

DOMSTOLENS DOM (Ottende Afdeling)

25. oktober 2007*

I sag C-238/06 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i Domstolens statut, iværksat den 25. maj 2006,

Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG, Unterhaching (Tyskland), ved
Rechtsanwälte R. Kunz-Hallstein og H. Kunz-Hallstein,

appellant,

den anden part i appelsagen:

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

sagsøgte i første instans,

* Processprog: tysk.

har

DOMSTOLEN (Ottende Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, G. Arestis, og dommerne R. Silva de Lapuerta og E. Juhász (refererende dommer),

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: fuldmægtig B. Fülöp,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 24. maj 2007,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

- I appelskriftet har selskabet Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG (herefter »Develey«) nedlagt påstand om ophævelse af den dom, der blev afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 15. marts 2006, Develey mod KHIM (en plasticflaskes form) (sag T-129/04, Sml. II, s. 811, herefter »den appellerede dom«), hvorved selskabet ikke fik medhold i sin påstand om annullation af afgørelsen truffet den 20. januar 2004 af Andet Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) vedrørende afslag på registrering af et tredimensionalt varemærke (herefter »den anfægtede afgørelse«).

Retsforskrifter

International ret

Pariserkonventionen

- 2 Internationalt er varemærkeretten reguleret af Pariserkonventionen om beskyttelse af industriel ejendomsret af 20. marts 1883, som senest revideret i Stockholm den 14. juli 1967 (*United Nations Treaty Series*, vol. 828, nr. 11851, s. 305, herefter »Pariserkonventionen«). Alle Det Europæiske Fællesskabs medlemsstater har tiltrådt denne konvention.

- 3 Pariserkonventionens artikel 2, stk. 1, bestemmer:

»Personer, der tilhører et unionsland, skal, for så vidt angår beskyttelse af den industrielle ejendomsret, i alle unionens andre lande nyde de samme fordele, som hvert lands love nu indrømmer eller i fremtiden måtte indrømme egne undersåtter eller statsborgere, alt dog med forbehold af de rettigheder, som er særlig hjemlet ved denne konvention. Som følge heraf skal de have den samme beskyttelse og den samme adgang til retsmidler mod ethvert indgreb i deres rettigheder som disse, alt på betingelse af, at de opfylder de vilkår og iagttager de formaliteter, som påhviler landets egne statsborgere eller undersåtter.«

4 Pariserkonventionens artikel 6e, punkt A og B, bestemmer:

»A.

1) Ethvert varemærke, som på foreskreven måde er registreret i hjemlandet, skal med de angivne forbehold modtages til registrering og nyde beskyttelse, således som det foreligger i de andre [...] lande [i unionen]. Disse lande skal dog, førend endelig registrering foretages, kunne kræve tilvejebragt et bevis for registrering i hjemlandet, udstedt af den kompetente myndighed. Der skal ikke kunne kræves nogen legalisation af dette bevis.

2) Som hjemland skal anses det unionsland, hvor anmelderen har en regulær forretningsvirksomhed af industriel eller kommerciel art, eller — hvis han ikke har en sådan virksomhed — det unionsland, hvor han har sin bopæl, eller hvis han ikke har bopæl i noget unionsland, det land, han tilhører som statsborger, for så vidt dette er et unionsland.

B. De i nærværende artikel omhandlede varemærker kan kun afslås eller kendes ugyldige i følgende tilfælde:

i) når de er egnede til at gøre indgreb i rettigheder erhvervet af tredjemand i det land, hvor beskyttelsen kræves

ii) når de savner ethvert særpræg eller udelukkende består af tegn eller angivelser, som i omsætningen kan tjene til at betegne varernes art,

beskaffenhed, mængde, bestemmelse, værdi, oprindelsessted eller frembringelsens tidspunkt, eller som benyttes i daglig sprogbrug eller i redelig og fast handelssædvane i det land, hvor beskyttelsen kræves

- iii) når de strider mod moralen eller den offentlige orden og især er egnet til at vildlede offentligheden; [d]er er enighed om, at et mærke ikke skal kunne anses stridende mod den offentlige orden af den grund alene, at det ikke stemmer med en eller anden bestemmelse i lovgivningen om varemærker, medmindre selve denne bestemmelse netop tager sigte på den offentlige orden.

Dog er anvendelse af artikel 10b forbeholdt.«

Reglerne i overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen

- 5 Artikel 2, stk. 1, i aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder (herefter »TRIPs-aftalen«), som er indeholdt i bilag 1 C til overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen, og som blev undertegnet i Marrakech den 15. april 1994 og godkendt ved Rådets afgørelse 94/800/EF af 22. december 1994 om indgåelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af de aftaler, der er resultatet af de multilaterale forhandlinger i Uruguay-rundens regi (1986-1994) for så vidt angår de områder, der henhører under Fællesskabets kompetence (EFT L 336, s. 1), bestemmer:

»For så vidt angår del II, III og IV i denne aftale skal medlemmerne efterkomme artikel 1-12 samt artikel 19 i Paris-konventionen (1967).«

Fællesskabsbestemmelser

- 6 Sidste betragtning i præamblen til afgørelse 94/800 har følgende ordlyd:

»Overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen, herunder bilagene hertil, kan ikke påberåbes direkte over for Fællesskabets og medlemsstaternes retsinstanser.«

- 7 Tolvte betragtning til Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1) har følgende ordlyd:

»Samtlige Fællesskabets medlemsstater er bundet af Pariserkonventionen til Beskyttelse af Industriel Ejendomsret; det er nødvendigt, at dette direktivs bestemmelser er i fuldstændig overensstemmelse med Pariserkonventionens bestemmelser; de af medlemsstaternes forpligtelser, der er en følge af denne konvention, berøres ikke af dette direktiv; i givet fald finder traktatens artikel 234, stk. 2, anvendelse.«

- 8 Direktivets artikel 3, stk. 1, litra b), bestemmer:

»Følgende tegn og varemærker udelukkes fra registrering eller kan erklæres ugyldige, hvis de allerede er blevet registreret:

b) varemærker, der mangler fornødent særpræg.«

- 9 Femte betragtning til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret, har følgende ordlyd:

»Fællesskabets varemærkereglere træder imidlertid ikke i stedet for medlemsstaternes lovgivning om varemærker; det forekommer ikke rimeligt at pålægge virksomhederne at registrere deres varemærker som EF-varemærker, idet de nationale varemærker stadig er nødvendige af hensyn til virksomheder, som ikke ønsker at beskytte deres varemærker på fællesskabsplan.«

- 10 Artikel 7 i forordning nr. 40/94 vedrørende absolutte hindringer for registrering bestemmer følgende i stk. 1:

»1. Udelukket fra registrering er:

[...]

b) varemærker, som mangler fornødent særpræg

[...]

h) varemærker, som skal afslås i medfør af artikel [6c] i Pariserkonventionen, fordi de ikke er godkendt af de kompetente myndigheder

- i) varemærker, som indeholder tegn, emblemer eller våben, ud over de i artikel [6c] i Pariserkonventionen omhandlede, og som er af særlig offentlig interesse, medmindre den kompetente myndighed har givet sin tilladelse til, at de registreres.«

- 11 Forordningens artikel 34, der har overskriften »Påberåbelse af et nationalt varemærkes anciennitet«, bestemmer:

»1. Indehaveren af et ældre varemærke, der er registreret i en medlemsstat, herunder et varemærke, der er registreret i Benelux-landene, eller af et ældre varemærke, som er genstand for en international registrering med retsvirkning i en medlemsstat, kan, når han ansøger om registrering af et identisk varemærke som EF-varemærke for varer eller tjenesteydelser, der er af samme art som eller er omfattet af dem, for hvilke det ældre varemærke er registreret, påberåbe sig det ældre varemærkes anciennitet for EF-varemærket i den medlemsstat, i eller for hvilken det er registreret.

2. Ancienniteten har i henhold til denne forordning udelukkende den virkning, at indehaveren af et EF-varemærke, der giver afkald på et ældre varemærke eller lader det udslette, anses for fortsat at have de samme rettigheder, som han ville have haft, hvis det ældre varemærke fortsat havde været registreret.

3. Den for EF-varemærket påberåbte anciennitet bortfalder, hvis det ældre varemærke, for hvilket der er påberåbt anciennitet, erklæres fortabt eller ugyldigt, eller såfremt der er givet afkald på det inden registreringen af EF-varemærket.«

- 12 Artikel 35 i forordning nr. 40/94, der har overskriften »Påberåbelse af anciennitet efter EF-varemærkets registrering«, bestemmer:

»1. Indehaveren af et EF-varemærke, der er indehaver af et identisk ældre varemærke, der er registreret i en medlemsstat, herunder et varemærke, der er registreret i Benelux-landene, eller af et identisk ældre varemærke, som er genstand for en international registrering med retsvirkning i en medlemsstat, for varer eller tjenesteydelser, der er af samme art som eller er omfattet af dem, for hvilke det ældre varemærke er registreret, kan påberåbe sig det ældre varemærkes anciennitet i den medlemsstat, i eller for hvilken det er registreret.

2. Artikel 34, stk. 2 og 3, finder anvendelse.«

- 13 I henhold til artikel 73 i forordning nr. 40/94 skal Harmoniseringskontorets afgørelser begrundes, og de må kun støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om.

- 14 Artikel 74 i forordning nr. 40/94, der har overskriften »Harmoniseringskontorets ex officio-prøvelse af de faktiske omstændigheder«, har følgende ordlyd:

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

2. Harmoniseringskontoret kan se bort fra kendsgerninger og beviser, som ikke er påberåbt eller fremført rettidigt af de pågældende parter.«

15 Artikel 108 i forordning nr. 40/94 bestemmer:

»1. Ansøgeren eller indehaveren af et EF-varemærke kan indgive en begæring om at lade sin ansøgning eller sit EF-varemærke overgå til en ansøgning om registrering som nationalt varemærke

a) for så vidt ansøgningen om registrering af EF-varemærket er afslået, tilbagetaget eller anses for tilbagetaget

b) for så vidt EF-varemærket ikke længere har retsvirkning.

2. Overgang finder ikke sted,

a) hvis EF-varemærkeindehaverens ret er erklæret fortabt som følge af manglende brug af dette mærke, medmindre EF-varemærket i den medlemsstat, for hvilken der begæres overgang, har været brugt på en sådan måde, at det ifølge den pågældende medlemsstats lovgivning anses for reel brug

- b) hvis overgangen har til formål at opnå beskyttelse i en medlemsstat, hvor der ifølge en afgørelse truffet af Harmoniseringskontoret eller en national ret foreligger en registreringshindring for det EF-varemærke, der søges registreret, eller en fortabelses- eller ugyldighedsgrund mod det registrerede EF-varemærke.

3. For den nationale ansøgning, der er resultatet af overgangen af et EF-varemærke eller en EF-varemærkeansøgning, gælder i den berørte medlemsstat ansøgningsdatoen for det pågældende EF-varemærke eller prioritetsdatoen for den pågældende ansøgning og i givet fald den anciennitet for et i denne stat eksisterende varemærke, der påberåbes i medfør af artikel 34 eller 35.

4. Såfremt en EF-varemærkeansøgning anses for tilbagetaget, tilsender Harmoniseringskontoret ansøgeren en meddelelse, der giver den pågældende en frist på tre måneder fra datoen for denne meddelelse til at indgive en begæring om overgang.

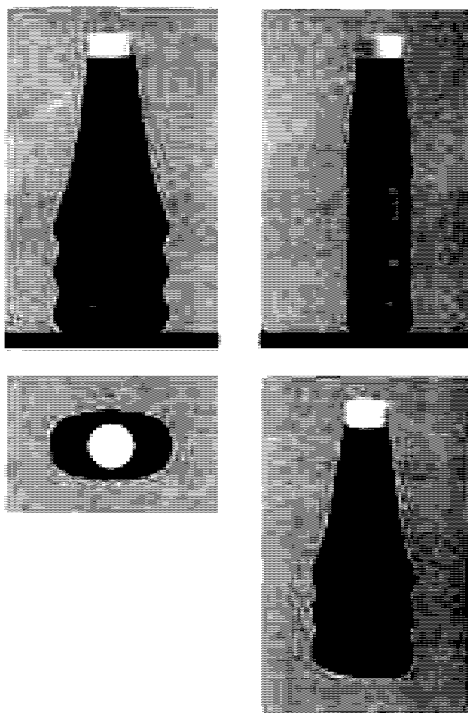
5. Såfremt EF-varemærkeansøgningen tilbagetages eller EF-varemærkets retsvirkning ophører, fordi det er tilbagekaldt, eller fordi registreringen ikke er blevet fornyet, indgives begæringen om overgang inden for en frist på tre måneder fra den dag, hvor EF-varemærkeansøgningen blev tilbagetaget, eller hvor EF-varemærkets retsvirkning ophører.

6. Afslås EF-varemærkeansøgningen ved en afgørelse truffet af Harmoniseringskontoret, eller ophører EF-varemærkets retsvirkning som følge af en afgørelse truffet af Harmoniseringskontoret eller en EF-varemærkedomstol, skal begæringen om overgang indgives inden for en frist på tre måneder fra den dag, hvor denne afgørelse får retskraft.

7. Virkningen af artikel 32 ophører, hvis begæringen ikke indgives inden for den fastsatte frist.«

Sagens baggrund

- 16 Den 14. februar 2002 indgav Develey i henhold til forordning nr. 40/94 en EF-varemærkeansøgning til Harmoniseringskontoret under påberåbelse af prioritet på grundlag af en oprindelig ansøgning indgivet i Tyskland den 16. august 2001.
- 17 Ansøgningen vedrørte registreringen af et tredimensionalt tegn, der har form af en flaske og er gengivet nedenfor (herefter »det ansøgte varemærke«):



18 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 29, 30 og 32 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer i hver enkelt af disse klasser til følgende beskrivelse:

— klasse 29: »peberfrugt, tomatkoncentrat, mælk og mejeriprodukter, yoghurt, fløde, spiselige olier og spisefedt«

— klasse 30: »krydderier; smagsstoffer; sennep, sennepsprodukter; mayonnaise, mayonnaiseprodukter; eddike, herunder vineddike, produkter indeholdende eddike; drikke fremstillet med eddike; remoulader; relish; aromaer og essenser til ernæringsformål; citronsyre, æblesyre, vinsyre som aromaer til fremstilling af levnedsmidler; forarbejdet peberrod; ketchup og tilberedninger på grundlag af ketchup, frugtsaucer; salatdressinger, salatcremer«

— klasse 32: »frugtdrikke og frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke«.

19 Ved afgørelse af 1. april 2003 afslog undersøgeren registreringsansøgningen i medfør af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Undersøgeren fastslog dels, at Harmoniseringskontoret ikke var bundet af ældre nationale registreringer, dels at formen på det ansøgte varemærke ikke frembød usædvanlige og let genkendelige kendetegn, der ville gøre det muligt at adskille denne form fra de sædvanlige former, der findes på markedet, og medføre, at den kunne fungere som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse.

- 20 Develeys klage, der bl.a. var støttet på den omhandlede flaskes usædvanlige og særlige karakter, blev afvist af Harmoniseringskontorets Andet Appellkammer ved den anfægtede afgørelse. Appellkammeret tilsluttede sig undersøgerens argumentation. Det tilføjede, at det for så vidt angik et varemærke, som udgøres af formen på en indpakning, var nødvendigt at tage hensyn til den omstændighed, at opfattelsen i den berørte kundekreds ikke nødvendigvis var den samme som ved et ord-, figur- eller tredimensionalt varemærke, der er uafhængig af udseendet på den vare, det betegner. Den berørte endelige forbruger vil nemlig i højere grad rette opmærksomheden mod etiketten på flasken end mod den blotte form på en bar og farveløs beholder.
- 21 Ifølge appelkammeret var det ansøgte varemærke ikke i besiddelse af nogen yderligere karaktertræk, der kunne sætte det i stand til klart at blive adskilt fra de almindelige tilgængelige former og til at stå mejslet i forbrugerens hukommelse som angivelse af oprindelsen. Appellkammeret fandt således, at den særlige udformning, som Develey har gjort gældende, først vil vise sig efter en indgående analytisk gennemgang, som den berørte gennemsnitsforbruger ikke vil give sig i kast med.
- 22 Appellkammeret påpegede, at Develey ikke kunne påberåbe sig registreringen af det ansøgte varemærke i det tyske varemærkeregister, da en sådan national registrering — selv hvis den kan tages i betragtning — imidlertid ikke er afgørende. Desuden præciserede de registreringsdokumenter, der var fremlagt af Develey, ifølge appelkammeret ikke grundene til, at registreringen af det omhandlede tegn var blevet accepteret.

Retsforhandlinger ved Retten og den appellerede dom

- 23 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 1. april 2004 anlagde Develey sag med påstand om annullation af den anfægtede afgørelse. Til støtte for søgsmålet gjorde Develey fire anbringender gældende. Retten forkastede disse anbringender og frifandt følgelig Harmoniseringskontoret.

- 24 Ifølge det første anbringende blev reglerne om bevisbyrde ikke iagttaget af Harmoniseringskontoret, hvilket udgjorde en tilsidesættelse af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 samt en tilsidesættelse af artikel 6e i Pariserkonventionen. Develey gjorde således gældende, at Harmoniseringskontoret skulle have bevist, at der forelå mangel på fornødent særpræg, da det anførte, at den omhandlede form ville blive opfattet som formen på en almindelig flaske og ikke som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse.
- 25 Retten præciserede, at Pariserkonventionen var irrelevant i denne sammenhæng, da denne konventions artikel 6e, som behandler beskyttelsen og registreringen af varemærker, der er registreret i en anden kontraherende stat i Pariserkonventionen, ikke indeholder bestemmelser om fordelingen af bevisbyrden i registrerings-sager vedrørende EF-varemærker. Dernæst bemærkede Retten, at Harmoniseringskontorets opgave inden for rammerne af vurderingen af, hvorvidt der foreligger absolutte registreringshindringer i henhold til artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 40/94, består i at afgøre, om varemærkeansøgningen er omfattet af en sådan registreringshindring, og at Harmoniseringskontoret ifølge samme forordnings artikel 74, stk. 1, ex officio skal prøve de relevante faktiske omstændigheder, der vil kunne føre kontoret til at bringe en absolut registreringshindring i anvendelse.
- 26 Retten konstaterede, at når appelkammeret konkluderer, at et ansøgt varemærke mangler fornødent særpræg i sig selv, kan det støtte sin analyse på kendsgerninger, der er et resultat af den generelle praktiske erfaring, der er opnået ved markedsføring af almindelige forbrugsvarer, dvs. kendsgerninger, som enhver kan have kendskab til, og som bl.a. forbrugerne af disse varer har kendskab til. Retten understregede, at i det omfang sagsøgeren — på trods af appelkammerets analyse — havde påberåbt sig det ansøgte varemærkes særpræg, påhvilede det denne at fremlægge konkrete og velunderbyggede indicier, der godtgjorde, at det ansøgte varemærke var i besiddelse af enten fornødent særpræg i sig selv eller fornødent særpræg opnået ved brug.
- 27 Det andet anbringende vedrørte manglende iagttagelse af artikel 6e, punkt A, stk. 1, i Pariserkonventionen som følge af, at Harmoniseringskontoret havde frataget den

ældre nationale registrering dennes beskyttelsesvirkning. Deveyley gjorde gældende, at Harmoniseringskontoret ved at fastslå, at det ansøgte varemærke savnede fornødent særpræg inden for Fællesskabet, faktisk erklærede det ældre tyske varemærke, som beskytter det samme tegn og er registreret af Deutsches Patent- und Markenamt (det tyske patent- og varemærkekontor), for ugyldigt og dermed som værende uden beskyttelse på det tyske område.

- 28 Retten påpegede, at såfremt det antages, at det påhviler Harmoniseringskontoret at overholde Pariserkonventionens artikel 6e, fremgår det af femte betragtning til forordning nr. 40/94, at EF-varemærkeretten ikke træder i stedet for medlemsstaternes lovgivning om varemærker. Den anfægtede afgørelse påvirker følgelig hverken gyldigheden eller beskyttelsen af den ældre nationale registrering på det tyske område. Retten tilføjede, at Pariserkonventionens artikel 6e, punkt B, nr. 2, giver mulighed for at afslå registrering i tilfælde, hvor det ansøgte varemærke savner fornødent særpræg.
- 29 Ifølge det tredje anbringende var artikel 73 i forordning nr. 40/94, artikel 6e i Pariserkonventionen og artikel 2, stk. 1, i TRIPs-aftalen blevet tilsidesat som følge af, at Harmoniseringskontoret ikke i tilstrækkelig grad havde undersøgt den ældre nationale registrering. Deveyley gjorde gældende, at Harmoniseringskontoret skulle tage hensyn til de ældre nationale registreringer, og subsidiært, at det følger af sammenhængen mellem det retsgrundlag, der udgøres af direktiv 89/104 og af forordning nr. 40/94, at Harmoniseringskontoret og den berørte nationale myndighed skulle anvende de samme kriterier i henhold til de to tekster. Harmoniseringskontoret havde derfor pligt til at forklare, hvorfor det anvendte disse kriterier forskelligt fra den nationale myndighed.
- 30 Indledningsvis forkastede Retten henvisningen til Pariserkonventionen og TRIPs-aftalen med den begrundelse, at disse to traktater ikke indeholdt bestemmelse om begrundelsespligt for afgørelser og var uden relevans i forbindelse med dette anbringende. Dernæst præciserede Retten, at artikel 34 og 35 i forordning nr. 40/94

ikke kan have til formål eller til følge, at indehaveren af et nationalt varemærke garanteres registrering af dette varemærke som EF-varemærke, og at EF-varemærkesystemet er et selvstændigt system, der består af en helhed af regler og forfølger formål, som er særegne for systemet, og dets anvendelse er uafhængig af alle nationale systemer. Endelig bemærkede Retten, at appelkammeret tog hensyn til tilstedeværelsen af den nationale registrering, og at der i den anfægtede afgørelse på en klar og entydig måde er gjort rede for de grunde, der ledte appelkammeret til ikke at følge Deutsches Patent- und Markenamts afgørelse.

31 Det fjerde anbringende vedrørte tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 som følge af, at Harmoniseringskontoret fejlbedømte det ansøgte varemærkes særpræg, samt den omstændighed, at dette varemærkes karaktertræk ikke har nogen teknisk funktion. Develey anførte i denne henseende, at et minimum af særpræg er tilstrækkeligt til, at et varemærke kan gøres til genstand for registrering, og tilføjede, at der ikke er grund til at anvende et strengere kriterium ved vurderingen af et tredimensionalt varemærkes særpræg. Develey gjorde gældende, at forbrugeren orienterer sig i forhold til flaskens form og først efter at have identificeret den ønskede vare kontrollerer sit valg ved hjælp af etiketten. Ifølge Develey var gennemsnitsforbrugeren således helt og holdent i stand til at opfatte formen på de omhandlede varers emballage som en angivelse af disse varers handelsmæssige oprindelse. Subsidiært gjorde Develey gældende, at ingen af varemærkets karaktertræk havde en teknisk funktion.

32 Retten henviste til, at kriterierne for bedømmelsen af, om tredimensionale varemærker, der består af selve varens form, har fornødent særpræg, ikke er forskellige fra dem, der finder anvendelse på andre varemærke kategorier, og at spørgsmålet, om et varemærke har fornødent særpræg, skal bedømmes i forhold til dels de varer eller tjenesteydelser, registreringsansøgningen vedrører, dels under hensyntagen til, hvorledes det opfattes af den relevante kundekreds. Desuden præciserede Retten, at der i forbindelse med vurderingen af et varemærkes særpræg skal foretages en analyse af det helhedsindtryk, varemærket fremkalder.

- 33 Retten anførte, at de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke, i den foreliggende sag er levnedsmidler til almindeligt forbrug, og at den berørte kundekreds følgelig består af alle forbrugere. Ifølge Retten skulle det ansøgte varemærkes fornødne særpræg således bedømmes under hensyntagen til den formodede forventning hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger.
- 34 For så vidt angik det ansøgte varemærke bemærkede Retten for det første, at gennemsnitsforbrugerne ikke er vant til at udlede varers oprindelse af deres form eller emballage uden nogen grafisk eller tekstmæssig oplysning, og at disse forbrugere i første omgang tillægger de flasker, som sådanne varer er indeholdt i, en ren indpakkingsfunktion. Efter at have foretaget en vurdering af de kendetegn, der ifølge Develey bidrog til flaskens særpræg, konkluderede Retten dernæst, at disse kendetegn ikke skabte et helhedsindtryk, der kunne rejse tvivl om konstateringen af, at det ansøgte varemærke ikke vil afvige betydeligt fra normen eller branchesædvanen. Endelig tilføjede Retten, at den omstændighed, at det ansøgte varemærkes karaktertræk angiveligt ikke har en teknisk funktion, ikke kan have indflydelse på varemærkets mangel på fornødent særpræg.

Parternes påstande

- 35 Develey har i appelskriftet nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves.

- Den anfægtede afgørelse annulleres, eller subsidiært hjemvises sagen til Retten.

- Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger ved begge instanser.

36 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

- Appellen forkastes.
- Develey tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Appellen

- 37 Indledningsvis skal det afgøres, om bestemmelserne i TRIPs-aftalen og Pariserkonventionen finder direkte anvendelse i forbindelse med denne sag.
- 38 For så vidt angår TRIPs-aftalen bemærkes, at det følger af sidste betragtning i præamblen til afgørelse 94/800, at overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen, herunder bilagene hertil, ikke kan påberåbes direkte ved Fællesskabets retsinstanser.
- 39 Desuden har Domstolen fastslået, at bestemmelserne i denne aftale ikke har direkte virkning og efter deres karakter ikke skaber rettigheder for borgerne, som disse i medfør af fællesskabsretten kan påberåbe sig direkte for de nationale domstole (jf. i denne retning dom af 23.11.1999, sag C-149/96, Portugal mod Rådet, Sml. I, s. 8395,

præmis 42-48, af 14.12.2000, forenede sager C-300/98 og C-392/98, Dior m.fl., Sml. I, s. 11307, præmis 44 og 45, og af 16.11.2004, sag C-245/02, Anheuser-Busch, Sml. I, s. 10989, præmis 54).

- 40 Bestemmelserne i Pariserkonventionen kan heller ikke påberåbes direkte i det konkrete tilfælde.
- 41 For det første er Fællesskabet således ikke — i øvrigt i modsætning til, hvad der er tilfældet med TRIPs-aftalen — part i Pariserkonventionen.
- 42 For det andet har fællesskabslovgiver, når lovgiver har fundet det nødvendigt at give visse bestemmelser i Pariserkonventionen direkte virkning, udtrykkeligt henvist til disse bestemmelser i forordning nr. 40/94, navnlig for så vidt angår de absolutte registreringshindringer i forordningens artikel 7, stk. 1, litra h) og i). Derimod bemærkes, at der i artikel 7, stk. 1, ikke er en sådan henvisning for så vidt angår varemærkers fornødne særpræg, og at fællesskabslovgiver har truffet særskilt bestemmelse herom i forordningens artikel 7, stk. 1, litra b).
- 43 For det tredje bemærkes, at selv om Pariserkonventionens direkte virkning ganske vist kunne følge af henvisningen til konventionen i TRIPs-aftalens artikel 2, stk. 1, kan henvisningen imidlertid ikke, idet denne aftale ikke finder direkte anvendelse, føre til en sådan direkte anvendelse af konventionen.
- 44 I den foreliggende sag finder følgelig hverken TRIPs-aftalen eller Pariserkonventionen anvendelse, og Domstolen vil kun behandle appelanbringenderne, for så vidt som de vedrører Rettens tilsidesættelse af forordning nr. 40/94.

Det første anbringende vedrørende manglende iagttagelse af reglerne om bevisbyrden

Parternes argumenter

- 45 Develey har gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 vedrørende bevisbyrden. Desuden skulle Retten ifølge Develey have annulleret den anfægtede afgørelse, da den selv konstaterede, at det ansøgte varemærke har fornødent særpræg, ved i den appellerede doms præmis 52 at medgive, at varemærket skiller sig ud i forhold til de varemærker, der er sædvanlige i handelen.
- 46 Develey har endvidere anført, at Rettens argumentation vedrørende, hvordan forbrugerne orienterer sig, når de træffer deres valg, ikke er i overensstemmelse med Rettens praksis (dom af 3.12.2003, sag T-305/02, Nestlé Waters France mod KHIM (en flaskes form), Sml. II, s. 5207, præmis 34, og af 24.11.2004, sag T-393/02, Henkel mod KHIM (en hvid og gennemsigtig flakons form), Sml. II, s. 4115, præmis 34). Brugen af formen som angivelse af varens oprindelse har en vis betydning, da forbrugerne foretager den første udvælgelse på grundlag af emballagens form og først derefter studerer etiketten.
- 47 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at proceduren for registrering af et varemærke er en administrativ procedure, og at kontoret i henhold til artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 ex officio prøver de faktiske omstændigheder. Begrebet bevisbyrdefordeling vil derfor kun kunne få betydning, hvis visse faktiske omstændigheder forbliver ubeviselige. Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at Retten korrekt fremstillede principperne vedrørende den bevisoptagelse og bevisvurdering, der påhviler Harmoniseringskontoret i en sådan procedure. Under alle omstændigheder må kravet om, at kontorets afgørelser skal begrundes, ifølge Harmoniseringskontoret ikke forveksles med en hvilken som helst bevispligt.

Domstolens bemærkninger

- 48 Indledningsvis bemærkes, at som Retten anførte i den appellerede doms præmis 15 og 16, består Harmoniseringskontorets opgave inden for rammerne af vurderingen af, hvorvidt der foreligger absolutte registreringshindringer i henhold til artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 40/94, i at afgøre, om varemærkeansøgningen er omfattet af sådanne registreringshindringer.
- 49 Det skal dernæst tilføjes, at Harmoniseringskontoret ifølge samme forordnings artikel 74, stk. 1, ex officio skal prøve de relevante faktiske omstændigheder, der vil kunne føre kontoret til at bringe en absolut registreringshindring i anvendelse.
- 50 Endelig skal det, som det med rette er anført i den appellerede doms præmis 21, bemærkes, at i det omfang en sagsøger — på trods af Harmoniseringskontorets analyse — påberåber sig det ansøgte varemærkes særpræg, påhviler det sagsøger at fremlægge konkrete og velunderbyggede indicier, der godtgør, at det ansøgte varemærke er i besiddelse af enten fornødent særpræg i sig selv eller fornødent særpræg opnået ved brug.
- 51 Det må således konstateres, at Retten ikke har tilsidesat reglerne om bevisbyrde.
- 52 For så vidt angår klagepunkterne vedrørende den påståede fejlagtige bedømmelse af det ansøgte varemærkes særpræg, vil disse blive behandlet i forbindelse med det femte anbringende.

53 Under disse omstændigheder må det første anbringende anses for ugrundet.

Det andet anbringende, hvorefter Rettens stadfæstelse af, at en ældre national registrering er ugyldig, er ulovlig

Parternes argumenter

54 Develey har gjort gældende, at Harmoniseringskontoret ved den anfægtede afgørelse fastslog, at det ansøgte varemærke også manglede fornødent særpræg i Tyskland. Ved at stadfæste denne afgørelse har Retten i henhold til artikel 108 i forordning nr. 40/94 erklæret et identisk varemærke, der har været genstand for en ældre national registrering, for ugyldigt.

55 Ifølge Harmoniseringskontoret var det med rette, at Retten fastslog, at den anfægtede afgørelse hverken påvirker gyldigheden eller beskyttelsen af den ældre nationale registrering på det tyske område. Harmoniseringskontoret har anført, at de nationale myndigheder — uafhængigt af Harmoniseringskontorets afgørelser og i henhold til national varemærkeret — vurderer, om de nationale varemærker og dem, der er søgt registreret, er egnede til at blive beskyttet.

Domstolens bemærkninger

56 Som Retten med rette anførte i den appellerede doms præmis 25, påvirker den anfægtede afgørelse, hvorved registrering af det ansøgte varemærke som EF-varemærke blev afslået, hverken gyldigheden eller beskyttelsen af den ældre nationale registrering på det tyske område.

- 57 I overensstemmelse med femte betragtning til forordning nr. 40/94, som Retten med føje henviste til i samme præmis i den appellerede dom, træder EF-varemærkeretten nemlig ikke i stedet for medlemsstaternes lovgivning om varemærker.
- 58 Det er derfor ikke alene muligt, at et varemærke, der savner fornødent særpræg i én medlemsstat, som følge af sproglige, kulturelle, sociale og økonomiske forskelle ikke savner det i en anden medlemsstat (jf. i denne retning dom af 9.3.2006, sag C-421/04, Matratzen Concord, Sml. I, s. 2303, præmis 25, og analogt vedrørende et varemærkes vildledende karakter dom af 26.11.1996, sag C-313/94, Graffione, Sml. I, s. 6039, præmis 22), men også, at et varemærke, der savner et sådant særpræg på fællesskabsplan, ikke savner det i en af medlemsstaterne i Fællesskabet.
- 59 Det skal tilføjes, at bestemmelserne i artikel 108 i forordning nr. 40/94 i modsætning til, hvad Develey har gjort gældende, på ingen måde kan ændre denne konstatering.
- 60 Dette anbringende må følgelig anses for ugrundet.

Det tredje og det fjerde anbringende vedrørende dels en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder samt en tilsidesættelse af begrundelsespligten med hensyn til den ældre nationale registrering, dels de identiske krav til fornødent særpræg, som er bindende for den nationale undersøger og Harmoniseringskontoret

Parternes argumenter

- 61 I forbindelse med disse anbringender har Develey kritiseret Retten for at have støttet sig på en ukorrekt faktisk konstatering og for at have set bort fra en del af selskabets

argumentation. Develey hævder at have fremlagt det registreringsbevis, der er udstedt af Deutsches Patent- und Markenamt, hvoraf fremgår, at det ansøgte varemærke blev registreret på grundlag af et særpræg i sig selv og ikke et særpræg opnået ved brug.

- 62 Develey har gjort gældende, at den appellerede dom er utilstrækkeligt begrundet med hensyn til vurderingen af den ældre nationale registrering. Eftersom varemærket er harmoniseret, skal Harmoniseringskontoret og den nationale undersøger desuden stille de samme krav til det fornødne særpræg.
- 63 For så vidt angår fastlæggelsen af faktiske omstændigheder har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at de faktiske omstændigheder under sagen for kontoret bestod af forklaringerne fra Develeys repræsentanter, som var lidet informative og begrænset til uverificerbare påstande vedrørende den tyske registrering. Eftersom de præcise grunde til, at denne registrering var blevet godkendt, forblev ukendte for appelkammeret ved Harmoniseringskontoret, kan Retten ikke kritiseres for at have gengivet de faktiske omstændigheder urigtigt i denne henseende.
- 64 Hvad angår den manglende begrundelse har Harmoniseringskontoret henvist til, at dets pligt til at begrunde individuelle afgørelser har til formål dels, at de berørte personer kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, for at de kan forsvare deres rettigheder, dels at Fællesskabets retsinstanser kan efterprøve beslutningens lovlighed. Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at den omstændighed, at Develey ikke er tilfreds med appelkammerets begrundelse og Rettens stadfæstelse heraf, ikke er tilstrækkelig til at gøre gældende, at den appellerede dom ikke er begrundet. Ifølge Harmoniseringskontoret fastslog Retten med føje, at den anfægtede afgørelses begrundelse var tilstrækkelig, hvorfor der på ingen måde kan rejses tvivl om rigtigheden af denne dom fra Retten i medfør af artikel 73 i forordning nr. 40/94.

Domstolens bemærkninger

- 65 For så vidt angår Deutsches Patent- und Markenamts afgørelse, der er påberåbt af Develey, er det tilstrækkeligt, som Retten gjorde det i den appellerede doms præmis 32, at bemærke, at EF-varemærkesystemet er et selvstændigt system, der består af en helhed af regler og forfølger formål, som er særegne for systemet, og hvis anvendelse er uafhængig af alle nationale systemer.
- 66 Det ansøgte varemærke skal derfor kun vurderes på grundlag af de relevante fællesskabsbestemmelser, og den nationale afgørelse kan under alle omstændigheder hverken rejse tvivl om lovligheden af den anfægtede afgørelse eller af den appellerede dom.
- 67 Dette klagepunkt må således anses for irrelevant.
- 68 Hvad angår påstanden vedrørende ukorrekt fastlæggelse af de faktiske omstændigheder og utilstrækkelig begrundelse af den appellerede dom må det konstateres, at Retten i dommens præmis 34 citerede den anfægtede afgørelses punkt 55, hvorefter registreringen af det ansøgte varemærke i det tyske varemærkeregister ikke har nogen bindende virkning for EF-varemærkesystemet, og de registreringer, der findes i medlemsstaterne, udgør et forhold, der blot kan tages i betragtning i forbindelse med registreringen af et EF-varemærke uden at være afgørende.
- 69 Det følger heraf, at Retten ikke redegjorde ukorrekt for de faktiske omstændigheder i forbindelse med den ældre nationale registrering, og at det ikke kan hævdes, at den appellerede dom er utilstrækkeligt begrundet med hensyn til den pågældende registrering.

- 70 Dette klagepunkt må følgelig forkastes.
- 71 Hvad endelig angår klagepunktet om, at Harmoniseringskontoret, eftersom varemærkeretten er harmoniseret, skulle have anvendt de samme krav vedrørende det fornødne særpræg som den nationale undersøger, må det konstateres, at dette klagepunkt ikke kan tages til følge, dels fordi EF-varemærkesystemet er et selvstændigt system, dels fordi det er muligt, at et varemærke, der savner fornødent særpræg i én medlemsstat eller inden for fællesskabsordningen, ikke savner det i en anden medlemsstat.
- 72 Som allerede anført i forbindelse med foregående klagepunkter udgør de registreringer, der findes i medlemsstaterne, desuden kun et forhold, der kan tages i betragtning i forbindelse med registreringen af et EF-varemærke, og det ansøgte varemærke skal vurderes på grundlag af de relevante fællesskabsbestemmelser.
- 73 Det følger heraf, at Harmoniseringskontoret hverken er forpligtet til at tilslutte sig de krav, der er stillet, og den vurdering, der er foretaget af den kompetente varemærkemyndighed i oprindelseslandet, eller forpligtet til at registrere det ansøgte varemærke på baggrund af denne nationale myndigheds betragtning om, at tegnet blot er suggestivt og ikke direkte beskrivende.
- 74 Dette klagepunkt er derfor ugrundet.
- 75 Under disse omstændigheder skal anbringendet forkastes.

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

Parternes argumenter

- 76 Med dette anbringende har Develey for det første gjort gældende, at Retten ikke foretog en korrekt vurdering af, hvilket helhedsindtryk det ansøgte varemærke fremkalder. Retten undlod at vurdere et af dette varemærkes kendetegn, nemlig at den flade og brede flaskekrop, som udgør den største del set forfra og bagfra, er hvælvet udad og opefter slutter i en bue med en let spids vinkel, og at det indtryk, der fremkaldes herved, er indtrykket af en portal. Dette kendetegn bidrager imidlertid væsentligt til helhedsindtrykket, på grund af at det giver flaskekroppen et portalagtigt udseende. Develey er af den opfattelse, at en helhedsvurdering, hvorved der tages hensyn til dette kendetegn, burde føre til den konklusion, at det ansøgte varemærke har fornødent særpræg.
- 77 Develey har for det andet anført, at Retten, da den vurderede det ansøgte varemærkes særpræg i forhold til de omhandlede varer, ikke sondrede mellem de forskellige kategorier af varer, såsom kategorierne levnedsmidler og smagsstoffer af meget flydende karakter, af flydende karakter, af mere tyktflydende karakter, af fast karakter og i pulverform. Retten skar således med urette alle de varer, der var omfattet af registreringsansøgningen, over en kam.
- 78 Ifølge Harmoniseringskontoret skal dette anbringende afvises, da det alene indeholder klagepunkter, som vedrører Rettens fastlæggelse af de faktiske omstændigheder.

Domstolens bemærkninger

- 79 Det følger af fast retspraksis, at et varemærkes fornødne særpræg i den betydning heraf, som er fastsat i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, indebærer, at dette varemærke gør det muligt at identificere den vare, for hvilken der ansøges om registrering, som hidrørende fra en bestemt virksomhed og dermed at adskille denne vare fra andre virksomheders (dom af 29.4.2004, forenede sager C-473/01 P og C-474/01 P, Procter & Gamble mod KHIM, Sml. I, s. 5173, præmis 32, og af 21.10.2004, sag C-64/02 P, KHIM mod Erpo Möbelwerk, Sml. I, s. 10031, præmis 42). Hvorvidt et varemærke har dette fornødne særpræg, skal dels bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, registreringsansøgningen vedrører, dels under hensyn til, hvorledes det opfattes af den relevante kundekreds (jf. dommen i sagen Procter & Gamble mod KHIM, præmis 33, og dom af 22.6.2006, sag C-24/05 P, Storck mod KHIM, Sml. I, s. 5677, præmis 23).
- 80 Det fremgår ligeledes af fast retspraksis, at kriterierne for bedømmelsen af, om tredimensionale varemærker, der består af selve varens udseende, har fornødent særpræg, ikke er forskellige fra dem, der finder anvendelse på andre typer varemærker. Ved anvendelsen af disse kriterier skal der imidlertid tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugerens opfattelse ikke nødvendigvis er den samme, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, der består af selve varens udseende, som når der er tale om et ord- eller figurmærke, der består af et tegn, som er uafhængigt af fremtrædelsesformen for de varer, det betegner. Gennemsnitsforbrugerne er nemlig ikke vant til at udlede varers oprindelse af deres form eller emballage uden nogen grafisk eller tekstmæssig bestanddel, og det kan derfor vise sig vanskeligere at bevise, at et sådant tredimensionalt varemærke har særpræg, end at et ord- eller figurmærke har det (dom af 7.10.2004, sag C-136/02 P, Mag Instrument mod KHIM, Sml. I, s. 9165, præmis 30, og dommen i sagen Storck mod KHIM, præmis 24 og 25).
- 81 Under disse omstændigheder er det kun et varemærke, der afviger betydeligt fra normen eller branchesædvanen og derfor kan opfylde sin grundlæggende

oprindelsesfunktion, som ikke mangler fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 (dom af 12.1.2006, sag C-173/04 P, Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, Sml. I, s. 551, præmis 31, og dommen i sagen Storck mod KHIM, præmis 26).

- 82 Ved bedømmelsen af, hvorvidt et varemærke mangler fornødent særpræg, skal der tages hensyn til det helhedsindtryk, som det giver. Dette betyder imidlertid ikke, at der ikke er grund til at foretage en undersøgelse hver for sig af de forskellige bestanddele, der er anvendt ved udformningen af det omhandlede varemærke. Det kan faktisk være nyttigt, at der i forbindelse med den samlede vurdering foretages en undersøgelse af hver enkelt af de bestanddele, som det pågældende varemærke består af (jf. i denne retning dom af 30.6.2005, sag C-286/04 P, Eurocermex mod KHIM, Sml. I, s. 5797, præmis 22 og 23 og den deri nævnte retspraksis).
- 83 Det fremgår af den appellerede dom, at Retten i den foreliggende sag har foretaget en korrekt identificering og anvendelse af de i retspraksis opstillede kriterier på den konkrete sag
- 84 Det var med rette, at Retten i den appellerede doms præmis 50-53 foretog en vurdering af de forskellige bestanddele, der danner den form, det ansøgte varemærke udgøres af, og dernæst i dommens præmis 53 og 54 foretog en vurdering af helhedsindtrykket af varemærket med henblik på at bedømme, om dette varemærke savnede fornødent særpræg.
- 85 I denne forbindelse skal det for det første bemærkes, at den berørte ikke ved undersøgelsen af de forskellige bestanddele, der er anvendt ved udformningen af et ansøgt varemærke, kan kræve at bestemme undersøgelsens rækkefølge, i hvilken grad disse bestanddele skal opløses, eller hvilke ord der anvendes.

- 86 Det følger således ikke af den omstændighed, at nogle bestemte ord i den foreliggende sag ikke optræder i Rettens vurdering, som f.eks. »en flaskekrop, som er hvælvet udad« eller »indtrykket af en portal«, at visse af de kendetegn, som ifølge Develey bidrager til det fornødne særpræg, ikke er blevet behørigt taget i betragtning.
- 87 For det andet bemærkes, at eftersom der ved bedømmelsen af, hvorvidt det ansøgte varemærke har fornødent særpræg, skal tages hensyn til det helhedsindtryk, som det giver, kan en bekræftelse af, at der foreligger et sådant særpræg, ikke automatisk udledes af en eventuel betragtning om, at et af varemærkets kendetegn adskiller dette fra den sædvanlige form.
- 88 Develey kan således ikke gøre gældende, at Retten burde have annulleret den anfægtede afgørelse som følge af den omstændighed, at den i den appellerede doms præmis 52 medgav, at »det eneste kendetegn, der adskiller det ansøgte varemærke fra den sædvanlige form, består i fordybningerne i siden«.
- 89 Desuden præciserede Retten i den appellerede doms præmis 53, at »selv hvis dette karaktertræk måtte anses for usædvanligt, er det ikke i sig selv tilstrækkeligt til at få indflydelse på helhedsindtrykket af det ansøgte varemærke i et sådant omfang, at varemærket vil afvige betydeligt fra normen eller branchesædvanen og derfor vil kunne opfylde sin grundlæggende oprindelsesfunktion«.
- 90 Følgelig kan det ikke med rette antages, at Retten ikke bedømte det helhedsindtryk, det ansøgte varemærke fremkalder, korrekt.

- 91 Hvad angår klagepunktet om, at der ikke blev sondret mellem de forskellige kategorier af de omhandlede varer, bemærkes, at Domstolen har fastslået, at det følger af direktiv 89/104, at når en kompetent myndighed giver afslag på at registrere et varemærke, skal den i sin afgørelse angive det resultat, den er nået til, for hver enkelt af de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af registreringsansøgningen. Såfremt den samme registreringshindring gør sig gældende for en kategori eller en gruppe af varer eller tjenesteydelser, kan den kompetente myndighed dog begrænse sig til at anføre en generel begrundelse for alle de omhandlede varer eller tjenesteydelser (dom af 15.2.2007, sag C-239/05, BVBA Management, Training en Consultancy, Sml. I, s. 1455, præmis 38).
- 92 Såfremt det antages, at denne retspraksis er bindende for Retten, skal det imidlertid bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 46 og 47 konstaterede, at de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke, er levnedsmidler til almindeligt forbrug, og at forbrugerne heraf i første omgang tillægger de flasker, som sådanne varer er indeholdt i, en ren indpakningsfunktion. Som det desuden fremgår af nærværende doms præmis 18, henhører de varer, registreringsansøgningen vedrører, kun under tre vareklasser i Nice-arrangementet.
- 93 Det følger heraf, at det ikke kan gøres gældende, at Retten fejlagtigt begrænsede sig til at give en generel begrundelse for så vidt angik disse varer.
- 94 Under disse omstændigheder må det konstateres, at Retten ved at fastslå, at det varemærke, der er søgt registreret, savner fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, ikke begik en retlig fejl i forhold til denne bestemmelse eller i forhold til Domstolens relevante praksis.
- 95 Med hensyn til klagepunktet vedrørende Rettens konklusioner med hensyn til kendetegnene ved den relevante kundekreds, samt forbrugernes indstilling og

hvorledes de orienterer sig, skal det påpeges dels, at disse konklusioner henhører under en bedømmelse af faktisk karakter, dels at Develey ikke har kritiseret Retten for at have gengivet de faktiske omstændigheder forkert i denne henseende.

96 Afgørelsen af, om der foreligger en betydelig afvigelse som omhandlet i nærværende doms præmis 81, henhører ligeledes under en bedømmelse af faktisk karakter.

97 Det fremgår imidlertid af artikel 225 EF og artikel 58, stk. 1, i Domstolens statut, at appel er begrænset til retsspørgsmål. Det er således alene Retten, der er kompetent til dels at fastlægge de faktiske omstændigheder i sagen, når bortses fra tilfælde, hvor den indholdsmæssige urigtighed af dens konstateringer følger af akterne i den sag, den behandler, dels at tage stilling til disse faktiske omstændigheder. Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder, der er fremlagt for den, er følgelig ikke, medmindre de er gengivet urigtigt, et retsspørgsmål, der som sådan er undergivet Domstolens prøvelsesret under en appelsag (dom af 19.9.2002, sag C-104/00 P, DKV mod KHIM, Sml. I, s. 7561, præmis 22, og af 29.4.2004, forenede sager C-456/01 P og C-457/01 P, Henkel mod KHIM, Sml. I, s. 5089, præmis 41).

98 Dette klagepunkt skal følgelig afvises.

99 Følgelig kan det femte anbringende, da det delvis er ugrundet og delvis ikke kan antages til realitetsbehandling, ikke tages til følge.

100 Da alle Develeys anbringender er blevet forkastet, må appellen som helhed forkastes.

Sagens omkostninger

¹⁰¹ I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, som i medfør af samme reglements artikel 118 finder anvendelse i en appelsag, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at Develey tilpligtes at betale sagens omkostninger, og selskabet har tabt sagen, bør det pålægges det at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Ottende Afdeling):

- 1) Appellen forkastes.**

- 2) Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG betaler sagens omkostninger.**

Underskrifter