiv. Såfremt denne sammenhæng ikke opfylder betingelserne for at udgøre en grafisk gengivelse, bl.a. fordi den ikke er præcis eller bestandig, kan denne mangel i givet fald afhjælpes ved at tilføje en farvebeskrivelse ved hjælp af en international anerkendt farveidentificeringskode. Sådanne koder anses nemlig for at være præcise og stabile (Libertel-dommen, præmis 31-38).
- 27 I den foreliggende sag har sagsøgeren i den del af ansøgningsblanketten, der er reserveret til angivelsen af det ansøgte varemærkes farve, angivet, at den ansøgte farve var lysebrun (karamel). Ved at basere sig på gengivelsen af det ansøgte varemærke fandt undersøgeren, at varemærket havde en guldfarvet nuance, og at guldfarvet indpakningsfolie, hvad enten det har gyldne nuancer, eller det har en rødlig, blålig eller grønlig guldfarve, bliver anvendt meget hyppigt, særligt inden for sukkervaresektoren. For appelkammeret har sagsøgeren henvist til tre farver, nemlig gennemsigtig gul, guldblank og hvid. Efter at have gjort opmærksom på, at sagsøgeren indledningsvist havde ansøgt om farven »lysebrun (karamel)«, anførte appelkammeret, at farven på den grafiske gengivelse af varemærket snarere fremstod som gylden eller som bestående af en guldfarvet nuance, da varemærkets trefarvede karakter, der var gjort gældende af sagsøgeren, ikke kunne skelnes. Appelkammeret tilføjede, at det ikke var sjældent at støde på bolsjeindpakning i denne farve, og at den omstændighed, at sagsøgerens bolsjer var indpakket i cellofanpapir, hvori der

var indlagt et gyldent bånd af plastic, var uden betydning. Resultatet var efter appelkammerets opfattelse identisk, således at bolsjerne fremstod som indpakket i en guldfarvet indpakning, der ikke var usædvanlig for indpakning til bolsjer (den anfægtede afgørelses punkt 14, 16 og 17).

- 28 Det bemærkes, at i betragtning af, at der ikke blev givet en klar og præcis beskrivelse af det varemærke, som sagsøgeren ansøgte om, den indbyrdes modstrid mellem de forskellige beskrivelser og i forhold til farven, som den fremstår på den grafiske gengivelse af varemærket, samt henset til, at der ikke er givet nogen som helst henvisning til internationalt anerkendte farveidentificeringskoder og ikke er fremsat en begæring om ændring af ansøgningen med henblik på en klarlægning af beskrivelsen af de ansøgte farver i henhold til artikel 44, stk. 2, i forordning nr. 40/94, er det med rette, at appelkammeret har støttet sin vurdering på den fremherskende farve, som den fremstår på den grafiske gengivelse af det omhandlede varemærke, nemlig guldfarvet. Desuden har sagsøgeren under retsmødet som et svar på et spørgsmål fra Retten erkendt, at det ansøgte varemærke består af et stykke cellofanpapir i papillotform, hvis fremherskende farve er guldfarvet.

Varerne, der er omfattet af det ansøgte varemærke

- 29 Det fremgår af bestemmelserne i artikel 57-61 i forordning nr. 40/94, at afgørelser truffet af undersøgerne kan påklages til appelkammeret, og at enhver part i en sag, der har ført til en afgørelse truffet af undersøgeren, som er gået vedkommende part imod, har adgang til at klage. I henhold til regel 48, stk. 1, i forordning nr. 2868/95 skal en klage indeholde et vist antal oplysninger; herunder »en angivelse af, hvilken afgørelse der påklages, og i hvilket omfang afgørelsen begæres ændret eller omstødt«.

- 30 Det er uomtvistet i sagen, at undersøgeren afslog sagsøgerens varemærkeansøgning som figurmærke for samtlige varer, der var omfattet heraf, nemlig »bolsjer« i klasse 30. I sin klage af 13. marts 2001 for appelkammeret begærede sagsøgeren undersøgerens afgørelse annulleret i dens helhed. Imidlertid begærede sagsøgeren i sin begrundelse for klagen af 18. maj. 2001 subsidiært, »at fortegnelsen over de varer, for hvilke der [var] ansøgt om registrering af varemærket, [skulle] begrænses til at omfatte »karamelbolsjer«, såfremt registrering af varemærket [skulle blive] afslået på grund af mangel på fornødent særpræg — både egentligt fornødent særpræg og særpræg opnået ved brug af varemærket — for »bolsjer« [...]«.
- 31 Appelkammeret anførte i den anfægtede afgørelses punkt 8, at klagen principalt vedrørte annulation af undersøgerens afgørelse med den begrundelse, at det ansøgte varemærke havde fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, og subsidiært vedrørte varemærkets egnethed til registrering navnlig for »karameller« på grund af det fornødne særpræg, der var opnået ved brug af varemærket. Efter at have undersøgt anbringenderne til støtte for klagen afviste appelkammeret klagen i dens helhed som ugrundet.
- 32 Sagsøgeren har i stævningen for Retten — idet selskabet har bestridt den anfægtede afgørelse som helhed — foreholdt appelkammeret, at det i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 med urette afslog at registrere det ansøgte varemærke, der alene vedrørte »karamelbolsjer« som følge af den begrænsning af fortegnelsen over varer, der var omfattet af varemærket, som sagsøgeren subsidiært havde begæret under sagen for appelkammeret.
- 33 I denne henseende bemærkes, at i henhold til artikel 44, stk. 1, i forordning nr. 40/94 kan ansøgeren til enhver tid tilbagetage sin ansøgning om registrering af EF-varemærket eller begrænse den deri angivne fortegnelse over varer eller tjenesteydelser. Muligheden for at begrænse fortegnelsen over varer og tjenesteydelser tilkommer således alene EF-varemærkets ansøger, der til enhver tid kan rette en ansøgning herom til Harmoniseringskontoret. I denne sammenhæng skal den

fuldstændige eller delvise tilbagetagelse af EF-varemærkeansøgningen eller begrænsningen af den deri angivne fortegnelse over varer eller tjenesteydelser ske udtrykkeligt og være ubetinget (jf. i denne retning Rettens dom af 27.2.2002, sag T-219/00, Ellos mod KHIM (ELLOS), Sml. II, s. 753, præmis 60 og 61).

34 I denne sag har sagsøgeren kun subsidiært foreslået begrænsningen af fortegnelsen over de varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen, til »karamelbolsjer«, nemlig kun i tilfælde af, at appellammeret påtænkte at afvise denne ansøgning for »bolsjer«. Sagsøgeren foretog derfor ikke begrænsningen af fortegnelsen over varer udtrykkeligt og ubetinget, og den pågældende begrænsning vil derfor ikke kunne komme i betragtning (jf. i denne retning ELLOS-dommen, præmis 62).

35 Det fremgår desuden af retspraksis, at en begrænsning af den fortegnelse over varer eller tjenesteydelser, der er angivet i en ansøgning om registrering af et EF-varemærke, kan kun komme i betragtning, hvis begrænsningen gennemføres efter visse nærmere bestemte regler. Der skal således indsendes en begæring om ændring af ansøgningen i henhold til artikel 44 i forordning nr. 40/94 og regel 13 i forordning nr. 2868/95 (Rettens dom af 9.10.2002, sag T-173/00, KWS Saat mod KHIM (orange nuance), Sml. II, s. 3843, præmis 11 og 12, af 5.3.2003, sag T-194/01, Unilever mod KHIM (ægformet tablet), Sml. II, s. 383, præmis 13, og af 25.11.2003, sag T-286/02, Oriental Kitchen mod KHIM — Mou Dybfrost (KIAP MOU), Sml. II, s. 4953, præmis 30).

36 Disse regler er imidlertid ikke blevet fulgt i den foreliggende sag, idet sagsøgeren i begrundelsen for klagen af 18. maj 2001 kun har foretaget en subsidiær henvisning til begrænsningen af de omhandlede varer uden i denne forbindelse at indgive en begæring om ændring af varemærkeansøgningen i henhold til de nævnte bestemmelser (jf. i denne retning dommen i sagen om en orange nuance, præmis 12).

- 37 Under alle omstændigheder fremgår det af den anfægtede afgørelses punkt 28, at appelkammeret undersøgte sagsøgerens forslag om subsidiært at begrænse selskabets fortegnelse over varer til »karameller«, og fandt, at fortegnelsen var uden betydning for vurderingen af det ansøgte varemærkes egentlige fornødne særpræg eller dets fornødne særpræg opnået ved brug. Appelkammeret anførte, at hvad enten det drejede sig om bolsjer eller karameller, bevarede appelkammerets vurderinger vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt det ansøgte varemærke kunne registreres på trods af de to ovennævnte absolutte registreringshindringer, deres fulde gyldighed.
- 38 På baggrund af de ovenfor anførte overvejelser skal den foreliggende sag fortolkes således, at den vedrører annullation af den anfægtede afgørelse, for så vidt som denne indebærer en tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 vedrørende samtlige varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke (dvs. »bolsjer«), og for så vidt som den indebærer en tilsidesættelse af samme forordnings artikel 7, stk. 3, vedrørende de nævnte varer, navnlig »karamelbolsjer«.

## Realiteten

- 39 Til støtte for sin påstand har sagsøgeren gjort fire anbringender gældende, vedrørende en tilsidesættelse af henholdsvis artikel 7, stk. 1, litra b), artikel 7, stk. 3, artikel 74, stk. 1, første sætning, og artikel 73 i forordning nr. 40/94.

*Første anbringende vedrørende tilsidesættelsen af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94*

## Parternes argumenter

- 40 Sagsøgeren har anført, at det ansøgte varemærke er i besiddelse af det minimum af fornødent særpræg, der er nødvendigt i medfør af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

41 Først og fremmest var det krav om en »rammende« karakter, som appelkammeret fremsatte i den anfægtede afgørelses punkt 12, eller om det anmeldte varemærkes særligt »bemærkelsesværdige« karakter ikke nødvendigt. Appelkammeret lagde urigtigt til grund, at formen på det ansøgte varemærke var almindelig, at den ikke på væsentlig måde adskilte sig fra sædvanlige former, og at farven på den omhandlede indpakning var meget udbredt i handelen. Der blev ikke givet nogen eksempler i den anfægtede afgørelse til støtte for disse påstande. Kombinationen af formen og farven på det anmeldte tegn er derimod den eneste på markedet og kan ikke betegnes som »almindelig«. På grund af den intensive markedsføring af sagsøgerens karamelbolsje benævnt »Werther's Original« (Werther's Echte) har det anmeldte varemærke i øvrigt forankret sig i forbrugernes opfattelse som den selvfølgelig indpakning af et karamelbolsje.

42 Dernæst har sagsøgeren gjort gældende, at markedet for bolsjer generelt og særligt markedet for karamelbolsjer er karakteriseret ved en meget stor frihed inden for former og farver. Den konkrete form på det anmeldte varemærke er særligt nem at huske og er udtryk for et bevidst valg, der skal udgøre et kendemærke for forbrugeren. Det anmeldte varemærkes tre farver, som appelkammeret — helt uforståeligt for sagsøgeren — anførte, at det ikke var muligt at få øje på, fremgår af et eneste blik på det omhandlede tegn. Midten af varemærket er guldfarvet, mens enderne, der har form af snoet papir, er hvide og gennemsigtigt gule. Kontrasten mellem den gennemsigtige folie og den uklare folie giver indtryk af, at varemærket er trefarvet og gør derved varemærkets form usædvanlig.

43 Endelig har appelkammeret — bortset fra i den anfægtede afgørelses punkt 28 — på ingen måde behandlet spørgsmålet om den specifikke karakter af det særlige segment for »karamelbolsjer«, hvor indpakningsstilen adskiller sig fra den, der findes på markedet for bolsjer generelt, og dette på trods af sagsøgerens subsidiære forslag for appelkammeret om at begrænse fortegnelsen over de varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen, til karameller.

- 44 Harmoniseringskontoret har bestridt sagsøgerens argumentation og har anført, at det ansøgte varemærke mangler fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Både formen på indpakningen og den gyldne farve, der er bemærket på den grafiske gengivelse af det anmeldte varemærke, er således gængse på markedet. De påståede særegenheder ved varemærket, der er gjort gældende af sagsøgeren, vil følgelig ikke kunne opfattes og huskes af den pågældende forbruger som en angivelse af varens handelsmæssige oprindelse.
- 45 Disse betragtninger er på en gang gyldige for markedet for bolsjer generelt og for markedet for karameller i særdeleshed. Følgelig er adskillelsen af de to markeder — således som appelkammeret har fastslået i den anfægtede afgørelses punkt 28 — irrelevant ved vurderingen af, om det omhandlede varemærke har fornødent særpræg.

#### Rettens bemærkninger

- 46 Ifølge artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er det udelukket at registrere »varemærker, som mangler fornødent særpræg«. Endvidere præciserer artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 40/94, at »[s]tk. 1 finder anvendelse, selv om registreringshindringerne kun er til stede i en del af Fællesskabet«.
- 47 Det bemærkes for det første, at ifølge retspraksis er de af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 omfattede varemærker navnlig de varemærker, der set med den relevante kundekreds' øjne er almindeligt anvendt i handelen til at præsentere de pågældende varer eller tjenesteydelser, eller i forhold til hvilke der i det mindste findes konkrete forhold, der gør det muligt at konkludere, at de kan anvendes på denne måde. De af denne bestemmelse omfattede tegn kan endvidere ikke udfylde varemærkets grundlæggende funktion, nemlig at identificere varens eller tjeneste-



ydelsens oprindelse, således at forbrugeren, der køber den vare eller tjenesteydelse, som varemærket betegner, ved et senere køb kan vælge den samme, hvis det var en positiv erfaring, eller vælge en anden, hvis det var en negativ erfaring (Rettens dom af 3.7.2003, sag T-122/01, Best Buy Concepts mod KHIM (BEST BUY), Sml. II, s. 2235, præmis 20, og af 3.12.2003, sag T-305/02, Nestlé Waters France mod KHIM (en flaskes form), endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 28).

48 Spørgsmålet om, hvorvidt et tegn har det fornødne særpræg, kan derfor kun bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, registreringsansøgningen vedrører, og under hensyn til, hvorledes det opfattes af den relevante kundekreds (BEST BUY-dommen, præmis 22, og dommen i sagen om en flaskes form, præmis 29).

49 Hvad angår det første led af den ovennævnte bedømmelse bemærkes, at det anmeldte tegn består af udseendet på de omfattede varers indpakning, nemlig gengivelsen af en indpakning af papir med snoede ender (papillotform), der er beregnet til bolsjeindpakningspapir, og ikke af selve varens form (dommen i sagen om en flaskes form, præmis 30).

50 Hvad angår den relevante kundekreds bemærkes, at bolsjer er dagligvarer, der er bestemt til almindeligt forbrug i samtlige Fællesskabets lande. Under disse omstændigheder skal det ansøgte varemærkes fornødne særpræg således bedømmes under hensyntagen til den formodede forventning hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger (dommen i sagen om en flaskes form, præmis 33).

51 Det skal endvidere bemærkes, at opfattelsen af varemærker i den relevante kundekreds påvirkes af dennes opmærksomhedsniveau, der kan variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om (dommen i sagen om en ægformet tablet, præmis 42, og dommen i sagen om en flaskes form, præmis 34).

- 52 Det fremgår af den anfægtede afgørelse, navnlig af dens punkt 12, 13, 18 og 19, at appelkammeret undersøgte det ansøgte varemærke i overensstemmelse med de ovennævnte synspunkter.
- 53 Det skal for det andet fastslås, at artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ikke sondrer mellem forskellige typer af varemærker. Der skal derfor ikke anvendes strengere kriterier ved bedømmelsen af, om figurmærker, der består af en loyal gengivelse af selve varen, eller — som det er tilfældet i denne sag — af formen på varens indpakning, har fornødent særpræg, end de kriterier, der anvendes på andre typer af varemærker (jf. i denne retning dommen i sagen om en ægformet tablet, præmis 44, og dommen i sagen om en flaskes form, præmis 35).
- 54 For at bedømme, om kombinationen af formen og farven på den pågældende indpakning i omsætningen kan opfattes som en oprindelsesbetegnelse, skal det helhedsindtryk, som denne kombination giver, herefter analyseres, hvilket ikke er uforeneligt med en undersøgelse af de forskellige ydre træk hver for sig (Retten dom af 19.9.2001, sag T-337/99, Henkel mod KHIM (rundt tablet i rød og hvid), Sml. II, s. 2597, præmis 49, og dommen i sagen om en ægformet tablet, præmis 54).
- 55 Det må konstateres, at appelkammeret ikke har begået nogen retlig fejl ved at anføre, at »det omhandlede varemærkes form (indpakning med snoede ender, farven lysebrun eller gylden) ikke [var] væsentlig forskellig fra de andre sædvanlige ydre træk i handelen« (den anfægtede afgørelses punkt 14).
- 56 Det er således med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 15 konstaterede, at formen på den omtvistede indpakning er »formen på en normal og traditionel bolsjeindpakning«, og at der findes »et stort antal bolsjer på markedet, der er indpakket således«. Det forholder sig på samme måde med farven på den

omhandlede indpakning, nemlig lysebrun (karamel) eller — som det fremgår af den grafiske gengivelse af det ansøgte varemærke — guldfarvet eller med en guldfarvet nuance. Disse farver indeholder intet usædvanligt i sig selv, og det er heller ikke sjældent — som appelkammeret meget træffende har anført i den anfægtede afgørelses punkt 16 — at se disse farver anvendt til bolsjeindpakningspapir. Det er således med føje, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 18 anførte, at gennemsnitsforbrugeren i denne sag ikke vil opfatte varemærket som en angivelse af varens handelsmæssige oprindelse i sig selv, men som en bolsjeindpakning — hverken mere eller mindre — og at vurderingerne vedrørende det ansøgte varemærkes mangel på egentlig fornødent særpræg forblev gyldige, selv om de varer, der var omfattet af varemærket, alene skulle være »karameller« (jf. den anfægtede afgørelses punkt 28).

57 Følgelig ligger særegenhederne ved kombinationen af formen og farven på det ansøgte varemærke ikke tilstrækkeligt fjernt fra særegenhederne ved de grundlæggende former, der hyppigt anvendes til indpakning af bolsjer eller karameller, og de vil dermed ikke blive husket af den relevante kundekreds som angivelse af den handelsmæssige oprindelse. En indpakning af papir med snoede ender (papillotform) i farven lysebrun eller gylden adskiller sig faktisk ikke væsentligt fra den indpakning af de pågældende varer (bolsjer og karameller), der almindeligvis anvendes i handelen, og melder sig således naturligt i bevidstheden som en typisk form på en indpakning af disse varer.

58 Henvisningen i den anfægtede afgørelses punkt 14-17 og 28 til den sædvanlige praksis i handelen med bolsjer eller karameller, uden at der dog er givet konkrete eksempler på denne praksis, rejser ikke tvivl om appelkammerets bedømmelse af det ansøgte varemærkes mangel på egentligt fornødent særpræg. Ved således at lægge til grund, at kombinationen af formen og farven på det ansøgte varemærke ikke var usædvanlig i handelen, har appelkammeret i det væsentligste støttet sin analyse på kendsgerninger, der er et resultat af den generelle praktiske erfaring, der er opnået ved markedsføring af almindelige forbrugsvarer; sådan som bolsjer eller karameller, dvs. kendsgerninger, som enhver kan have kendskab til, og som bl.a. forbrugerne af disse varer har kendskab til (jf. analogt Rettens dom af 22.6.2004, sag T-185/02,

Ruiz-Picasso m.fl. mod KHIM — DaimlerChrysler (PICARO), Sml. II, s. 1739, præmis 29).

- 59 Det skal for det tredje understreges, at i modsætning til det af sagsøgeren påståede er omkostningerne ved at fremstille formen på den omhandlede indpakning ikke omfattet af de kriterier, der er relevante ved afgørelsen af, om varemærket har fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. En form, der overhovedet ikke har særpræg, sådan som det er tilfældet med indpakningen i denne sag, kan nemlig ikke opnå et sådant særpræg på grund af omkostningerne ved fremstillingen.
- 60 For det fjerde er det med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 19 og 20 nævnte risikoen for, at der skulle opstå en eneret med hensyn til den pågældende indpakning til bolsjer, da undersøgelsen havde bekræftet, at indpakningen til disse varer ikke har særpræg, hvorved appelkammeret tog hensyn til den almene interesse, der danner grundlaget for den absolutte registreringshindring i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.
- 61 Endelig skal sagsøgerens påstand om, at formen på den omhandlede indpakning har forankret sig i forbrugernes opfattelse som varemærke på grund af den intensive markedsføring af karamelbolsjet »Werther's Original« med denne form for indpakning, forkastes. Der vil således kun eventuelt blive taget hensyn til en sådan markedsføring — under forudsætning af, at den foreligger — med henblik på at bedømme, om det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug, og ikke ved bedømmelsen af varemærkets egentlige fornødne særpræg.
- 62 Det følger af ovenstående betragtninger som helhed, at det ansøgte varemærke, således som det opfattes af en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger, ikke giver mulighed for at individualisere de pågældende varer og adskille dem fra varer af en anden handelsmæssig oprindelse. Det mangler derfor fornødent særpræg i forhold til disse varer.

- 63 Det følger heraf, at det første anbringende vedrørende tilsidesættelsen af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 må forkastes.

*Andet anbringende vedrørende tilsidesættelsen af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94*

Parternes argumenter

- 64 Sagsøgeren har anført, at det ansøgte varemærke skal godkendes til registrering, da det — navnlig for karamelbolsjer — har opnået fornødent særpræg ved brug.

- 65 Med henblik på at fastlægge, om varemærket var brugt og indarbejdet, skulle appelkammeret have undersøgt situationen på det relevante marked samt den specifikke historie bag indpakning generelt set. I lyset af historien, situationen på markedet, den konkrete omsætning i forbindelse med varens udbredelse og resultaterne af de foretagne meningsmålinger ville det have vist sig, at det ansøgte varemærke faktisk er indarbejdet på markedet. Appelkammeret har ikke taget hensyn til den omstændighed, at forbrugerne kan opfatte indpakningen særskilt fra de øvrigt angivne varemærker og kan anse den for at være en oprindelsesbetegnelse.

- 66 I denne henseende har sagsøgeren gjort gældende, at selskabet helt bevidst bruger det anmeldte varemærke som et genkendelsesmoment for sagsøgerens bolsje »Werther's Original«, der har været kendt gennem årtier, således at det anmeldte varemærke i reklamerne altid præsenteres i stor størrelse og fremhæves meget tydeligt. Desuden vil en forbruger opfatte farverne og formerne, før en eventuel tekst præcist vil kunne tydes. Dette gælder særligt i det foreliggende tilfælde, hvor teksten på karamelpapiret på grund af farvevalget er vanskelig at adskille fra farven på det

ansøgte varemærke. Derfor er alene forbrugernes opfattelse relevant, således som det er fastslået i dom af 5. april 2001 afsagt af Bundesgerichtshof (Tyskland), som appelkammeret ikke har taget i betragtning.

- 67 Ifølge sagsøgeren er de salgstal, der er fremlagt for appelkammeret, tilstrækkelige til at godtgøre brugen af det ansøgte varemærke. Det var ikke nødvendigt at fremlægge sammenlignende tal for at fastlægge markedsandelen, navnlig da salgstallene blev bekræftet af de meningsmålinger, der var udført i forskellige medlemsstater. Disse meningsmålinger viste en høj grad af kendskab til varen (fra 59,4% til 85% i forskellige medlemsstater i Den Europæiske Union). Fastlæggelsen af et varemærke gennem brug skal bedømmes ud fra graden af kendskab til det og ikke ud fra dets position på markedet i forhold til konkurrerende varer.
- 68 Endelig har sagsøgeren erklæret sig parat til at fremkomme med yderligere oplysninger, at indkalde vidner og at indhente en sagkyndig erklæring med henblik på at fastlægge brugen af det ansøgte varemærke, såfremt Retten skulle finde dette relevant.
- 69 Harmoniseringskontoret har under henvisning til de i retspraksis udviklede kriterier for bedømmelse af det fornødne særpræg, som et varemærke kan få som følge af den brug, der gøres deraf, indledningsvist anført, at selv om det ganske vist er rigtigt, at bolsjeindpakning kan fungere som oprindelsesbetegnelse som følge af den brug, der er gjort deraf, forholder det sig ikke desto mindre således, at det i den foreliggende sag ikke er godtgjort, at de betingelser, der kræves i denne henseende, er opfyldt.
- 70 Ifølge Harmoniseringskontoret er det med rette, at appelkammeret nåede til den konklusion, at de beviser, der blev indgivet af sagsøgeren, ikke var tilstrækkelige til at godtgøre, at det ansøgte varemærke havde opnået fornødent særpræg ved brug.

- 71 For det første er de salgstal, som sagsøgeren har henvist til, utilstrækkelige i mangel af en angivelse af det samlede salg på markedet for de varer, der skal tages i betragtning, eller en bedømmelse af konkurrerende virksomheders salg. Når der således er tale om masseproducerede varer, som varerne i den foreliggende sag, er det afgørende kriterium markedsandelen og ikke blot salgstal, der ikke er tilstrækkelige til at bevise, at varemærket er kendt.
- 72 For det andet er de reklameomkostninger på et beløb af 27 729 000 tyske mark (DEM), som sagsøgeren har afholdt i 1998, og de omkostninger hertil på mellem ca. 10 000 000 og 17 500 000 DEM, som er afholdt fra 1994-1997 i flere af medlemsstaterne i Den Europæiske Union, heller ikke afgørende. Det er således på ingen måde muligt efter gennemgang af den tabel, sagsøgeren har fremlagt til støtte for denne påstand, at afgøre, til hvilket formål de omkostninger, sagsøgeren har henvist til, har været afholdt, det være sig til fordel for tegnet »Werther's Original«, formen på bolsjet, bolsjeindpakningen, eller til et helt andet formål. Desuden er disse angivelser næppe anvendelige i mangel af oplysninger, der gør det muligt at få et indtryk af det reklameomfang, der er kendetegnende for markedet for de omhandlede varer.
- 73 Endelig er der i de meningsmålinger, der er foretaget i syv medlemsstater i Den Europæiske Union og i Norge, henvist til tegnene »WERTHER'S«, »Werther's Original« eller »W.O«, og de omfatter ingen henvisninger til den omhandlede indpakning. Der er følgelig ikke fremskaffet noget bevis for, at det er lykkedes sagsøgeren at give offentligheden kendskab til den pågældende indpakning. Desuden skulle brugen have været påvist i samtlige de medlemsstater eller områder i Fællesskabet, hvor der findes en registreringshindring. De dokumenter, der er fremlagt af sagsøgeren, vedrører imidlertid ikke betydningsfulde markeder, såsom Frankrig og Italien. Desuden er det ikke tilstrækkeligt at påvise brugen af en bestemt form på varen, for at artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 finder anvendelse, men det er derudover nødvendigt at godtgøre, at omstændighederne i forbindelse med den nævnte brug viser, at den pågældende form har karakter af et varemærke (Domstolens dom af 18.6.2002, sag C-299/99, Philips, Sml. I, s. 5475, præmis 65).

- 74 Harmoniseringskontoret har dernæst anført, at den begrænsning af fortegnelsen over de omhandlede varer til alene at omfatte karameller, som sagsøgeren subsidiært har gjort gældende for appelkammeret, ikke kan have indvirkning på bedømmelsen af, om det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug.
- 75 Endelig kan sagsøgerens forslag om at fremlægge yderligere beviser for at godtgøre varemærkets brug ikke accepteres. Stævningen for Retten vedrører således en efterprøvelse af lovligheden af afgørelser fra Harmoniseringskontorets appelkamre i henhold til artikel 63 i forordning nr. 40/94, hvilket indebærer, at Retten må afvise dokumentation, der først er fremlagt for Retten, uden at der er en forpligtelse til at efterprøve dokumentationens bevismæssige værdi (Rettens dom af 5.3.2003, sag T-237/01, Alcon mod KHIM — Dr. Robert Winzer Pharma (BSS), Sml. II, s. 411, præmis 61 og 62). Så meget desto mindre kan Retten følgelig anmode sagsøgeren om at fremlægge ny dokumentation.

### Rettens bemærkninger

- 76 I henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 er de absolutte registreringshindringer i samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra b)-d), ikke til hinder for en registrering af et varemærke, hvis mærket som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg for de varer og tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret. I den i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 omhandlede situation er den omstændighed, at det tegn, der danner det omhandlede mærke, faktisk af den relevante kundekreds opfattes som en angivelse af en vares eller en tjenesteydelses handelsmæssige oprindelse, et resultat af varemærkeansøgerens økonomiske indsats. Denne omstændighed gør det berettiget at se bort fra de almene interesser, der ligger til grund for samme artikels stk. 1, litra b)-d), hvorefter det kræves, at de af disse bestemmelser omhandlede varemærker frit skal kunne anvendes af alle, således at det undgås, at der skabes en uberettiget konkurrencefordel for én erhvervsdrivende (jf. i denne retning Rettens dom af 2.7.2002, sag T-323/00, SAT.1 mod KHIM (SAT.2), Sml. II, s. 2839, præmis 36, og af 29.4.2004, sag T-399/02, Eurocermex mod KHIM (en ølflaskes form), Sml. II, s. 1391, præmis 41).



- 77 For det første fremgår det af retspraksis, at det, for at varemærket har fået fornødent særpræg ved brug, kræves, at i det mindste en betydelig andel af den relevante kundekreds identificerer varen som hidrørende fra en bestemt virksomhed. De omstændigheder, der skal være til stede for, at betingelsen om, at varemærket har fået fornødent særpræg ved brug, kan anses for opfyldt, kan dog ikke udelukkende godtgøres på grundlag af almindelige og abstrakte oplysninger, såsom bestemte procentsatser (jf. analogt Domstolens dom af 4.5.1999, forenede sager C-108/97 og C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Sml. I, s. 2779, præmis 52, og Philips-dommen, præmis 61 og 62, samt dommen i sagen om en ølflaskes form, præmis 42).
- 78 For det andet bemærkes, at for at opnå registrering af et varemærke i medfør af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 skal det særpræg, der er opnået som følge af brugen af dette mærke, kunne påvises i den del af Den Europæiske Union, hvor mærket manglede særpræg efter nævnte forordnings artikel 7, stk. 1, litra b)-d) (Rettens dom af 30.3.2000, sag T-91/99, Ford Motor mod KHIM (OPTIONS), Sml. II, s. 1925, præmis 27, og dommen i sagen om en ølflaskes form, præmis 43 og 47).
- 79 Der skal for det tredje i en sag som den foreliggende ved vurderingen af, om varemærket har fået fornødent særpræg ved brug, tages hensyn til faktorer som bl.a. varemærkets markedandel, intensiteten, den geografiske udstrækning og varigheden af brugen af dette varemærke, størrelsen af de investeringer, som virksomheden har foretaget for at fremme varemærket, den andel af de relevante kundekredse, der identificerer produktet som hidrørende fra en bestemt virksomhed på grund af varemærket, samt erklæringer fra industri- og handelskamre eller andre faglige sammenslutninger. Såfremt man på grundlag af sådanne elementer er af den opfattelse, at de relevante kundekredse eller i det mindste en betydelig andel af disse som følge af varemærket identificerer varen som hidrørende fra en bestemt virksomhed, skal det fastslås, at den i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 fastsatte betingelse for registrering af varemærket er opfyldt (Windsurfing Chiemsee-dommen, præmis 51 og 52, Philips-dommen, præmis 60 og 61, og dommen i sagen om en ølflaskes form, præmis 44).

- 80 Et varemærkes fornødne særpræg, herunder det særpræg, der er opnået som følge af brug heraf, skal for det fjerde ligeledes bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke der er ansøgt om registrering af varemærket, og under hensyntagen til den formodede opfattelse af den pågældende vare- eller tjenesteydelseskategori hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger (jf. i denne retning Philips-dommen, præmis 59 og 63).
- 81 Det er på baggrund af disse bemærkninger, at det skal undersøges, om appelkammeret i den foreliggende sag har begået en retlig fejl ved at forkaste sagsøgerens argumentation om, at det ansøgte varemærke skulle have været godkendt til registrering for de omhandlede varer, og navnlig for karameller, i medfør af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.
- 82 Hvad først og fremmest angår de af sagsøgerens argumenter, der er støttet på salgstallene for de omhandlede varer inden for Fællesskabet for perioden 1994-1998, er det med rette, at appelkammeret fandt, at de ikke i den foreliggende sag var egnede til at påvise, at det ansøgte varemærke havde fået fornødent særpræg som følge af den brug, der var gjort deraf.
- 83 Det var tilstrækkeligt retligt begrundet, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 25 fandt, at de pågældende tal ikke gav mulighed for at bedømme, hvor stor en andel af det omhandlede marked sagsøgeren besad som følge af det ansøgte varemærke. På trods af de informationer, der fremgik af de fremlagte oplysninger, vedrørende antallet af enheder og det antal ton bolsjer, der var blevet solgt i den omhandlede indpakning, »[var] en realistisk bedømmelse af [sagsøgerens] styrke på markedet fortsat umulig i mangel af oplysninger om det samlede salg på markedet for de varer, der skal tages i betragtning, eller en bedømmelse af konkurrerende virksomheders salg, som sagsøgerens tal [kunne have] været sat i forhold til«. Under disse omstændigheder er det ligeledes med rette, at appelkammeret i samme punkt konkluderede, at selv om det måtte antages, at de nævnte talmæssige oplysninger kunne gøre det muligt at vurdere, hvor stor en andel af det omhandlede marked sagsøgeren besad som følge af det ansøgte varemærke, beviste disse oplysninger ikke nødvendigvis, at det var »den gyldne indpakning med snoede ender, som de omhandlede forbrugere [opfattede] som oprindelsesbetegnelse«. Denne bedøm-

melse bekræftes af den omstændighed, at de omhandlede salgstal ganske vist beviser, at karamelbolsjet »Werther's Original« er blevet markedsført af sagsøgeren på det relevante marked, men er ikke et bevis for, at formen på den omhandlede indpakning var blevet brugt som varemærke til at betegne den omhandlede vare.

84 Dernæst er det ligeledes med rette, at appelkammeret fandt, at de af sagsøgeren afholdte reklameomkostninger rejste de samme problemer som de nævnte salgstal. I den anfægtede afgørelses punkt 26 har appelkammeret således særligt bemærket, at de angivelser, som sagsøgeren henviste til vedrørende de pågældende omkostninger, næppe var anvendelige, i det omfang der ikke forelå »nogen oplysninger, der [gjorde] det muligt at få et indtryk af reklameomfanget på markedet for de omhandlede varer«. Som Harmoniseringskontoret med føje har understreget, er det desuden på ingen måde muligt efter en gennemgang af den tabel vedrørende de omhandlede reklameomkostninger, som sagsøgeren har fremlagt, at afgøre, til hvilket formål de pågældende omkostninger har været afholdt, det være sig til fordel for tegnet »Werther's Original«, formen på varen, varens indpakning, eller til et helt andet formål. Følgelig er dette reklamemateriale hverken bevis for brugen af varemærket, således som der er ansøgt om det, eller bevis for, at den relevante kundekreds opfatter varemærket som en angivelse af de omhandlede varers handelsmæssige oprindelse (dommen i sagen om en ølflaskes form, præmis 51).

85 Som appelkammeret anførte i samme punkt i den anfægtede afgørelse, var de omhandlede omkostninger desuden lave »i mange af Den Europæiske Unions medlemsstater«, og appelkammeret tilføjede, »at disse oplysninger sågar [manglede] fuldstændigt for visse medlemsstater«. Således dækkede de nævnte omkostninger ikke i noget år inden for referenceperioden (1994-1998) samtlige medlemsstater i Den Europæiske Union.

86 I denne henseende bemærkes, at den anfægtede afgørelse ikke indeholder nogen fastlæggelse af den del af Fællesskabet, hvor det ansøgte varemærke mangler fornødent særpræg. Når der imidlertid er tale om varemærker, der ikke er ordmærker — som det varemærke, der er omhandlet i denne sag — må det antages,

at bedømmelsen af deres fornødne særpræg er den samme i hele Fællesskabet, medmindre der er konkrete holdepunkter for det modsatte. Eftersom det i den foreliggende sag ikke fremgår af sagsakterne, at dette er tilfældet, må det fastslås, at den registreringshindring, der er omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, er til stede — for så vidt angår det ansøgte varemærke — i hele Fællesskabet. Det er derfor i hele Fællesskabet, at dette varemærke skal have opnået fornødent særpræg ved brug for at kunne registreres i henhold til samme forordnings artikel 7, stk. 3 (dommen i sagen om en ølflaskes form, præmis 47, jf. ligeledes i denne retning OPTIONS-dommen, præmis 27).

87 Under disse omstændigheder udgør de ovenfor nævnte reklameomkostninger under alle omstændigheder ikke bevis for, at den relevante kundekreds eller i det mindste en betydelig andel heraf i hele Fællesskabet og for perioden 1994-1998 opfattede det ansøgte varemærke som en angivelse af de omhandlede varers handelsmæssige oprindelse.

88 Hvad endelig angår resultaterne af de meningsmålinger, der er blevet forelagt appelkammeret til bedømmelse, vedrørende spørgsmålet om indarbejdelsen af tegnene »WERTHER'S«, »Werther's Original« eller »W.O« for de karamelbolsjer, der er markedsført af sagsøgeren, anførte appelkammeret med rette i den anfægtede afgørelses punkt 27, at de pågældende meningsmålinger, der var foretaget i forskellige medlemsstater i Den Europæiske Union, »[indeholdt] ingen oplysninger om eventuelt fornødent særpræg for den gyldne indpakning med snoede ender«, men »[omhandlede] alene kendskabet til betegnelsen »Werther's Original««. Det skal desuden tilføjes, at de nævnte meningsmålinger heller ikke var foretaget i alle medlemsstater inden for Fællesskabet, og at de følgelig ikke kunne udgøre bevis for indarbejdelsen af det omhandlede tegn som varemærke i hele Fællesskabet (jf. præmis 78 og 86 ovenfor).

89 Det følger af ovennævnte betragtninger, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at det ansøgte varemærke — hverken for karamelbolsjer eller for bolsjer generelt — har fået fornødent særpræg i hele Fællesskabet som følge af den brug, der er gjort deraf, i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

- 90 Herefter skal det andet anbringende ligeledes forkastes, uden at det er fornødent at anordne den af sagsøgeren begærede bevisoptagelse.

*Tredje anbringende vedrørende tilsidesættelsen af artikel 74, stk. 1, første sætning, i forordning nr. 40/94*

#### Parternes argumenter

- 91 Sagsøgeren har gjort gældende, at appelkammeret har tilsidesat artikel 74, stk. 1, første sætning, i forordning nr. 40/94, i henhold til hvilken Harmoniseringskontoret er forpligtet til at foretage en ex officio-prøvelse af de faktiske omstændigheder. Der foreligger således intet, der gør det muligt at fastslå, på hvilket grundlag appelkammeret var i stand til at foretage de faktiske konstateringer, der blev fremsat i den anfægtede afgørelses punkt 14-16 og 28 vedrørende den påståede almindelige karakter af formen på det omhandlede varemærke. Desuden har sagsøgeren anført, at Harmoniseringskontoret skulle have foretaget en supplerende undersøgelse med henblik på at påvise indarbejdelsen af det ansøgte varemærke.
- 92 Harmoniseringskontoret har anført, at den almindelige karakter af formen og farven på den omhandlede indpakning følger — som det fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 14-16 — af praktisk erfaring. Desuden har adskillelsen af markedet for bolsjer generelt fra markedet for karameller ingen betydning, hverken i relation til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 eller i relation til forordningens artikel 7, stk. 3.
- 93 Harmoniseringskontoret har tilføjet, at det kun er forpligtet til at prøve de faktiske omstændigheder, under hensyn til hvilke varemærket kan anses for at have fået fornødent særpræg ved brug i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94's forstand, hvis

ansøgeren har påberåbt sig dem. Harmoniseringskontoret er heller ikke forpligtet til af sig selv at foranstalte yderligere undersøgelser vedrørende indarbejdelsen af den omhandlede indpaknings form (Rettens dom af 12.12.2002, sag T-247/01, eCopy mod KHIM (ECOPY), Sml. II, s. 5301, præmis 47 og 48).

## Rettens bemærkninger

- 94 Sagsøgeren har kritiseret appelkammeret for at have tilsidesat artikel 74, stk. 1, første sætning, i forordning nr. 40/94, hvori bestemmes, at »[u]nder sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret prøver dette ex officio de faktiske omstændigheder«. Dels har appelkammeret ikke understøttet sine konstateringer vedrørende det ansøgte varemærkes »almindelige« karakter, der fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 14-16 og 28. Dels skulle appelkammeret have foretaget en supplerende undersøgelse med henblik på at påvise brugen af det ansøgte varemærke.
- 95 For så vidt angår det første klagepunkt må det forkastes som ugrundet på baggrund af, hvad der er anført i forbindelse med undersøgelsen af det første anbringende, navnlig i præmis 55-58 ovenfor.
- 96 Hvad angår det andet klagepunkt bemærkes, at det fremgår af retspraksis, at der for så vidt angår artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 ganske vist ikke findes nogen regel om, at Harmoniseringskontorets undersøgelse (dvs. undersøgerens eller eventuelt appelkammerets) er begrænset til de faktiske omstændigheder, som parterne har påberåbt sig, i modsætning til hvad der er fastsat i bestemmelsen i forordningens artikel 74, stk. 1, in fine, vedrørende relative registreringshindringer. Når varemærkeansøgeren ikke har gjort gældende, at varemærket har fået fornødent særpræg ved brug, er det dog praktisk umuligt for Harmoniseringskontoret at lægge til grund, at varemærket har fået et sådant særpræg. Det må derfor fastslås, at i medfør af princippet om ultra posse nemo obligatur (ingen er forpligtet til at præstere det umulige) og uanset reglen i artikel 74, stk. 1, første sætning, i

forordning nr. 40/94 om, at Harmoniseringskontoret »ex officio prøver de faktiske omstændigheder«, er Harmoniseringskontoret kun forpligtet til at prøve de faktiske omstændigheder, under hensyn til hvilke varemærket kan anses for at have fået fornødent særpræg ved brug i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94's forstand, hvis ansøgeren har påberåbt sig dem.

- 97 Det er uomtvistet i sagen, at sagsøgeren har fremlagt beviser for Harmoniseringskontoret, der havde til formål at godtgøre, at det ansøgte varemærke havde opnået fornødent særpræg ved brug, og at appelkammeret støttede sin bedømmelse på disse beviser. Under disse omstændigheder påhvilede der ikke Harmoniseringskontorets instanser yderligere forpligtelser, navnlig ikke en forpligtelse til at oplyse sagen yderligere på dette punkt med henblik på at afhjælpe de af sagsøgeren indgivne bevisers manglende beviskraft. Det følger heraf, at det andet klagepunkt ligeledes må forkastes som ugrundet, samt det tredje anbringende i dets helhed.

*Fjerde anbringende vedrørende tilsidesættelsen af artikel 73 i forordning nr. 40/94 og retten til at blive hørt*

#### Parternes argumenter

- 98 Sagsøgeren har gjort gældende, at selskabet i strid med det krav, der stilles i artikel 73 i forordning nr. 40/94, ikke er blevet hørt i nødvendigt omfang. Sagsøgeren er af den opfattelse, at appelkammeret ikke tog hensyn til alle de dokumenter, som selskabet havde fremlagt med henblik på at påvise det ansøgte varemærkes fornødne særpræg ved brug. Der er heller ikke blevet taget hensyn til det tilbud, sagsøgeren fremsatte i skrivelse af 5. oktober 1998 (nævnt i præmis 6 ovenfor) om i givet fald at fremlægge yderligere beviser bl.a. for omfanget af brugen af varemærket. Endelig har sagsøgeren tilbudt at fremkomme med yderligere beviser for at godtgøre, at varemærket var indarbejdet, såfremt Retten skulle finde dette relevant.

- 99 Harmoniseringskontoret har heroverfor anført, at det fremgår af den anfægtede afgørelse, at appelkammeret har undersøgt alle de oplysninger, der var fremlagt af sagsøgeren (meningsmålinger, omsætning, reklameomkostninger), og at det med rette har konkluderet, at disse oplysninger ikke var tilstrækkelige til at godtgøre, at det ansøgte varemærke havde opnået fornødent særpræg ved brug. Desuden var Harmoniseringskontoret ikke forpligtet til tage imod det nævnte tilbud fra sagsøgeren. Endelig skal sagsøgerens tilbud om at fremkomme med yderligere beviser for Retten afvises.

### Rettens bemærkninger

- 100 Ifølge artikel 73 i forordning nr. 40/94 må Harmoniseringskontorets afgørelser kun støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om.
- 101 Hvad først og fremmest angår sagsøgerens argument om, at appelkammeret ikke tog hensyn til alle de dokumenter, der var fremlagt med henblik på at påvise brugen af det ansøgte varemærke, må dette forkastes, eftersom det bygger på et fejlagtigt udgangspunkt. Det fremgår således af den anfægtede afgørelses punkt 24-29, at alle disse oplysninger er blevet undersøgt af appelkammeret, men at de ikke blev fundet tilstrækkelige til at godtgøre, at det ansøgte varemærke havde opnået fornødent særpræg ved brug. Da det desuden er sagsøgeren selv, der har fremlagt de omhandlede dokumenter, har denne naturligvis haft lejlighed til at tage stilling til dem og til deres relevans.
- 102 Derefter kan sagsøgerens andet klagepunkt heller ikke tiltrædes.
- 103 Det er ubestridt, at sagsøgeren fremlagde en liste for undersøgeren over omfanget af salget i flere medlemsstater i Den Europæiske Union af karamelbolsjet »Werther's Original« angivet i ton for årene 1993-1997 (jf. den anfægtede afgørelses punkt 4). Undersøgeren fandt, at »[s]agsøgerens omsætning ikke [gav] mulighed for at slutte,



at forbrugeren gen[kendte] bolsjerne på deres indpakning og for[bandt] dem med en enkelt virksomhed«, og at »[i] mangel af sammenlignelige tal fra konkurrerende virksomheder eller oplysninger om markedet som helhed [var] det umuligt at bedømme omsætningen« (jf. den anfægtede afgørelses punkt 5, andet led).

104 Sagsøgeren fremlagde imidlertid ingen sammenlignelige oplysninger for appelkammeret vedrørende selskabets markedsandel og dets konkurrenters markedsandel. Sagsøgeren fremlagde derimod lignende tabeller over salgstallene for det ovenfor omtalte bolsje for perioden 1994-1998, samt øvrige oplysninger (meningsmålinger, reklameomkostninger), der ifølge sagsøgeren godtgjorde, at varemærket var indarbejdet.

105 Under disse omstændigheder kan Harmoniseringskontorets instanser og navnlig appelkammeret ikke kritiseres for at have støttet deres afgørelse på grunde, som sagsøgeren ikke har haft lejlighed til at udtale sig om. Dette klagepunkt skal derfor forkastes.

106 Endelig skal sagsøgerens anmodning om i givet fald at kunne fremlægge yderligere beviser for Retten for at godtgøre det ansøgte varemærkes indarbejdelse afslås. Det er herved tilstrækkeligt at bemærke, at det følger af retspraksis, at beviser, der ikke er blevet påberåbt under den administrative sagsbehandling ved Harmoniseringskontoret, ikke kan anfægte lovligheden af den anfægtede afgørelse, der er truffet af appelkammeret (jf. dommen i sagen om en ølflaskes form, præmis 52 og den heri nævnte retspraksis).

107 Følgelig skal det fjerde anbringende ligeledes forkastes.

108 På grundlag af samtlige foranstående betragtninger skal Harmoniseringskontoret herefter frifindes.

## **Sagens omkostninger**

- <sup>109</sup> I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. 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 (Fjerde Afdeling)

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

Legal

Tiili

Vilaras

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 10. november 2004.

H. Jung

H. Legal

Justitssekretær

Afdelingsformand