



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

24. maj 2012*

»Appel — EF-varemærker — absolut registreringshindring — manglende særpræg — tredimensionalt tegn, der består af formen på en chokoladehare med rødt bånd«

I sag C-98/11 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 28. februar 2011,

Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG, Kilchberg (Schweiz), ved Rechtsanwalt R. Lange,

appellant,

den anden part i appelsagen:

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

sagsøgt i første instans,

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J.-C. Bonichot, og dommerne A. Prechal, K. Schiemann (refererende dommer), C. Toader og E. Jarašiūnas,

generaladvokat: V. Trstenjak

justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 2. februar 2012,

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

afsagt følgende

Dom

- 1 I appelskriftet har Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG (herefter »Lindt«) nedlagt påstand om ophævelse af den dom, der blev afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 17. december 2010, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli mod KHIM (formen på en chokoladehare med rødt bånd) (sag T-336/08, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten frifandt Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i et søgsmål, hvori

* Processprog: tysk.

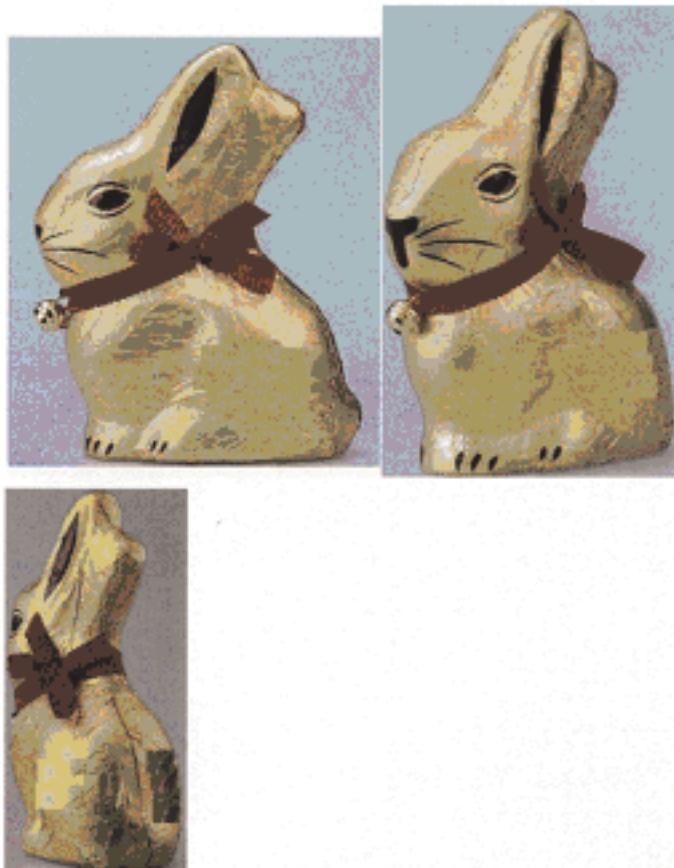
der var nedlagt påstand om annullation af den afgørelse, der blev truffet den 11. juni 2008 af Fjerde Appellkammer ved Harmoniseringskontoret (sag R 1332/2005-4) vedrørende Lindts ansøgning om registrering som EF-varemærke af et tredimensionalt tegn, der består af formen på en chokoladehare med rødt bånd.

Retsforskrifter

- 2 Den foreliggende tvist er reguleret af bestemmelserne i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1).
- 3 Ifølge artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er varemærker, som mangler fornødent særpræg, udelukket fra registrering.
- 4 I henhold til den nævnte forordnings artikel 7, stk. 3, finder samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra b), ikke anvendelse, hvis varemærket som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret.

Sagens baggrund

- 5 Den 18. maj 2004, indgav Lindt en EF-varemærkeansøgning til Harmoniseringskontoret i henhold til forordning nr. 40/94. Det varemærke, der er ansøgt registreret, er det tredimensionale tegn, der er gengivet nedenfor, som forestiller formen på en chokoladehare med et rødt bånd, og som ifølge den beskrivelse, der var indeholdt i ansøgningen, er i farverne rød, guld og brun:



- 6 De varer, som registreringsansøgningen vedrørte, henhører under klasse 30 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 til følgende beskrivelse: »chokolade og chokoladeprodukter«.

- 7 Ved afgørelse af 14. oktober 2005 afslog Harmoniseringskontorets undersøger EF-varemærkeansøgningen på grundlag af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, idet undersøgeren fandt, at det omhandlede tegn manglede fornødent særpræg. Varemærket, der er ansøgt registreret, havde heller ikke fået fornødent særpræg ved brug i henhold til denne forordnings artikel 7, stk. 3, eftersom beviserne alene vedrørte Tyskland.
- 8 Den 10. november 2005 påklagede appellanten undersøgerens afgørelse til Harmoniseringskontoret.
- 9 Ved afgørelse af 11. juni 2008 afslog Fjerde Appellkammer ved Harmoniseringskontoret klagen. Appellkammeret fandt i det væsentlige, at ingen af de bestanddele, som det varemærke, der er ansøgt registreret, var sammensat af, dvs. formen, guldfolien og det røde bånd med bjælden, hver for sig eller sammen, kunne tilføre tegnet et særpræg i forhold til de omhandlede varer. Harer hører nemlig til de typiske former, som chokoladeprodukter kan have, frem for alt omkring påske. Følgelig manglede det varemærke, der er ansøgt registreret, ifølge appellkammeret fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 på hele Den Europæiske Unions område, eftersom der ikke var nogen grund til at formode, at forbrugerne i Tyskland og i Østrig opfattede den omhandlede form anderledes end forbrugerne i de andre medlemsstater.
- 10 Ifølge Fjerde Appellkammer ved Harmoniseringskontoret gjorde de dokumenter, som appellanten havde fremlagt, og som udelukkende vedrørte Tyskland, det heller ikke muligt at konkludere, at det varemærke, der er ansøgt registreret, havde fået fornødent særpræg for de omhandlede varer ved brug på hele Unionens område i overensstemmelse med artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom

- 11 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 18. august 2008 anlagde Lindt sag til prøvelse af Harmoniseringskontorets afgørelse af 11. juni 2008, idet selskabet gjorde to anbringender gældende om henholdsvis en tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 og en tilsidesættelse af den nævnte forordnings artikel 7, stk. 3.
- 12 For så vidt angår det første anbringende undersøgte Retten efter at have fastslået, at det varemærke, der er ansøgt registreret, var sammensat af tre bestanddele, nemlig formen på en siddende hare, guldfolien, som chokoladeharen er indpakket i, og det plisserede røde bånd, hvorpå der er fæstnet en bjælde, hver af disse bestanddele ud fra deres eventuelle særpræg, før den foretog en helhedsvurdering af det nævnte varemærke.
- 13 Hvad angik formen på en siddende eller sammenkrøbet hare tiltrådte Retten de af Fjerde Appellkammer ved Harmoniseringskontoret foretagne konstateringer i denne henseende og konkluderede i den appellerede doms præmis 34, at den nævnte form kunne anses for at være en typisk form for chokoladeharer og følgelig, at den manglede fornødent særpræg.
- 14 For så vidt angik gulddindpkningsfolien kom Retten i den appellerede doms præmis 38 til den konklusion, at chokoladeharen, som appellanten markedsfører, ikke er den eneste, der indpakkes i guldfolie, og den anførte i nævnte doms præmis 39, at en eventuel originalitet ikke er tilstrækkelig til at bevise, at der foreligger det fornødne særpræg.
- 15 For så vidt angår det plisserede røde bånd, der er bundet sammen til en sløjfe, og hvorpå der er fæstnet en bjælde, anførte Retten i den appellerede doms præmis 44, at der ikke var nogen oplysninger i sagen, der kunne rejse tvivl om den vurdering, der var blevet foretaget af Fjerde Appellkammer ved Harmoniseringskontoret, eller af dette kontors undersøger, som havde konstateret, at det var almindeligt at pynte chokoladedyr eller deres indpakning med sløjfer, bånd og klokker, og at bjælder og sløjfer følgelig var almindelige bestanddele, når der var tale om chokoladedyr.
- 16 Hvad angik helhedsvurderingen af det varemærke, der er ansøgt registreret, fandt Retten i den appellerede doms præmis 48, at kendetegnene ved kombinationen af formen, farverne og det plisserede bånd med bjælde ikke lå tilstrækkeligt langt fra kendetegnene ved de grundformer, der ofte

anvendes til at indpakke chokolade og chokoladeprodukter, og mere specifikt chokoladeharer. De ville følgelig ikke kunne huskes af den relevante kundekreds som henvisninger til en handelsmæssig oprindelse. Indpakningen i form af en siddende guldfarvet hare, der har et rødt plisseret bånd med en bjælde, adskiller sig nemlig ikke væsentligt fra indpakningerne for de omhandlede varer, der almindeligvis anvendes i handelen, og melder sig således naturligt i bevidstheden som en typisk form på en indpakning af disse varer.

- 17 I den appellerede doms præmis 49 anførte Retten, at de grafiske bestanddele, navnlig øjnene, knurhårene og poterne, således som Fjerde Appellkammer ved Harmoniseringskontoret med rette havde konstateret, heller ikke kan begrunde, at det omhandlede tegn skal beskyttes. Der er nemlig tale om almindelige bestanddele, som enhver chokoladekaninform normalt har, og de har ikke et kunstnerisk niveau, som forbrugerne kunne opfatte som en henvisning til de omhandlede varers oprindelse.
- 18 I den appellerede doms præmis 51 udtalte Retten, at appellanten hverken havde formået at rejse tvivl om rigtigheden af velkendte kendsgerninger eller kendsgerninger, som Harmoniseringskontoret havde godtgjort, eller at bevise, at det varemærke, der er ansøgt registreret, havde et iboende særpræg.
- 19 Retten konkluderede således i den appellerede doms præmis 59, at Fjerde Appellkammer ved Harmoniseringskontoret med rette havde fundet, at det varemærke, der er ansøgt registreret, manglende fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Retten forkastede følgelig det første anbringende.
- 20 Hvad angik det andet anbringende forkastede Retten i den appellerede doms præmis 67 appellants argument, hvorefter chokoladepåskeharen i vidt omfang er ukendt uden for Tyskland og derfor har et iboende fornødent særpræg i de andre medlemsstater. Ifølge Retten var det almindeligt kendt, at chokoladeharer, der frem for alt sælges omkring påske, ikke er ukendte uden for Tyskland.
- 21 Retten fandt derfor i den appellerede doms præmis 68, at det, eftersom der ikke forelå nogen konkrete holdepunkter for det modsatte, kunne formodes, at det indtryk, som det varemærke, der er ansøgt registreret, som består i et tredimensionalt tegn, skaber i forbrugerens bevidsthed, er det samme i hele Unionen og således, at varemærket savner fornødent særpræg på hele Unionens område.
- 22 I den appellerede doms præmis 69 udtalte Retten, at det derfor er i hele Unionen, at det nævnte varemærke skal have fået fornødent særpræg ved brug for at kunne registreres i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.
- 23 I den appellerede doms præmis 70 udtalte Retten, at selv hvis det blev antaget, at appellanten havde ført bevis for, at det omhandlede tegn havde fået fornødent særpræg ved brug i de tre medlemsstater, som appellanten havde anført, dvs. i Tyskland, i Østrig og i Det Forenede Kongerige, var de bevisdokumenter, som appellanten havde indgivet, ikke egnede til at godtgøre, at tegnet havde fået fornødent særpræg i alle medlemsstaterne på tidspunktet for indgivelsen af den omhandlede registreringsansøgning.
- 24 Under disse omstændigheder udtalte Retten i den appellerede doms præmis 71, at det ikke var nødvendigt at undersøge, om dokumenterne faktisk godtgjorde, at det omhandlede tegn havde fået det fornødne særpræg ved brug i de tre medlemsstater, som appellanten havde påberåbt sig, idet dette ikke var tilstrækkeligt til at bevise, at dette tegn havde fået fornødent særpræg ved brug i hele Unionen.
- 25 Retten forkastede følgelig også det andet anbringende.

Parternes påstande

- 26 I appelskriftet har Lindt nedlagt påstand om, at Domstolen ophæver den appellerede dom, og at Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.
- 27 Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at Lindt tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Appellen

- 28 Lindt har anført to anbringender til støtte for sin appel vedrørende, for det første, en tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 og, for det andet, en tilsidesættelse af denne forordnings artikel 7, stk. 3.

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

Parternes argumenter

- 29 Appellanten har foreholdt Retten, at den fandt, at det omhandlede tredimensionale tegn mangler det fornødne særpræg, og at den støttede sin undersøgelse på Harmoniseringskontorets vurderinger, der i virkeligheden blot er vage formodninger.
- 30 Appellanten har kritiseret, at Retten i den appellerede doms præmis 29 anførte følgende:
- »For så vidt angår formen på en siddende eller sammenkrøbet hare fandt appelkammeret for det første, at det fremgik af den administrative sag for Harmoniseringskontoret, at harer hører til de typiske former, som chokolade og chokoladeprodukter kan have, frem for alt omkring påske, hvilket er ubestridt mellem parterne. Appelkammeret konstaterede ikke blot dette med hensyn til Tyskland og Østrig, men også med hensyn til andre medlemsstater i Unionen.«
- 31 Denne påstand fra Harmoniseringskontorets side er en ren formodning, som appellanten udtrykkeligt har anfægtet i sit indlæg af 6. juni 2007 til Harmoniseringskontoret. Ifølge appellanten burde Harmoniseringskontoret og Retten have taget dette i betragtning med henblik på en korrekt opfyldelse af deres forpligtelse til at foretage en prøvelse i overensstemmelse med forordning nr. 40/94.
- 32 Appellanten har endvidere anfægtet den konklusion, som Retten kom frem til i den appellerede doms præmis 38, hvorefter brugen af en guldfolie til chokoladepåskeharer er almindelig på markedet. Appellanten har bemærket, at det kun er blevet fastslået, at der findes tre andre produkter, der er indpakket i guldfolie. To af disse produkter er imidlertid kun på markedet, fordi appellanten har givet tilladelse til det. Et så begrænset antal varer kan ikke føre til, at det kan antages, at de omhandlede kendetegn er almindelige på markedet. Den retlige vurdering er derfor fejlagtig i denne henseende.
- 33 Appellanten har anført, at det fremgår af Domstolens praksis, at et varemærke, der afviger betydeligt fra branchesædvanen, har det nødvendige særpræg (dom af 29.4.2004, forenede sager C-456/01 P og C-457/01 P, Henkel mod KHIM, Sml. I, s. 5089). Ifølge appellanten var det med urette, at Retten gik ud fra det princip, at det varemærke, der er ansøgt registreret, svarer til normen eller branchesædvanen. Retten nåede til denne konklusion ved at tage udgangspunkt i den fejlagtige formodning, at det ikke havde nogen betydning, at harerne kun findes på markedet på grundlag af aftaler, der er indgået med appellanten. Rettens retlige vurdering, hvorefter der er tale om en sædvanlig form, var støttet på tilstedeværelsen af tre andre produkter, der var kendetegnet ved lignende bestanddele. Denne vurdering var retligt set ikke korrekt.
- 34 Appellanten har endvidere gjort gældende, at det forhold, at det varemærke, der er ansøgt registreret, har det fornødne særpræg, støttes af den omstændighed, at det er blevet registreret i 15 medlemsstater.
- 35 Harmoniseringskontoret har anfægtet appellants argumentation og har indledningsvis anført, at appel er begrænset til retsspørgsmål. Den foreliggende appel hviler imidlertid hovedsagligt på en påstand fra appellants side vedrørende de faktiske omstændigheder, der allerede er blevet undersøgt nøje og diskuteret længe i de tidligere instanser. Der er tale om de sædvanlige kendetegn ved hareformer og ved guldfolier på området for chokoladeprodukter.

- 36 Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at appellanten ved at foreholde Retten, at den har tiltrådt de tidligere instansers afgørelser uden at kritisere dem, i realiteten tilsigter en fornyet vurdering af faktiske omstændigheder, og at det pågældende argument ikke kan antages til realitetsbehandling. Spørgsmålet, om hareformerne på markedet ligner hinanden, eller om der fra den relevante forbrugers synsvinkel er en sådan afstand mellem den omhandlede hareform og andre hareformer, at det følger heraf, at den omhandlede hareform har et fornødent særpræg, er et spørgsmål om vurdering af forbrugerens opfattelse og således et spørgsmål om vurdering af de faktiske omstændigheder.
- 37 Spørgsmålet om forbrugerens opfattelse af de omhandlede chokoladeprodukters indpakning i en guldfolie er ligeledes et spørgsmål om vurdering af de faktiske omstændigheder, der, medmindre der foreligger en forkert gengivelse heraf, ikke længere kan undersøges under en appelsag. Det pågældende argument kan således heller ikke antages til realitetsbehandling.
- 38 Ifølge Harmoniseringskontoret er de faktiske omstændigheder under alle omstændigheder ikke blevet gengivet forkert af Retten.
- 39 Hvad særligt angår det første anbringende har Harmoniseringskontoret anført, at det kun er 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 af 22.6.2006, sag C-24/05 P, Storck mod KHIM, Sml. I, s. 5677, præmis 26).
- 40 Ifølge Harmoniseringskontoret var det med rette, at Retten i overensstemmelse med denne retspraksis fastslog, at det varemærke, der er ansøgt registreret, ikke har det fornødne særpræg. Retten satte ikke sin lid til de tidligere instansers afgørelser, men foretog en indgående undersøgelse af appellansens argumenter og de forskellige dokumenter, der indgik i sagsakterne for Fjerde Appellkammer ved Harmoniseringskontoret.

Domstolens bemærkninger

- 41 Det bemærkes, at det følger af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, at varemærker, som mangler fornødent særpræg, er udelukket fra registrering. Det følger af fast retspraksis, at et varemærkes fornødne særpræg i henhold til denne bestemmelse skal bedømmes dels i forhold til de varer eller tjenesteydelser, registreringsansøgningen vedrører, dels under hensyn til, hvorledes det opfattes af den relevante kundekreds (jf. bl.a. dommen i sagen Henkel mod KHIM, præmis 35, samt dom af 22.6.2006, sag C-25/05 P, Storck mod KHIM, Sml. I, s. 5719, præmis 25, og af 25.10.2007, sag C-238/06 P, Devely mod KHIM, Sml. I, s. 9375, præmis 79).
- 42 Kun et varemærke, der afviger betydeligt fra normen eller branchesædvanen og derfor kan opfylde sin grundlæggende oprindelsesfunktion, mangler ikke fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 (dommen i sagen Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, præmis 31).
- 43 I den foreliggende sag fremgår det af den appellerede doms præmis 12, 13 og 14, at Retten ved sin vurdering af, om det varemærke, der er ansøgt registreret, havde det fornødne særpræg, korrekt identificerede og fulgte de kriterier, der er blevet fastlagt ved den relevante retspraksis med hensyn hertil.
- 44 Efter at have henvist til de væsentligste kendetegn ved fastlæggelsen af særpræget for et tredimensionalt varemærke, der består af varens form, foretog Retten nemlig en detaljeret undersøgelse af hver af de tre bestanddele i varemærket, der er ansøgt registreret, dvs. formen på en siddende hare, guldfolien, som chokoladeharen er indpakket i, og det røde plisserede bånd, hvorpå der er fæstnet en bjælde, for i den appellerede doms præmis 34, 38 og 44 at konkludere, at hver af disse manglede det fornødne særpræg.

- 45 Retten nåede til samme konklusion for så vidt angår det helhedsindtryk, som det varemærke, der er ansøgt registreret, fremkalder, idet den i den appellerede doms præmis 47 tiltrådte afgørelsen herom fra Fjerde Appellkammer ved Harmoniseringskontoret.
- 46 Ved afslutningen af sin undersøgelse konkluderede Retten således i den appellerede doms præmis 51, at appellanten hverken havde formået at rejse tvivl om rigtigheden af velkendte kendsgerninger eller kendsgerninger, som Harmoniseringskontoret havde godtgjort, eller at bevise, at det varemærke, der er ansøgt registreret, havde et iboende særpræg.
- 47 For at nå til en sådan konklusion havde Retten foretaget en undersøgelse af både appellans og Harmoniseringskontorets argumenter, og det kan derfor ikke – i modsætning til, hvad appellanten har gjort gældende – foreholdes den, at den blot har støttet sig på Harmoniseringskontorets formodninger og påstande. Det må tværtimod konstateres, at Retten, før den fastslog, at det varemærke, der er ansøgt registreret, manglede det fornødne særpræg, foretog en vurdering af både den almindelige praksis i branchen og af gennemsnitsforbrugernes opfattelse, idet den støttede sig på de kriterier, der følger af fast retspraksis.
- 48 Appellanten har endvidere foreholdt Retten, at den har udtalt, at formen på chokoladepåskeharen og guldindpakningen er almindelige fænomener på markedet, der svarer til sædvanen i den pågældende branche.
- 49 Det må konstateres, at dette argument reelt har til formål at opnå, at Domstolen sætter sin vurdering af de faktiske omstændigheder i stedet for Rettens. Idet appellanten tilsigter en ny vurdering af det fornødne særpræg ved det varemærke, der er ansøgt registreret, stiller selskabet spørgsmålstegn ved rigtigheden af de konstateringer, som Retten har foretaget med hensyn til vurderinger af faktisk art, og som falder uden for Domstolens undersøgelse inden for rammerne af en appelsag, uden at gøre gældende, at der foreligger en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder på dette punkt.
- 50 Hvad angår det af appellanten anførte, hvorefter den omstændighed, at der findes registreringer som varemærke i 15 medlemsstater, understøtter, at det varemærke, der er ansøgt registreret i henhold til forordning nr. 40/94, har fornødent særpræg, bemærkes, at Retten ikke har begået nogen retlig fejl ved i henhold til Domstolens faste praksis i den appellerede doms præmis 55 at udtale, at de registreringer, der findes i medlemsstaterne, kun udgør et forhold, der kan tages i betragtning i forbindelse med registreringen af et EF-varemærke, idet det varemærke, der er ansøgt registreret, skal vurderes på grundlag af den relevante EU-lovgivning, og at det heraf følger, at Harmoniseringskontoret hverken er forpligtet til at tilslutte sig de krav, der er stillet, og den vurdering, der er foretaget af de kompetente nationale myndigheder, eller forpligtet til at registrere det omhandlede varemærke som EF-varemærke på grundlag af sådanne betragtninger (jf. i denne retning dommen i sagen Devely mod KHIM, præmis 72 og 73).
- 51 Det følger af det ovenstående, at det første anbringende skal forkastes, idet det delvist ikke kan antages til realitetsbehandling, og delvist er ugrundet.

Det andet anbringende om en tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

- 52 Appellanten har foreholdt Retten, at den i den appellerede doms præmis 70 har udtalt, at det omhandlede varemærke, for at kunne registreres på grund af den brug, der eventuelt var gjort af det, skulle have fået fornødent særpræg ved brug i alle medlemsstaterne. Ifølge appellanten er dette forkert af to grunde.
- 53 For det første har Retten ikke taget hensyn til den omstændighed, at særpræget ved et varemærke, der er ansøgt registreret, kun skal være opnået ved brug i de medlemsstater, hvor dette varemærke ikke har et iboende fornødent særpræg. Det varemærke, der er ansøgt registreret, har et iboende fornødent

særpræg i 15 medlemsstater. I disse stater kan det således ikke kræves, at det omhandlede varemærke har fået fornødent særpræg ved brug. Retten skulle således være kommet til den konklusion, at dette varemærke i den største del af Unionen havde et iboende fornødent særpræg eller havde fået et fornødent særpræg ved brug. På tidspunktet for ansøgningen om registrering af det omhandlede varemærke bestod Unionen af 25 medlemsstater med i alt 465,7 mio. indbyggere. Det omhandlede varemærke havde et iboende fornødent særpræg eller havde fået et fornødent særpræg ved brug i forhold til i alt 351,3 mio. indbyggere, hvilket udgjorde 75,4% af befolkningen i Unionen i dens sammensætning på dette tidspunkt.

- 54 For det andet har appellanten gjort gældende, at artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 40/94 bestemmer, at EF-varemærket har enhedskarakter, og at det har de samme retsvirkninger overalt inden for Unionen. Ved vurderingen af, om et varemærke kan registreres, og navnlig af, om det har særpræg, skal Unionen således opfattes som et fælles enhedsmarked. Det ville være forkert at støtte sig på de enkelte nationale markeder. Ved spørgsmålet, om et varemærke har fået et fornødent særpræg, skal der tages udgangspunkt i hele befolkningen, uden at der skal sondres mellem de nationale markeder. Hvis et varemærke har et fornødent særpræg, som det har fået hos en overvejende del af Unionens befolkning set som helhed, er dette også tilstrækkeligt til, at dette varemærke kan tilføres en beskyttelse på hele det europæiske marked.
- 55 Harmoniseringskontoret har kritiseret appellants argumenter, da det ud fra de nævnte tal, hvis kilde er upræcis, på ingen måde kan konkluderes, at Retten har begået en retlig fejl.
- 56 Ifølge Harmoniseringskontoret foretog Retten i den appellerede doms præmis 64 ff. en korrekt anvendelse af retspraksis, hvorefter det for det første, for at et varemærke har fået fornødent særpræg ved brug i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, kræves, at i det mindste en betydelig andel af den relevante kundekreds på grund af det omhandlede varemærke identificerer varerne eller tjenesteydelserne som hidrørende fra en bestemt virksomhed, og et varemærke for det andet – for så vidt angår den territoriale rækkevidde af erhvervelsen af det fornødne særpræg – kun kan registreres i medfør af denne bestemmelse, hvis det bevises, at det som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg i den del af Unionen, hvor det ikke fra begyndelsen havde et sådant særpræg.
- 57 På denne baggrund nåede Retten til den konklusion, at der ikke var anledning til at undersøge, om de dokumenter, som appellanten havde fremlagt, faktisk beviste, at det varemærke, der er ansøgt registreret, havde fået et fornødent særpræg ved brug i de tre medlemsstater, som appellanten havde påberåbt sig, eftersom dette på ingen måde kunne være tilstrækkeligt til at bevise, at varemærket havde fået fornødent særpræg ved brug i hele Unionen.
- 58 Harmoniseringskontoret har derfor foreslået, at Domstolen forkaster det andet anbringende som åbenbart ugrundet.

Domstolens bemærkninger

- 59 Det bemærkes, at i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 er den absolutte registreringshindring, som er omhandlet i nævnte forordnings artikel 7, stk. 1, litra b), ikke til hinder for registreringen af et varemærke, hvis det som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret.
- 60 Domstolen har allerede fastslået, at et varemærke kun kan registreres i medfør af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, hvis det bevises, at det som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg i den del af Unionen, hvor det ikke fra begyndelsen havde et sådant særpræg (jf. dommen af 22.6.2006 i sag C-25/05 P, Storck mod KHIM, præmis 83).
- 61 Der er i henhold til denne retspraksis, at Retten nåede til den konklusion, der fremgår af den appellerede doms præmis 69, hvorefter det varemærke, der er ansøgt registreret, skal have fået et fornødent særpræg ved brug i hele Unionen. Denne konklusion er ikke behæftet med nogen retlig fejl, for så vidt som appellanten, således som det fremgår af den appellerede doms præmis 51, sammenholdt

med præmis 68, ikke har kunnet bevise, at det nævnte varemærke havde et iboende fornødent særpræg, og at denne konstatering gjaldt for hele Unionens område. Af denne grund kan Domstolen ikke tiltræde appellansens argument og de statistiske oplysninger, som appellanten har indgivet til støtte for argumentet, hvorefter det varemærke, der er ansøgt registreret, har et iboende fornødent særpræg i 15 medlemsstater, og det i disse stater derfor ikke kunne kræves, at varemærket havde fået et fornødent særpræg ved brug.

- 62 Hvad angår appellansens argument, hvorefter vurderingen af, om et varemærke har fået fornødent særpræg ved brug, ikke må støttes på de enkelte nationale markeder, fordi EF-varemærket har enhedskarakter, bemærkes, at selv om det i henhold til den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 60, er rigtigt, at den omstændighed, at et varemærke har fået fornødent særpræg ved brug, skal bevises for den del af Unionen, hvor dette varemærke ikke fra begyndelsen havde et sådant særpræg, ville det gå for vidt at kræve, at beviset for, at dette er opnået, skal føres for hver enkelt medlemsstat.
- 63 Hvad angår den foreliggende sag har Retten imidlertid ikke begået en retlig fejl, eftersom appellanten under alle omstændigheder ikke på tilstrækkelig kvantitativ måde har bevist, at det varemærke, der er ansøgt registreret, har fået et fornødent særpræg ved brug på hele Unionens område.
- 64 Det andet anbringende skal følgelig forkastes som ugrundet.
- 65 Under disse omstændigheder må den foreliggende appel forkastes.

Sagens omkostninger

- 66 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, der i medfør af samme reglements artikel 118 finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at Lindt tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da Lindt har tabt sagen, bør selskabet pålægges at betale sagens omkostninger.

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

- 1) Appellen forkastes.**
- 2) Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG betaler sagens omkostninger.**

Underskrifter