

DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

17. juli 2008*

I sag C-488/06 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statuttens for Domstolen, iværksat den 24. november 2006,

L & D SA, Huércal de Almería (Spanien), ved abogado S. Miralles Miravet,

appellant,

de øvrige parter i appelsagen:

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved J. García Murillo, som befuldmægtiget,

sagsøgt i første instans,

* Processprog: spansk.

Julius Sämann Ltd, Zug (Schweiz), ved abogado E. Armijo Chávarri,

intervenient i første instans,

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, C.W.A. Timmermans, og dommerne K. Schiemann, J. Makarczyk, J.-C. Bonichot og C. Toader (refererende dommer),

generaladvokat: E. Sharpston
justitssekretær: R. Grass,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 13. marts 2008,

afsagt følgende

Dom

- I appelskriftet har L & D SA (herefter »L & D«) nedlagt påstand om ophævelse af den dom, der blev afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 7. september 2006, L & D mod KHIM — Sämann (Aire Limpio) (sag T-168/04, Sml. II, s. 2699, herefter »den appellerede dom«), hvorved appellanten ikke fik medhold i sin påstand om annullation af afgørelsen truffet den 15. marts 2004 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«). Ved denne afgørelse gav appelkammeret delvis selskabet Julius Sämann Ltd (herefter »Sämann«) medhold i dets klage og afslog delvis L & D's registreringsansøgning for et figurtegn, der indeholder ordbestanddelen »Aire Limpio«.

I — Retsforskrifter

- Ifølge artikel 7, stk. 1, litra b), og artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1) er »varemærker, som mangler fornødent særpræg«, og tegn, som udelukkende består af »en udformning af varen, som er nødvendig for at opnå et teknisk resultat«, udelukket fra registrering.

3 Artikel 8 i forordning nr. 40/94 bestemmer:

»1. Hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, udelukket fra registrering:

[...]

b) såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre mærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art; risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke.

2. Ved »ældre varemærker« efter stk. 1 forstås:

a) varemærker af følgende kategorier, hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EF-varemærkeansøgningen, i givet fald under hensyntagen til den prioritet, der gøres gældende til støtte for disse mærker:

i) EF-varemærker

ii) varemærker, som er registreret i en medlemsstat [...]

- iii) varemærker, som er genstand for en international registrering med retsvirkning i en medlemsstat

[...]«

- 4 Artikel 73 i forordning nr. 40/94 bestemmer:

»Harmoniseringskontorets afgørelser skal begrundes. De må kun støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om.«

II — Sagens baggrund

- 5 Den 30. april 1996 indgav L & D en ansøgning til Harmoniseringskontoret om registrering af følgende figurmærke, der indeholder ordbestanddelen »Aire Limpio« (herefter »varemærket Aire Limpio«):



- 6 De varer og tjenesteydelser, som registreringsansøgningen vedrørte, henhører under klasse 3, 5 og 35 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer for hver af disse klasser til følgende beskrivelse:

— klasse 3: »parfumerivarer, æteriske olier, kosmetiske præparater«

— klasse 5: »luftopfriskende præparater«

— klasse 35: »annonce- og reklamevirksomhed, bistand ved forretningsledelse, bistand ved forretningsadministration, bistand ved varetagelse af kontoropgaver«.

- 7 Den 29. september 1998 rejste Sämänn i medfør af artikel 42 i forordning nr. 40/94 indsigelse mod registreringsansøgningen, idet indsigelsen var støttet på flere ældre varemærker. Til støtte for indsigelsen påberåbte Sämänn sig de i artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 nævnte registreringshindringer.

- 8 De nævnte ældre varemærker omfattede EF-figurmærke nr. 91 991, der var indgivet den 1. april 1996 og blev registreret den 1. december 1998 for varer i klasse 5 (herefter »EF-varemærke nr. 91 991«), og som er gengivet nedenfor:



- 9 De ældre mærker omfattede også 17 andre nationale og internationale figurmærker, alle med et tilsvarende omrids, selv om de alle, med én undtagelse heriblandt, er forskellige ved at have en hvid sokkel og/eller en påskrift på træets krop.
- 10 Af særlig relevans i denne appelsag er de to internationale varemærker nr. 178 969 og nr. 328 915. Det første indeholder ordbestanddelen »CAR-FRESHNER« (herefter »varemærket CAR-FRESHNER«) og det andet ordbestanddelen »ARBRE MAGIQUE« (herefter »varemærket ARBRE MAGIQUE«). Disse to varemærker blev registreret henholdsvis den 21. august 1954 og den 30. november 1966 for varer i klasse 3 og 5, er bl.a. beskyttet i Italien og ser ud som følger:



- 11 Ved afgørelse af 25. februar 2003 forkastede Indsigelsesafdelingen ved Harmoniseringskontoret indsigelsen i sin helhed.
- 12 Indsigelsesafdelingen foretog i sin analyse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 en sammenligning af varemærket Aire Limpio og varemærke nr. 91 991.
- 13 I denne forbindelse fandt Indsigelsesafdelingen i det væsentlige, at formen på et grantræ, i kraft af at være den fælles bestanddel i de to varemærker, var beskrivende for lugtjern- og luftopfriskervarer, og at formen således havde en lav grad af særpræg. De betydelige grafiske og verbale forskelle mellem de to varemærker opvejede de lidet særprægede ligheder, hvorved der blev skabt et helhedsindtryk, som var tilstrækkeligt anderledes til at udelukke enhver risiko for forveksling eller forbindelse.
- 14 Efter at være nået til denne opfattelse anså Indsigelsesafdelingen det ikke for nødvendigt at undersøge andre af de ældre varemærker, som Sämänn havde påberåbt sig, og som havde endnu større forskelle i forhold til varemærket Aire Limpio end varemærke nr. 91 991.
- 15 Ved den anfægtede afgørelse af 15. marts 2004 gav Andet Appellkammer ved Harmoniseringskontoret Sämänn delvist medhold i den af selskabet indbragte klage over Indsigelsesafdelingens afgørelse.
- 16 Idet appellkammeret tog klagepunktet vedrørende en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 til følge, gav det delvis medhold i indsigelsen og

afslog at registrere varemærket Aire Limpio for varer i klasse 3 og 5. Hvad derimod angik tjenesteydelser i klasse 35 stadfæstede appelkammeret Indsigelsesafdelingens afgørelse og forkastede indsigelsen.

- 17 Med henblik på at vurdere, om der er risiko for forveksling som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, koncentrerede appelkammeret af samme »procesøkonomiske hensyn« som de af Indsigelsesafdelingen anførte sin sammenligning om varemærket Aire Limpio og varemærke nr. 91 991 »som repræsentativt varemærke« for de øvrige ældre varemærker, der blev påberåbt. I sin vurdering nåede appelkammeret imidlertid frem til den modsatte konklusion af Indsigelsesafdelingens.
- 18 Appelkammeret mente således, at det »ældre varemærkes« langvarige brug og det udbredte kendskab til det i Italien gav dette varemærke en særlig grad af særpræg, og at der henset hertil samt til den begrebsmæssige lighed mellem de to varemærker i hvert fald i de italienske forbrugeres bevidsthed var risiko for forveksling.
- 19 For at nå frem til denne konklusion lagde appelkammeret dels oplysninger om reklamer for og salg af Sämanns luftfriskere til biler, dels den omstændighed, at varemærket CAR-FRESHNER havde været beskyttet siden 1954, til grund.

III — Retsforhandlingerne ved Retten og den appellerede dom

- 20 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 14. maj 2004 anlagde L & D sag med påstand om annullation af den anfægtede afgørelse. Til støtte for denne påstand gjorde selskabet to anbringender gældende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), og af artikel 73 i forordning nr. 40/94. Med den appellerede dom frifandt Retten Harmoniseringskontoret.

- 21 Hvad angår det første anbringende bemærkede Retten indledningsvis i præmis 70, at appelkammerets konstatering om, at varemærke nr. 91 991 havde en særlig grad af særpræg i Italien, var baseret på anerkendelsen af, at der var gjort langvarig brug af og var et udbredt kendskab til varemærket ARBRE MAGIQUE.
- 22 I den appellerede doms præmis 72-77 efterprøvede den herefter, hvorvidt synspunktet, i henhold til hvilket varemærke nr. 91 991's særpræg var udledt af brugen af et andet varemærke, var gyldigt.
- 23 Under henvisning til præmis 30 og 32 i Domstolens dom af 7. juli 2005, Nestlé (sag C-353/03, Sml. I, s. 6135), fastslog Retten, at dette spørgsmål skulle besvares bekræftende, såfremt varemærke nr. 91 991 kunne anses for at være en bestanddel af varemærket ARBRE MAGIQUE.
- 24 I denne henseende mente Retten, at appelkammeret med rette havde anført, at gengivelsen af omridset af grantræet, der spiller en betydningsfuld eller endda dominerende rolle i varemærket ARBRE MAGIQUE, svarer til tegnet i varemærke nr. 91 991. Følgelig fastslog Retten, at det var med rette, at appelkammeret fandt, at varemærke nr. 91 991 udgjorde en bestanddel af varemærket ARBRE MAGIQUE. Førstnævnte varemærke kunne således have fået fornødent særpræg som følge af dets brug som en bestanddel af sidstnævnte varemærke.
- 25 Heraf konkluderede Retten, at det var korrekt, at appelkammeret vurderede alle beviser vedrørende brugen af og kendskabet til varemærket ARBRE MAGIQUE med henblik på at fastslå, om der var gjort langvarig brug af, var udbredt kendskab til og dermed forelå en særlig grad af særpræg for varemærke nr. 91 991.

- 26 Hvad angår den egentlige undersøgelse af beviserne fastslog Retten i den appellerede doms præmis 78, at det var det med rette, at det i den anfægtede afgørelse var anført, at det af beviserne i sagen fremgår, at varemærke nr. 91 991 som en bestanddel af varemærket ARBRE MAGIQUE havde været genstand for langvarig brug i Italien, var velkendt der og derfor havde en særlig grad af særpræg.
- 27 I denne henseende forkastede Retten i den appellerede doms præmis 80-84 argumentet, der søgte at rejse tvivl om beviskraften af disse oplysninger, fordi de henviste til tiden efter datoen for sagsøgerens indgivelse af varemærkeansøgningen. Retten fandt derfor, at appelkammeret gyldigt kunne antage, at sådanne efterfølgende omstændigheder gav mulighed for at nå frem til konklusioner om situationen, sådan som den forelå på datoen for L & D's indgivelse af ansøgningen om registrering af varemærket.
- 28 I den appellerede doms præmis 85 forkastede Retten også sagsøgerens argument om, at appelkammeret, idet det alene støttede sig på generelle oplysninger om reklameomfang og salgstal, urigtigt lagde til grund, at det ældre varemærke havde en særlig grad af særpræg i Italien. I denne henseende fastslog Retten for det første, at den af L & D påberåbte retspraksis ikke vedrørte vurderingen af, hvorvidt et registreret varemærke, der allerede har fået fornødent særpræg, er velkendt, og for det andet, at appelkammeret ikke kun tog hensyn til generelle oplysninger, men ligeledes tog hensyn til den langvarige brug af varemærket ARBRE MAGIQUE.
- 29 Endelig forkastede Retten i den appellerede doms præmis 86 L & D's argument om, at appelkammeret med urette støttede sig på den omstændighed, at det ældre varemærke var beskyttet i en udformning, der i det væsentlige havde været den samme siden 1954, idet det derved ligestillede varemærkeregistreringsansøgningstidspunktet med tidspunktet for den faktiske brug af varemærket CAR-FRESHNER. Den fastslog i denne forbindelse, at uanset at den anfægtede afgørelse konstaterer, at varemærket CAR-FRESHNER har været registreret siden 1954, støttede appelkammeret sig med hensyn til den langvarige brug på den brug, som det var fastslået, at der var gjort af varemærket ARBRE MAGIQUE i Italien.

- 30 Retten fastslog herefter i den appellerede doms præmis 89-96, at de af varemærket ARBRE MAGIQUE og varemærket Aire Limpio omfattede varer er af lignende art, og at varemærkerne i sig selv ligner hinanden.
- 31 Hvad angår ligheden mellem varemærkerne fastslog Retten, at den grafiske bestanddel, der er indeholdt i varemærket Aire Limpio, på det visuelle plan har en åbenbar dominerende karakter i helhedsindtrykket af tegnet og betydeligt over-skygger ordbestanddelen.
- 32 I modsætning til, hvad L & D hævdede, var det helhedsindtryk, der fremkaldtes af den grafiske udformning, ikke af en komisk figur, men snarere af et billede, der lignede et grantræ. Den grafiske gengivelse, der svarer til et grantræ, fremstod derfor på det visuelle plan som den dominerende bestanddel i helhedsindtrykket af det varemærke, der var søgt registreret. På det begrebsmæssige plan var de omhandlede tegn begge knyttet til omridset af grantræet. Henset til det indtryk, de gav, og til, at udtrykket »aire limpio« ikke havde nogen bestemt betydning for den italienske kundekreds, måtte det bekræftes, at der var begrebsmæssig lighed mellem dem.
- 33 I forhold til risikoen for forveksling anførte Retten i den appellerede doms præmis 100-102, at gennemsnitsforbrugeren, som udgør den relevante kundekreds, har tendens til først og fremmest at stole på det billede af varemærket, der er påført disse varer, dvs. omridset af et grantræ. I betragtning af dels, at de omhandlede varer var af lignende art, og at de omhandlede varemærker visuelt og begrebsmæssigt lignede hinanden, dels at det ældre varemærke havde en særlig grad af særpræg i Italien, havde appelkammeret ikke begået en fejl ved at konkludere, at der var risiko for forveksling.
- 34 Herefter forkastede Retten i den appellerede doms præmis 104 sagsøgerens argument om, at det ældre varemærke havde en svag grad af særpræg som følge af, at omridset af grantræet var beskrivende for de omhandlede varer, idet Retten konstaterede, at det ældre varemærke ikke blot var en gengivelse af et grantræ, men at det

var stiliseret og havde andre særlige kendetegn, og at det desuden havde fået en særlig grad af særpræg. Hvad angår det britiske patentkontors retningslinjer, hvori det ifølge sagsøgeren blev bekræftet, at omridset af grantræet havde en beskrivende karakter i forhold til de omhandlede varer, fastslog Retten, at de var irrelevante, eftersom EF-varemærkesystemet er et selvstændigt system.

35 Desuden forkastede Retten L & D's argumenter, hvormed det blev søgt påvist, at det ældre varemærke skulle have været udelukket fra registrering, dels fordi det kun bestod af formen på den vare, som blev markedsført under dette varemærke, dels fordi det ældre varemærkes udformning, dvs. omridset af et grantræ, var nødvendig for at opnå det tekniske resultat, der var tilsigtet med varen. I denne forbindelse fastslog Retten i den appellerede doms præmis 105, at sagsøgeren under alle omstændigheder ikke i en indsigelsessag kunne påberåbe sig en absolut registreringshindring som værende til hinder for, at en national myndighed eller Harmoniseringskontoret gyldigt kunne registrere et tegn.

36 Hvad angår det andet anbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 73 i forordning nr. 40/94 blev det forkastet i den appellerede doms præmis 113-118. Retten fandt, at den anfægtede afgørelse klart og utvetydigt angav appelkammerets argumentation, og at det af denne afgørelse fremgik, at sagsøgeren havde haft lejlighed til at udtale sig om alle de oplysninger, som afgørelsen var støttet på, og om appelkammerets anvendelse af beviserne vedrørende brugen af de ældre varemærker.

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen og parternes påstande

37 L & D har i appelskriftet nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves i sin helhed.

— Punkt 1 og 3 i konklusionen i den anfægtede afgørelse annulleres, for så vidt som det herved blev fastslået dels, at Indsigelsesafdelingens afgørelse skulle annulleres delvist, og at der skulle gives afslag på registrering af varemærket Aire Limpio for varer i klasse 3 og 5, dels at hver af parterne skulle bære deres egne omkostninger i forbindelse med indsigelsessagen og klagesagen.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

³⁸ Harmoniseringskontoret og Sämänn har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

V — Appellen

A — *Formaliteten*

³⁹ Harmoniseringskontoret og Sämänn har for det første nedlagt påstand om, at appellen afvises, da de har gjort gældende, at L & D's anbringender tilsigter, at Domstolen skal foretage en fornyet bedømmelse af Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder. Desuden gentager appelskriftet ifølge Sämänn i identisk form begrundelsen for søgsmålet til prøvelse af den anfægtede afgørelse.

⁴⁰ I denne henseende skal det indledningsvis påpeges, at det af artikel 225 EF og artikel 58, stk. 1, i statuten for Domstolen fremgår, at appel er begrænset til retsspørgsmål, og at bedømmelsen af de faktiske omstændigheder således ikke er et spørgsmål, der

kan efterprøves af Domstolen, medmindre disse omstændigheder er gengivet forkert (jf. dom af 18.7.2006, sag C-214/05 P, Rossi mod KHIM, Sml. I, s. 7057, præmis 26, og af 20.9.2007, sag C-193/06 P, Nestlé mod KHIM, Sml. I, s. 114*, præmis 53).

⁴¹ I det foreliggende tilfælde skal det imidlertid fastslås, at den af L & D indledte appel ikke kun tilsigter at rejse tvivl om Rettens konstateringer af faktisk karakter, men også tilsigter — i hvert fald delvis — at påvise retlige fejl i den appellerede dom.

⁴² Hvad dernæst angår formalitetsindsigelsen om, at appelskriftet i identisk form gentager begrundelsen for søgsmålet for Retten, hvilket Sämman desuden ikke har præciseret nærmere, skal den også forkastes.

⁴³ Det følger nemlig af Domstolens praksis, at retsspørgsmål, som Retten har behandlet, kan diskuteres på ny under en appelsag, såfremt appellanten bestrider Rettens fortolkning eller anvendelse af fællesskabsretten, sådan som L & D gør med sin appel (jf. navnlig dom af 29.4.2004, sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, Sml. I, s. 3801, præmis 50).

⁴⁴ Det følger heraf, at appellen må antages til realitetsbehandling.

B — *Om realiteten*

⁴⁵ L & D har til støtte for sin appel påberåbt sig to anbringender vedrørende en tilsidesættelse af henholdsvis artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 73 i forordning nr. 40/94.

1. Første anbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94

⁴⁶ Dette første anbringende er opdelt i tre led, der bygger på, at varemærke nr. 91 991 mangler fornødent særpræg, at dette varemærke og varemærket Aire Limpio ikke ligner hinanden, og at der ikke er risiko for, at disse to varemærker forveksles.

a) Første led af første anbringende

⁴⁷ L & D's argumentation inden for rammerne af første led af første anbringende drejer sig i det væsentlige om fire klagepunkter vedrørende følgende:

— Varemærke nr. 91 991 udleder sin særlige grad af særpræg af oplysninger vedrørende varemærket ARBRE MAGIQUE.

— Den beskrivende karakter af varemærke nr. 91 991.

— Der foreligger absolutte hindringer for registrering af varemærke nr. 91 991.

— Beviserne til støtte for, at varemærket ARBRE MAGIQUE har en særlig grad af særpræg, er utilstrækkelige.

i) Den omstændighed, at varemærke nr. 91 991 udleder sin særlige grad af særpræg af oplysninger vedrørende varemærket ARBRE MAGIQUE

⁴⁸ Med sit første klagepunkt har L & D gjort gældende, at det var med urette, at Retten alene udledte varemærke nr. 91 991's særlige grad af særpræg af oplysninger vedrørende varemærket ARBRE MAGIQUE. I denne forbindelse har L & D navnlig rejst tvivl om, hvorvidt det overhovedet er muligt under omstændigheder som de i sagen foreliggende at udlede et sådant resultat.

⁴⁹ Sådan som Retten imidlertid har bemærket i den appellerede doms præmis 73, har Domstolen allerede fastslået, at et varemærkes opnåelse af fornødent særpræg ligeledes kan følge af brugen af det som en bestanddel af et andet registreret varemærke. Det er tilstrækkeligt, at de relevante omsætningskredse som følge af denne brug faktisk opfatter den vare eller tjenesteydelse, som varemærket betegner, som hidrørende fra en bestemt virksomhed (jf. i denne retning Nestlé-dommen, præmis 30 og 32).

⁵⁰ Uanset at de faktiske omstændigheder, der lå til grund for Nestlé-dommen adskilte sig fra dem i det foreliggende tilfælde, følger det imidlertid ikke heraf — i modsætning til det, L & D har gjort gældende — at denne almengyldige konstatering ikke også finder anvendelse i en faktisk og processuel kontekst som den, der er genstand for den foreliggende sag.

- 51 Hvad særlig angår den omstændighed, at Nestlé-dommen vedrørte det forhold, at et varemærke, der blev søgt registreret, erhvervede fornødent særpræg, mens det i det foreliggende tilfælde drejer sig om at godtgøre et ældre varemærkes særlige grad af særpræg med henblik på at fastslå, at der er risiko for forveksling som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, kan dette forhold ikke begrunde en anden fremgangsmåde, sådan som generaladvokaten har anført i punkt 51 i sit forslag til afgørelse.
- 52 Følgelig var det med rette, at Retten i den appellerede doms præmis 75 bemærkede, at såfremt varemærke nr. 91 991 kunne anses for at være en bestanddel af varemærket ARBRE MAGIQUE, ville det være muligt at fastslå det første varemærkes særlige grad af særpræg på grundlag af beviser vedrørende brugen af og kendskabet til det andet varemærke.
- 53 I det omfang L & D med dette klagepunkt søger at rejse tvivl om konstateringen i den appellerede doms præmis 76, hvorefter varemærke nr. 91 991 udgør en bestanddel af det ældre varemærke ARBRE MAGIQUE, eftersom omridset af grantræet spiller en betydningsfuld eller endda dominerende rolle i varemærket ARBRE MAGIQUE og svarer til tegnet i varemærke nr. 91 991, bemærkes, at Retten i denne henseende foretog en bedømmelse af faktisk karakter.
- 54 Som det blev påpeget i nærværende doms præmis 40, er appel begrænset til retsspørgsmål, og bedømmelsen af de faktiske omstændigheder er således ikke et spørgsmål, der kan efterprøves af Domstolen, medmindre disse omstændigheder er gengivet forkert.
- 55 I det omfang L & D yderligere gør gældende, at Rettens bedømmelse, hvorefter omridset af grantræet spiller en dominerende rolle i varemærket ARBRE MAGIQUE, ser bort fra Domstolens retspraksis, er det i øvrigt tilstrækkeligt at fastslå — i modsætning til det af appellanten anførte — at det på ingen måde følger af denne retspraksis, at ordbestanddelene i sammensatte varemærker, der indeholder både grafiske bestanddele og ordbestanddele, altid skal anses for at være dominerende.

56 Det følger af ovenstående, at nærværende klagepunkt delvis skal afvises, delvis skal forkastes.

ii) Den beskrivende karakter af varemærke nr. 91 991

57 Med sit andet klagepunkt kritiserer L & D Retten for i den appellerede doms præmis 104 at have forkastet argumentet om, at varemærke nr. 91 991 har en svag grad af særpræg som følge af, at omridset af grantræet er beskrivende for de omhandlede varer.

58 I denne henseende skal det indledningsvis fastslås, at Retten ikke har begået nogen retlig fejl, da den fastslog, at Det Forenede Kongeriges patentkontors retningslinjer, hvori det ifølge appellanten blev bekræftet, at omridset af grantræet havde en beskrivende karakter i forhold til de omhandlede varer, er irrelevante. Som Retten således med rette fastslog, er EF-varemærkesystemet et selvstændigt system, der består af en helhed af regler, og idet det forfølger formål, der er særlige for det, er dets anvendelse uafhængig af alle nationale systemer, og lovligheden af appelkamrenes afgørelser skal udelukkende vurderes på grundlag af forordning nr. 40/94, som denne fortolkes af Fællesskabets retsinstanser (jf. i denne retning dom af 25.10.2007, sag C-238/06 P, *Develey mod KHIM*, Sml. I, s. 9375, præmis 65 og 66).

59 Hvad angår L & D's argument, som vil henlede opmærksomheden på, at det i forhold til andre konklusioner i den appellerede dom er selvmodsigende, når Retten konstaterer, at varemærke nr. 91 991 ikke blot er en virkelighedstro gengivelse af et grantræ, er det tilstrækkeligt at fastslå, at denne konstatering på ingen måde er selvmodsigende i forhold til beskrivelsen af dette varemærke, som værende »omridset af et grantræ«.

60 I det omfang L & D endnu måtte søge at rejse tvivl om rigtigheden af Rettens konstatering, skal det fastslås, at den udgør en bedømmelse af faktisk karakter, der ikke kan efterprøves af Domstolen.

61 Det følger af ovenstående, at nærværende klagepunkt delvis skal afvises, delvis skal forkastes.

iii) Hvorvidt der foreligger absolutte hindringer for registrering af varemærke nr. 91 991

62 Det tredje klagepunkt, som L & D har rejst, retter sig mod den appellerede doms præmis 105, hvori Retten forkastede selskabets argumenter, der søgte at påvise, at varemærke nr. 91 991 kun — højst — har en meget lav grad af særpræg, dels fordi det kun består af formen på den vare, som bliver markedsført under dette varemærke, dels fordi det ældre varemærkes udformning, dvs. omridset af et grantræ, er nødvendig for at opnå det tekniske resultat, der er tilsigtet med varen.

63 L & D har gjort gældende, at Retten, da den fastslog, at »[s]agsøgeren [...] under alle omstændigheder ikke i en indsigelsessag [kan] påberåbe sig en absolut registreringshindring som værende til hinder for, at en national myndighed eller Harmoniseringskontoret gyldigt kan registrere et tegn«, med urette forkastede selskabets argumenter uden at efterprøve dem.

64 I denne forbindelse skal det fastslås, at de to argumenter, som L & D påberåbte sig for Retten, og som ifølge sagsakterne i øvrigt ikke var blevet fremført for Harmoniseringskontorets instanser, ikke søgte at drage gyldigheden af varemærke nr. 91 991 i tvivl, men at påvise, at dette varemærke havde en meget lav grad af oprindeligt særpræg.

- 65 Et ældre varemærke kan have en særlig grad af særpræg ikke bare i sig selv, men også fordi det er kendt i offentligheden (jf. dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 24).
- 66 I den appellerede doms præmis 78-88 fastslog Retten, at varemærke nr. 91 991 har opnået en særlig grad af særpræg i Italien, fordi det er kendt i denne medlemsstat, hvilket navnlig skyldes den langvarige brug af det som en bestanddel af varemærket ARBRE MAGIQUE og det udbredte kendskab til sidstnævnte varemærke på denne stats område.
- 67 Under disse omstændigheder, og selv om L & D måtte kunne påberåbe sig argumentet om, at varemærke nr. 91 991 i sig selv kun har en meget lav grad af særpræg, eftersom det består af formen på den vare, som markedsføres under dette varemærke, og fordi denne form er nødvendig for at opnå det tekniske resultat, der er tilsigtet, skal det fastslås, at et sådant argument — også selv om det var berettiget — under alle omstændigheder ikke er af en sådan karakter, at det kan drage Rettens konstatering af, at dette varemærke har opnået en særlig grad af særpræg i Italien, fordi det er kendt i denne medlemsstat, i tvivl.
- 68 Det følger af ovenstående, at dette klagepunkt skal forkastes som irrelevant.
- iv) Spørgsmålet, om beviserne til støtte for, at varemærket ARBRE MAGIQUE har en særlig grad af særpræg, er utilstrækkelige
- 69 Med sit fjerde klagepunkt kritiserer L & D Retten for at have fastslået, at appelkammeret med rette nåede frem til, at varemærket ARBRE MAGIQUE har en særlig grad af særpræg, og at dette på grundlag af beviserne i den anfægtede afgørelse følgelig også gjaldt for varemærke nr. 91 991.

- 70 I denne forbindelse skal det for det første fastslås, at Retten ikke har begået nogen retlig fejl, da den anså, at appelkammeret kunne lægge oplysninger, der vedrørte tiden efter datoen for ansøgningen om registrering af varemærket Aire Limpio, til grund.
- 71 Som Retten nemlig med rette påpegede i den appellerede doms præmis 81, følger det af Domstolens retspraksis, at der kan tages hensyn til oplysninger, der — selv om de vedrører tiden efter ansøgningsdatoen — giver mulighed for at drage konklusioner om situationen, sådan som den forelå på netop denne dato (jf. kendelse af 5.10.2004, sag C-192/03 P, Alcon mod KHIM, Sml. I, s. 8993, præmis 41).
- 72 Følgelig kunne Retten i den appellerede doms præmis 82-84 med føje fastslå, at den omstændighed, at de omhandlede oplysninger henviste til tiden efter datoen for indgivelse af ansøgningen om registrering af varemærket Aire Limpio, ikke er tilstrækkeligt til at fratage disse oplysninger deres beviskraft i forhold til konstateringen af, om det ældre varemærke nr. 91 991 er velkendt, eftersom oplysningerne gav mulighed for at drage konklusioner om situationen, sådan som den forelå på datoen for indgivelsen af denne varemærkeansøgning.
- 73 I denne forbindelse har Retten navnlig klart og sammenhængende redegjort for, at især en markedsandel på 50% i 1997 og i 1998 kun har kunnet opnås gradvist, hvorfor det kan antages, at situationen ikke var mærkbart anderledes i 1996.
- 74 For det andet kan der ikke gives medhold i L & D's indsigelser mod den appellerede doms præmis 85, hvorved Retten forkastede appellantens argument om, at appelkammeret, idet det alene støttede sig på generelle oplysninger om salgstal og reklameomfang, urigtigt havde lagt til grund, at det ældre varemærke havde en særlig grad af særpræg i Italien.

75 Som Retten nemlig fastslog med rette, tog appelkammeret ikke kun hensyn til oplysninger om salgstal og reklameomfang, men også til dette varemærkes langvarige brug for at nå frem til, at varemærket ARBRE MAGIQUE var velkendt.

76 Eftersom denne konstatering i sig selv begrunder den konklusion, som Retten nåede frem til i den appellerede doms præmis 85, skal det fastslås, at den anden begrundelse anført i samme præmis, hvorefter den af L & D påberåbte retspraksis, vedrører spørgsmålet om, hvorvidt et varemærke, der er søgt registreret, har fået fornødent særpræg, og ikke vurderingen af, hvorvidt et registreret varemærke er velkendt, blot fremførtes for fuldstændighedens skyld.

77 Under disse omstændigheder er manglerne, som denne begrundelse måtte være behæftet med, ikke tilstrækkelige til at drage Rettens konklusion i tvivl, således at L & D's argument, der søger at fastslå sådanne mangler, er irrelevant.

78 Hvad for det tredje angår L & D's argument om, at Retten i den appellerede doms præmis 86 med urette støttede sig på den langvarige brug af varemærket ARBRE MAGIQUE ved at ligestille tidspunktet for registreringen af dette varemærke med tidspunktet for den faktiske brug heraf, skal det fastslås, at det anførte savner faktisk grundlag. I modsætning til det, appellanten har gjort gældende, henviste Retten ikke til tidspunktet for registreringen af varemærket ARBRE MAGIQUE, men til den omstændighed, at der var gjort brug heraf i Italien, for at fastslå den langvarige brug af varemærket, hvilket i øvrigt ikke er bestridt af L & D. Da det desuden ikke i denne forbindelse er blevet påberåbt, at Retten i sin bedømmelse har gengivet de faktiske omstændigheder forkert, kan Rettens bedømmelse af disse ikke inden for rammerne af en appel efterprøves af Domstolen.

79 I det omfang L & D derudover bestrider bevisværdien af oplysningerne om salgstal og reklameomfang, fordi de vedrører betegnelsen »ARBRE MAGIQUE«, og fordi det i de foreliggende tilfælde drejer sig om billige dagligvarer, er det endelig tilstrækkeligt at fastslå, at Rettens bedømmelse af beviser, der er fremført for den, ikke — medmindre de er gengivet forkert — udgør et retsspørgsmål, der er undergivet

Domstolens prøvelsesret (jf. dom af 17.4.2008, sag C-108/07 P, Ferrero Deutschland mod KHIM, præmis 30).

80 Eftersom de af L & D fremførte argumenter til støtte for nærværende klagepunkt er uden relevans, ikke kan antages til realitetsbehandling eller ikke er berettigede, skal dette klagepunkt forkastes.

81 Under disse omstændigheder skal første led af første anbringende forkastes.

b) Andet led af første anbringende

82 Med dette andet led drager L & D den af Retten foretagne analyse af lighederne mellem varemærke nr. 91 991 og varemærket Aire Limpio i den appellerede doms præmis 91-96 i tvivl. Appellanten har navnlig gjort gældende, at Retten med urette anså den grafiske bestanddel i varemærket Aire Limpio for at have en åbenbart dominerende karakter i helhedsindtrykket, hvilket betydeligt overskyggede ordbestanddelen.

83 Det skal dog fastslås, at Retten i denne forbindelse foretog en bedømmelse af de faktiske omstændigheder, som — medmindre de er gengivet forkert — ikke kan efterprøves af Domstolen i en appelsag.

84 Det skal desuden tilføjes, at der i modsætning til det, L & D har anført, ikke findes nogen regel, hvorefter et varemærkes ordbestanddel skal anses for at have særpræg og være fantasifuld, når ikke den har en bestemt betydning. Som det desuden er fastslået i nærværende doms præmis 55, følger det heller ikke af Domstolens retspraksis,

at ordbestanddelen altid er dominerende i det helhedsindtryk, som dette varemærke fremkalder.

85 Det følger af ovenstående, at andet led af første anbringende skal forkastes.

c) Tredje led af første anbringende

86 Med dette tredje led har L & D gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl, da den fastslog, at der forelå risiko for forveksling, uden at den tog hensyn til varemærke nr. 91 991's lave grad af særpræg eller til forskellene mellem de omhandlede varemærker.

87 Som det allerede er blevet fastslået, har Retten ikke begået en retlig fejl, da den fastslog, at varemærke nr. 91 991 havde en særlig grad af særpræg, og at der var visuelle og begrebsmæssige ligheder mellem dette varemærke og varemærket Aire Limpio.

88 Under disse omstændigheder skal tredje led af første anbringende forkastes.

89 Da ingen af de tre led, der er gjort gældende til støtte for det første anbringende om en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er blevet taget til følge, skal dette anbringende forkastes.

2. Andet anbringende om en tilsidesættelse af artikel 73 i forordning nr. 40/94

- 90 Med sit andet anbringende har L & D gjort gældende, at Retten tilsidesatte artikel 73 i forordning nr. 40/94, idet den støttede sig på beviser, som ikke vedrørte varemærke nr. 91 991, men varemærket ARBRE MAGIQUE. Appellanten har gjort gældende, at selskabet ikke havde mulighed for på tilstrækkelig vis at forsvare sig mod disse beviser, eftersom Indsigelsesafdelingen og appelkammeret havde holdt varemærket ARBRE MAGIQUE uden for den sammenlignende undersøgelse til fastsættelsen af, om der var risiko for forveksling.
- 91 Det skal i denne forbindelse indledningsvis fastslås, at det af den nævnte artikel 73 følger, at Harmoniseringskontorets afgørelser skal begrundes, og at de kun må støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om.
- 92 I det foreliggende tilfælde er det ubestridt, at Retten henviser til samme beviser, som appelkammeret allerede havde støttet ret på, da det fastslog, at varemærke nr. 91 991 var velkendt.
- 93 Uanset at den anfægtede afgørelse ikke specifikt nævner varemærket, som disse beviser vedrører, skal det alligevel fastslås, at L & D i sin stævning til Retten selv anførte, at de tal for salg og reklameudgifter, som appelkammeret lagde til grund, ikke vedrørte varemærke nr. 91 991, men hovedsageligt vedrørte varerne med betegnelsen »ARBRE MAGIQUE«.
- 94 Desuden skal det fastslås, at Sämans indsigelse også støttede sig på varemærket ARBRE MAGIQUE, og at de omhandlede beviser allerede under proceduren for Indsigelsesafdelingen blev fremlagt af selskabet.

95 Under disse omstændigheder kan L & D ikke med føje gøre gældende, at det ikke var i stand til at udtale sig om de beviser, som Retten og appelkammeret tog i betragtning.

96 Det andet anbringende må derfor forkastes, og L & D's appel må følgelig forkastes.

VI — Sagens omkostninger

97 I henhold til procesreglementets artikel 122, stk. 1, træffer Domstolen afgørelse om sagens omkostninger, såfremt appellen forkastes.

98 I medfør af procesreglementets artikel 69, stk. 2, som i henhold til dets artikel 118 finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at L & D pålægges at betale sagens omkostninger, og da L & D har tabt sagen, bør selskabet pålægges at betale sagens omkostninger under den foreliggende sag.

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

1) Appellen forkastes.

2) L & D SA betaler sagens omkostninger.

Underskrifter