

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

30. april 2003 *

I de forenede sager T-324/01 og T-110/02,

Axions SA, Genève (Schweiz),

Christian Belce, Veyrier (Schweiz),

ved avocat **C. Eckhartt**, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgere,

mod

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

sagsøgt,

angående påstande om annullation af de afgørelser, der blev truffet af Tredje Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) den 26. september 2001 (sag R 599/2001-3) og den 16. januar 2002

* Processprog: tysk.

(sag R 538/2001-3) vedrørende registrering som EF-varemærke af henholdsvis en tredimensional form, der afbilder en brun cigar (sag T-324/01), og en tredimensional form, der afbilder en guldbarre (sag T-110/02),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, V. Tiili, og dommerne P. Mengozzi og M. Vilaras,

justitssekretær: fuldmægtig D. Christensen,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 15. januar 2003,

afsagt følgende

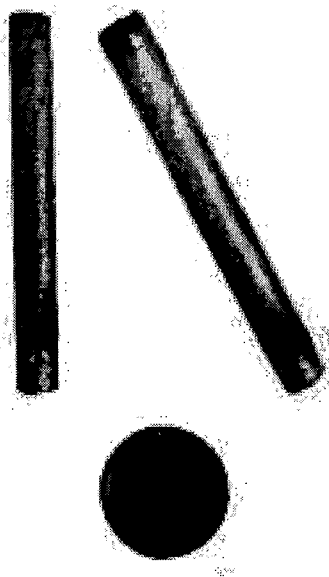
Dom

Sagens baggrund

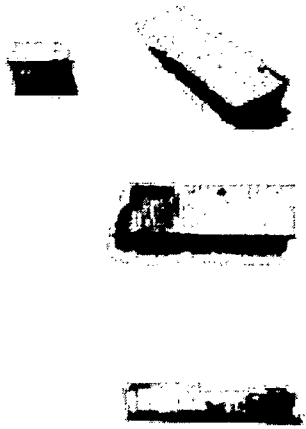
- 1 Den 20. marts 2000 og den 3. december 1999 indgav sagsøgerne to EF-varemærkeansøgninger, der blev indført i registret på Kontoret for Harmonise-

ring i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) under henholdsvis nr. 1 565 589 og 1 408 889, i medfør af Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret.

- 2 Varemærkerne, som der er ansøgt om registrering af, er henholdsvis en tredimensional form som en brun cigar (varemærkeansøgning nr. 1 565 589) og en tredimensional form som en guldbarre (varemærkeansøgning nr. 1 408 889). Den grafiske gengivelse af disse tredimensionale varemærker er gengivet i et bilag til varemærkeansøgningerne som nedenfor:



Varemærkeansøgning nr. 1 565 589



Varemærkeansøgning nr. 1 408 889.

- 3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 30 (varemærkeansøgning nr. 1 565 589) og klasse 16 og 30 (varemærkeansøgning nr. 1 408 889) i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, beskrevet på følgende måde:

— »chokolade, chokoladevarer; konditori- og konfekturvarer« (klasse 30)

— »chokolade, chokoladevarer« (klasse 30);

— »emballage til chokolade og chokoladevarer af pap i form af en guldbarre« (klasse 16).

- 4 Ved afgørelser af 12. april 2001 og 23. marts 2001 har undersøgeren meddelt afslag på henholdsvis varemærkeansøgning nr. 1 565 589 og varemærkeansøgning nr. 1 408 889 i medfør af artikel 38 i forordning nr. 40/94 med den begrundelse, at de varemærker, der var ansøgt om registrering af, fuldstændig manglede fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

- 5 Den 12. juni 2001 og den 22. maj 2001 indgav sagsøgerne klager til Harmoniseringskontoret i medfør af artikel 59 i forordning nr. 40/94 over undersøgerens afgørelser af 12. april 2001 og 23. marts 2001.

- 6 Ved afgørelser af 26. september 2001 (sag R 599/2001-3) (herefter »den i sag T-324/01 anfægtede afgørelse«) og af 16. januar 2002 (sag R 538/2001-3) (herefter »den i sag T-110/02 anfægtede afgørelse«), der blev meddelt sagsøgerne henholdsvis den 11. oktober 2001 og den 7. april 2002, afslog Tredje Appellkammer klagerne. Appellkammeret fandt nærmere bestemt, at der i medfør af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 skulle meddeles afslag på registrering af de varemærker, der var ansøgt om. Appellkammeret fandt, at former, der lignede dem, som de varemærker, der var ansøgt om, bestod af, var udbredte på markedet for de relevante produkter, og at de varemærker, der ansøgt om, adskilte sig for lidt fra disse former til, at de uden andre f.eks. verbale eller grafiske elementer kunne anses for at have det minimum af fornødent særpræg, som kræves. I den forbindelse anførte appellkammeret, at gennemsnitsforbrugeren ikke foretager en detaljeret gennemgang af formen og farven på de pågældende produkter, da en sådan forbruger kun ofrer dem en ret ringe grad af opmærksomhed.

Retsforhandlinger og parternes påstande

- 7 Ved stævninger indleveret til Rettens Justitskontor den 11. december 2001 og den 5. april 2002, der blev indført i registret som henholdsvis sag T-324/01 og T-110/02, har sagsøgerne anlagt nærværende sager.
- 8 Harmoniseringskontoret har indgivet svarskrift til Rettens Justitskontor den 5. april og den 5. juli 2002.
- 9 Ved kendelse afsagt den 18. november 2002 af formanden for Fjerde Afdeling er sagerne T-324/01 og T-110/02 i henhold til artikel 50 i Rettens procesreglement blevet forenet med henblik på den mundtlige forhandling og dommen.
- 10 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Fjerde Afdeling) besluttet af indlede den mundtlige forhandling.
- 11 Parterne har afgivet indlæg og besvaret Rettens mundtlige spørgsmål i retsmødet den 15. januar 2003.

- 12 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:
- I sag T-324/01: Appellkammerets afgørelse af 26. september 2001 (sag R 599/2001-3) annulleres, og Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.
 - I sag T-110/02: Appellkammerets afgørelse af 16. januar 2002 (sag R 538/2001-3) annulleres, og Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.
- 13 I sag T-324/01 og sag T-110/02 har Harmoniseringskontoret nedlagt følgende påstande:
- Sagsøgte frifindes.
 - Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

- 14 Til støtte for deres påstande har sagsøgerne fremført to anbringender, det første vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, og det andet vedrørende tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.

Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

- 15 Sagsøgerne har indledningsvis under henvisning til præmis 44 i Rettens dom af 19. september 2001 i sagen Henkel mod KHIM (rød og hvid rektangulær tablet) (sag T-335/99, Sml. II, s. 2581) gjort gældende, at et varemærke kun skal have et minimum af fornødent særpræg for at kunne registreres. Endvidere sondres der i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 efter sagsøgernes opfattelse ikke mellem de forskellige typer varemærker, hvorfor kriterierne for bedømmelsen af, om tredimensionale varemærker, der består af selve varens form, har fornødent særpræg, er de samme som dem, der finder anvendelse på andre varemærkekatégorier.
- 16 Sagsøgerne er af den opfattelse, at appelkammeret med urette fastslog i punkt 21 i den i sag T-110/02 anfægtede afgørelse, at et tredimensionalt varemærke, for at der ikke skal meddeles afslag på registrering heraf i medfør af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, skal have tilstrækkeligt originale og vilkårlige egenskaber, der adskiller sig fra den produkt- eller salgsteknisk betingede udformning, og fra varernes sædvanlige form eller indpakning. I modsætning til, hvad appelkammeret fastslog, har Retten ikke fastsat sådanne kriterier generelt for bedømmelsen af, om tredimensionale varemærker har fornødent særpræg, i sin dom af 19. september 2001 i sagen Procter & Gamble mod KHIM (hvid og lysegrøn firkantet tablet) (sag T-117/00, Sml. II, s. 2723, summarisk offentliggørelse). Den omstændighed, at Retten i dommens præmis 73 fastslog, at appelkammeret i den konkrete sag med rette havde anvendt sådanne kriterier, indebærer ikke, at tredimensionale varemærker generelt og i forhold til konkurrerende produkter skal have en særlig og markant form.

- 17 Med hensyn til afgrænsningen af den relevante kundekreds for de varer, der er ansøgt om varemærkerne for, har sagsøgerne anført, at den består af de endelige forbrugere generelt. Dette er imidlertid efter deres opfattelse ingen begrundelse for appelkammerets konklusion om, at den endelige forbruger snarere hæfter sig ved varens etikette, indpakning og navn eller et billede på emballagen end ved varens »rene« form. Ifølge sagsøgerne er det tværtimod korrekt at antage, at den gennemsnitlige endelige forbruger for så vidt angår almindelige chokolade- og konditorivarer tillægger varernes form en betydning med hensyn til deres handelsmæssige oprindelse og indretter sit valg efter varernes »rene« form.
- 18 Hvad dernæst angår det tredimensionale varemærke, der består af formen på en brun cigar (sag T-324/01), har sagsøgerne gjort gældende, at dette er en ganske særlig, enkeltstående og usædvanlig form, som klart adskiller sig fra eksisterende former, og som heller ikke er en af de typiske varianter af former, der findes på markedet.
- 19 De har i den forbindelse anført, at varemærket, der er ansøgt om, består af en tredimensional fremstilling af en rund og cylindrisk form, som med sin brune farve efter det almindelige indtryk, den giver, stærkt ligner formen på en cigar. Denne form er ifølge sagsøgerne ukendt på det relevante marked. De eksempler på chokolade- og konditorivarer, appelkammeret har nævnt, adskiller sig grundlæggende fra dem, der er ansøgt om registrering af varemærket for, idet de kun i grove træk ligner formen på en cigar, og den relevante kundekreds er klar over dette. Dette er efter sagsøgernes opfattelse tilfældet for produkterne med varemærkerne »25 Nefles« (fra virksomheden Rifacli), »Cigarettes Russes« (fra virksomheden Delacre), »Waffleletten« og »Picadilly« (fra virksomheden Bahlsen) og »Finger« (fra virksomheden Cadbury).
- 20 Hvad endelig angår det tredimensionale varemærke, der består af formen på en guldbarre (sag T-110/02), er sagsøgerne af den opfattelse, at det over for den relevante kundekreds fremstår som en fuldstændig usædvanlig og original form i

forhold til chokoladevarer. Denne konkrete form for omvendt guldbarre findes ikke på det relevante marked og har derfor det minimum af fornødent særpræg, som kræves.

- 21 Særligt har sagsøgerne gjort gældende, at det varemærke, der er ansøgt om, består i en med hensyn til størrelsen næsten nøjagtig gengivelse af en original guldbarre, bortset fra, at den er vendt om. Den pågældende form adskiller sig grundlæggende fra de andre barreformer, der udbydes på markedet for chokolade og chokoladevarer. Ifølge sagsøgerne er der kun ansøgt om beskyttelse for denne form bestående i en omvendt guldbarre, der klart og bevidst er forskellig fra den klassiske form, hvor den ligger ned. Endvidere har sagsøgerne gjort gældende, at dimensionerne på den pågældende form (25 cm gange 8 cm) går ud over, hvad der er sædvanligt ved præsentation af chokoladevarer på markedet.
- 22 I modsætning til den opfattelse, appelkammeret indtog, mener sagsøgerne, at denne forskel ikke kun kan erkendes gennem en præcis og analytisk observation. Sagsøgerne har i den forbindelse tillige anført, at chokoladevarer og former for emballage af den pågældende type ikke sælges til de endelige forbrugere til priser under 8 eller 9 EUR. Ifølge sagsøgerne vil den relevante kundekreds derfor være langt mere opmærksom på den pågældende form end ved chokolade- og konditorivarer, der udbydes til lavere priser.
- 23 Harmoniseringskontoret har anført, at der ikke gælder andre kriterier for bedømmelsen af, om et tredimensionalt varemærke, der består af varens form, har fornødent særpræg, end for andre typer varemærker. Harmoniseringskontoret er dog af den opfattelse, at en vares form ikke på samme måde indeholder en oplysning til kundekredsen om varens oprindelse som verbale eller figurlige elementer på varen eller dens emballage. Ifølge Harmoniseringskontoret vil kundekredsen for så vidt angår dagligvarer ikke generelt sætte en vares form i forbindelse med dens oprindelse. Harmoniseringskontoret mener, at en vares form for at kunne opfattes som en oplysning om varens oprindelse skal have

særlige karakteristika, der kan tiltrække kundernes opmærksomhed. Harmoniseringskontoret har under henvisning til præmis 37 i Rettens dom af 7. februar 2002 (sag T-88/00, Mag Instrument mod KHIM (lommelygters form), Sml. II, s. 467) gjort gældende, at dette ikke er tilfældet, når kundekredsen er vant til at se tilsvarende former som den omtvistede i meget forskelligt design.

- 24 For så vidt angår den tredimensionale form, der afbilder en brun cigar, har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at appelkammeret ikke anlagde nogen urigtig vurdering, da det fandt, at former, der er inspireret af formen på cigarer eller cigaretter, er særdeles udbredte på markedet for de pågældende varer, og at det varemærke, der er ansøgt om, adskiller sig for lidt fra andre former på markedet til, at det uden at have andre elementer, såsom verbale eller grafiske elementer, kan anses for at have det krævede minimum af særpræg. I den forbindelse har Harmoniseringskontoret anført, at gennemsnitsforbrugeren ikke foretager en nærmere undersøgelse af de pågældende varer, da han kun ofrer dem en begrænset opmærksomhed.
- 25 Med hensyn til den tredimensionale form, der afbilder en guldbarre, har Harmoniseringskontoret for det første anført, at gennemsnitsforbrugeren kun ofrer de pågældende varers form en ret begrænset opmærksomhed. Harmoniseringskontoret er i den forbindelse af den opfattelse, at der ikke i forbindelse med bedømmelsen af, om et varemærke har fornødent særpræg, kan tages hensyn til omstændigheder, såsom den pågældende vares pris, som ikke særligt er nævnt i varemærkeansøgningen, og som ikke skal registreres.
- 26 Harmoniseringskontoret har dernæst gjort gældende, at appelkammeret ikke anlagde nogen urigtig vurdering, da det fandt, at emballage i form af en guldbarre er særdeles udbredt på markedet for de pågældende varer, og at det varemærke, der er ansøgt om, adskiller sig for lidt fra andre former på markedet til, at det uden andre elementer, såsom verbale eller grafiske elementer, kan anses for at have det krævede minimum af særpræg.

- 27 Endelig kan denne vurdering efter Harmoniseringskontorets opfattelse ikke tilbagevises ved sagsøgernes argument om, at det varemærke, der er ansøgt om, består i formen på en omvendt guldbarre. Harmoniseringskontoret har i den forbindelse anført, at man ikke på grundlag af den grafiske gengivelse af dette varemærke i varemærkeansøgningen kan vide, om de varer, der skal markedsføres under det pågældende varemærke, vil blive præsenteret for forbrugerne i en bestemt stilling.

Rettens bemærkninger

- 28 I henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er »varemærker, som mangler fornødent særpræg«, udelukket fra registrering.
- 29 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 (Rettens dom af 20.11.2002, forenede sager T-79/01 og T-86/01, Kit Pro og Kit Super Pro, Sml. II, s. 4881, præmis 19). De af denne bestemmelse omfattede tegn kan endvidere ikke udfylde varemærkets grundlæggende funktion, nemlig at identificere varens eller tjenesteydelsens 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 27.2.2002, sag T-79/00, Rewe-Zentral mod KHIM (LITE), Sml. II, s. 705, præmis 26, og dommen i sagerne Kit Pro og Kit Super Pro, præmis 19).

- 30 Spørgsmålet om, hvorvidt et tegn har det fornødne særpræg, kan kun bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, registreringsansøgningen vedrører, og under hensyn til, hvorledes det opfattes af den relevante kundekreds (LITE-dommen, præmis 27, og dommen i sagerne Kit Pro og Kit Super Pro, præmis 20).
- 31 I den foreliggende sag konstaterede appelkammeret for så vidt angår de varer, der henhører under kategorierne »chokolade, chokoladevarer« og »konditori- og konfekturvarer« (klasse 30), at den relevante kundekreds bestod af de endelige forbrugere generelt (punkt 23 og 24 i den i sag T-324/01 anfægtede afgørelse og punkt 24 og 25 i den i sag T-110/02 anfægtede afgørelse). Dette er ikke blevet bestridt af sagsøgerne. Eftersom disse produkter er dagligvarer, må denne bedømmelse anses for at være rigtig. Endvidere skal denne kundekreds anses for at være almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet (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). For så vidt angår varer i kategorierne »emballage til chokolade og chokoladevarer af pap i form af en guldbarre« (klasse 16) anførte appelkammeret, at den relevante kundekreds ikke bare består af chokoladefabrikanter, men også af små og mellemstore konfektur- og konditorivirksomheder (punkt 35 og 36 i den i sag T-110/02 anfægtede afgørelse). Denne forskel er imidlertid uden betydning for vurderingen af, om det varemærke, der er ansøgt om i sag T-110/02, har fornødent særpræg. Selv om det som udgangspunkt er de personer, appelkammeret nærmere har afgrænset, og ikke de endelige forbrugere generelt, der køber disse varer, må dette køb dog ikke desto mindre anses for at foretages med henblik på i sidste ende at sælge de indpakkede produkter til de endelige forbrugere.
- 32 Det skal for det andet fastslås, at artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ikke sonderer mellem forskellige typer af varemærker. Der skal derfor ikke anvendes strengere kriterier ved bedømmelsen af, om tredimensionale varemærker, der består af selve varernes form — som dem, der er ansøgt om i denne sag — har fornødent særpræg, end de kriterier, der anvendes på andre typer varemærker (dommen i sagen angående lommelygters form, præmis 32).

- 33 Hvad for det første angår det tredimensionale varemærke, der har form af en brun cigar (sag T-324/01), fastslog appelkammeret, at former, der er inspireret af formen på cigarer eller cigaretter, er særdeles udbredte på markedet for de pågældende varer (punkt 27 i den i sag T-324/01 anfægtede afgørelse). Som Harmoniseringskontoret har ført tilstrækkeligt bevis for i sit svarskrift, findes der på markedet ud over de chokoladearer med form af cigarer, der er nævnt i den anfægtede afgørelse, også andre varer, der har lignende former, såsom chokoladecigarer, der er fremstillet af virksomhederne Godiva, Niederegger og Hauser, hvoraf visse har en stærk lighed med en rigtig cigar.
- 34 Som appelkammeret med rette har anført i præmis 29 og 30 i den i sag T-324/01 anfægtede afgørelse, adskiller formen og farven, der udgør det varemærke, der er ansøgt om, sig endvidere for lidt fra formen og farven på andre chokolade- og konditorivarer på markedet, til at varemærket uden at have andre elementer, såsom verbale eller grafiske elementer, kan anses for at have det krævede minimum af særpræg.
- 35 Sagsøgerens argument om, at der er betydelige forskelle mellem den form og farve, der udgør det varemærke, der er ansøgt om (en rund og cylindrisk form, som med sin brune farve ligner formen på en cigar), og formen og farven på andre chokolade- og konditorivarer, der er nævnt i den i sag T-324/01 anfægtede afgørelse, er uden betydning for denne vurdering. Det bemærkes, at som Harmoniseringskontoret ganske rigtigt har anført, foretager gennemsnitsforbrugeren ikke en nærmere undersøgelse af formen og farven på de pågældende varer og ofrer dem kun en begrænset opmærksomhed. De påståede forskelle på formen og farven, som sagsøgerne i den foreliggende sag har påberåbt sig, er derfor uden betydning for den konklusion, at varemærket, som der er ansøgt om, ikke væsentligt adskiller sig fra en af de grundlæggende former på de pågældende varer, som er almindeligt anvendt i handelen.
- 36 Hvad dernæst angår det tredimensionale varemærke i form af en guldbarre (sag T-110/02) har Harmoniseringskontoret endvidere med rette anført, at gennem-

snitsforbrugeren kun ofrer de pågældende varers form og farve en ret begrænset opmærksomhed. Sagsøgernes argument om, at forbrugerne under hensyn til den høje pris, varerne sælges til, vil udvise en høj grad af opmærksomhed, må forkastes. Som det fremgår af Rettens praksis, har det ved vurderingen af, om et mærke kan registreres for en afgrænset gruppe af varer eller tjenesteydelser, ingen betydning, om den pågældende varemærkeansøger planlægger at indføre eller indfører et vist markedsføringskoncept. Det forhold, at der foreligger et markedsføringskoncept, er en ydre faktor, der ikke påvirker de rettigheder, der gives ved EF-varemærket. Det er desuden alene op til den pågældende virksomhed at vælge et markedsføringskoncept, og konceptet kan ændres efter, at et tegn er registreret som EF-varemærke. Det kan således ikke have nogen som helst indflydelse på vurderingen af, om tegnet kan registreres (Rettens dom af 20.3.2002, sag T-355/00, DaimlerChrysler mod KHIM (TELE AID), Sml. II, s. 1939, præmis 42). Harmoniseringskontoret må derfor gives medhold i, at der ved vurderingen af, om et varemærke har fornødent særpræg, ikke kan tages hensyn til sådanne omstændigheder som prisen på den pågældende vare, der ikke er omfattet af registreringen.

- 37 Appellkammeret førte i punkt 28-31 i den i sag T-110/02 anfægtede afgørelse tilstrækkeligt bevis for, at emballage i form af en guldbarre er særdeles udbredt på markedet for de relevante produkter. Som Harmoniseringskontoret har anført i svarskriftet, markedsfører andre virksomheder end dem, der er nævnt i den anfægtede afgørelse, såsom Feodora, Lebkuchen-Schmidt og Café Tasse, også konkurrerende produkter med lignende former og farver.
- 38 I punkt 32 og 33 i den i sag T-110/02 anfægtede afgørelse anførte appellkammeret ligeledes meget rigtigt, at formen og farven, der udgør det varemærke, der er ansøgt om, adskiller sig for lidt fra formen og farven på andre varer på markedet, til at varemærket uden at have andre elementer, såsom verbale eller grafiske elementer, kan anses for at have det krævede minimum af særpræg.

- 39 Sagsøgernes oplysning om, at det varemærke, der er ansøgt om, består af en omvendt guldbarre på 25 cm gange 8 cm, er uden betydning for denne bedømmelse.
- 40 For det første skal der — som Harmoniseringskontoret har anført i sit svarskrift — ved vurderingen af, om et tredimensionalt mærke har fornødent særpræg, kun tages hensyn til en bestemt rumlig placering af varen, hvis form udgør varemærket, hvis denne vare sædvanligvis præsenteres med en sådan placering, hvilket f.eks. er tilfældet for flasker. Chokoladebarrer præsenteres imidlertid ikke sædvanligvis med en bestemt rumlig placering. Den omstændighed, at de varer, sagsøgerne markedsfører i den pågældende form, har et grafisk element på den største flade på emballagen, er ikke tilstrækkeligt bevis for en bestemt rumlig placering af disse varer. Det pågældende grafiske element indgår i et bestemt markedsføringskoncept, varemærkeansøgeren benytter, som kan ændres, og som — som anført ovenfor i præmis 36 — er uden relevans for vurderingen af, om et tegn kan registreres som varemærke.
- 41 For det andet er dimensionerne på den pågældende form ikke i sig selv afgørende for vurderingen af, om formen har fornødent særpræg, da de vedrører et aspekt af de pågældende varer, der hænger sammen med den mængde chokolade, emballagen indeholder. Det kan derfor ikke antages, at den relevante kundekreds opfatter guldbarreformen som en oplysning om varernes handelsmæssige oprindelse, selv når denne form ses i de dimensioner, sagsøgerne har påberåbt sig.
- 42 Endelig anførte sagsøgerne i formularen til ansøgning om registrering af EF-varemærke ved afkrydsning i den relevante rubrik, at det varemærke, der blev ansøgt om, var et tredimensionalt mærke. Det blev anført, at der var tale om »en gengivelse af en omvendt pyramidestump med en retvinklet grundflade på ca. 25 × 8 cm med skrå sideflader«, i rubrikken med overskriften »beskrivelse af andre varemærketyper« i ansøgningsformularen. Det fremgår imidlertid af

formularens opbygning og af den del, der har overskriften »gengivelse af varemærket«, af de »Kommentarer til ansøgningsformularen«, Harmoniseringskontoret har udgivet, at »andre varemærker« er dem, som ikke henhører under en af de forinden nævnte kategorier, som tredimensionale varemærker er iblandt. Tredimensionale varemærker anses således for at være en type varemærker, der ikke er omfattet af kategorien »andre varemærker«.

- 43 Hvis det varemærke, der er ansøgt om, blev registreret, ville oplysningerne om den rumlige placering og om den pågældende forms dimensioner ikke blive registreret og ville derfor kun indgå i et markedsføringskoncept.
- 44 Det må herefter fastslås, at de varemærker, der er ansøgt om, ikke væsentligt adskiller sig fra visse grundlæggende former på de pågældende varer, som er almindeligt anvendt i handelen, men snarere fremstår som en variant af disse former. Denne omstændighed udgør et konkret forhold i den ovenfor i præmis 29 nævnte retspraksis' forstand, der gør det muligt at konkludere, at de kan anvendes almindeligt i handelen til at præsentere de i varemærkeansøgningerne nævnte varer.
- 45 De varemærker, der er ansøgt om, kan derfor, således som de opfattes af en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger, ikke individualisere de pågældende varer og adskille dem fra varer af en anden handelsmæssig oprindelse. De mangler derfor fornødent særpræg i forhold til disse varer.
- 46 Det følger heraf, at anbringendet vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 må forkastes.

Det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet

Parternes argumenter

- 47 Sagsøgerne har gjort gældende, at appelkammeret tilsidesatte ligebehandlingsprincippet ved at afslå at registrere de varemærker, der var ansøgt om.
- 48 De har i den forbindelse påberåbt sig appelkamrenes afgørelser om at anse de følgende tredimensionale varemærker for at kunne registreres: et varemærke i form af et bæltespænde, bl.a. for varekategorierne »læder og læderimitationer samt varer fremstillet af disse materialer« (sag R 272/1999-3), et varemærke i form af et logo som en vaffel særligt for »konditori- og konfekturvarer« (sag R 565/1999-1), et varemærke i form af en snack som en blomst for »kartoffelprodukter, med eller uden tilsætning af smagsstoffer, og snacks« (sag R 467/1999-3), et varemærke i form af en tredimensional gengivelse af en strålerregulator for varekategorien »strålerregulatorer« (sag R 104/1999-3) og et varemærke i form af en pilleæske til tabletter for varekategorien »antidiabetiske præparater« (sag R 275/2000-1).
- 49 Ifølge sagsøgerne er disse varemærker hverken mere originale eller fantasifulde end de varemærker, der er ansøgt om i nærværende sag.
- 50 Harmoniseringskontoret har heroverfor under henvisning til præmis 66 i Rettens dom af 27. februar 2002 i sagen Streamserve mod KHIM (STREAMSERVE) (sag T-106/00, Sml. II, s. 723) anført, at dette anbringende er uden relevans, idet lovligheden af appelkamrenes afgørelser udelukkende skal bedømmes på grund-

lag af forordning nr. 40/94, således som den er fortolket af Fællesskabets retsinstanter, og ikke på grundlag af appelkamrenes tidligere afgørelsespraksis, der kan være ulovlig. Endvidere har Harmoniseringskontoret bemærket, at de varemærker, som blev behandlet i de afgørelser fra appelkamrene, sagsøgerne har henvist til, ikke kan sammenlignes med de varemærker, der er ansøgt om i nærværende sag.

Rettens bemærkninger

- 51 Som det fremgår af retspraksis, er de afgørelser vedrørende registrering af et tegn som EF-varemærke, som appelkamrene skal træffe i henhold til forordning nr. 40/94, omfattet af de bundne forvaltningsbeføjelser og ikke af de skønsmæssige beføjelser. Spørgsmålet, om et tegn kan registreres som EF-varemærke, skal derfor kun bedømmes på grundlag af denne forordning, således som den er fortolket af Fællesskabets retsinstanter, og ikke på grundlag af appelkamrenes tidligere praksis (jf. i samme retning STREAMSERVE-dommen, præmis 66, og dommen i sagerne Kit Pro og Kit Super Pro, præmis 32). Det andet anbringende må derfor forkastes, idet det er irrelevant.
- 52 Under alle omstændigheder bemærkes, at selv om det anerkendes, at den faktiske eller retlige begrundelse for en tidligere afgørelse kan udgøre argumenter til støtte for et anbringende om, at en af bestemmelserne i forordning nr. 40/94 er tilsidesat (jf. i samme retning STREAMSERVE-dommen, præmis 69, og dommen i sagerne Kit Pro og Kit Super Pro, præmis 33), må det fastslås, at sagsøgerne ikke har gjort gældende, at de tidligere afgørelser fra appelkamrene, som de har påberåbt sig, indeholder betragtninger, der kan rejse tvivl om den bedømmelse, der er foretaget ovenfor vedrørende anbringendet om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.
- 53 Herefter skal sagsøgte frifindes i det hele.

Sagsomkostningerne

- 54 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgerne har tabt sagerne, bør det pålægges dem at betale Harmoniseringskontorets omkostninger i overensstemmelse med dettes 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) **Sagsøgerne betaler sagsomkostningerne.**

Tiili

Mengozi

Vilaras

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 30. april 2003.

H. Jung

Justitssekretær

V. Tiili

Afdelingsformand

II - 1919

