

DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

22. juni 2006^{*}

I sag C-25/05 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i Domstolens statut, iværksat den 24. januar 2005,

August Storck KG, Berlin (Tyskland), ved Rechtsanwälte I. Rohr, H. Wrage-Molkenthin og T. Reher,

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,

^{*} Processprog: tysk.

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann, og dommerne N. Colneric, J.N. Cunha Rodrigues, M. Ilešič (refererende dommer) og E. Levits,

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

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 16. februar 2006,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 23. marts 2006,

afsagt følgende

Dom

- ¹ I appelskriftet har August Storck KG nedlagt påstand om ophævelse af den dom, der blev afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (Fjerde Afdeling) den 10. november 2004, Storck mod KHIM (papillotform) (sag T-402/02, Sml. II, s. 3849, herefter »den appellerede dom«), hvorved appellantens ikke fik medhold i sin påstand om annullation af den afgørelse, der var blevet truffet af Andet Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker

og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) den 18. oktober 2002 (sag R 256/2001-2) (herefter »den anfægtede afgørelse«), hvorved dette afslog at registrere et figurmærke bestående af en guldfarvet bolsjeindpakning af papir med snoede ender (papillotform).

Retsforskrifter

- ² Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1) bestemmer i artikel 7, der har overskriften »Absolutte hindringer for registrering«, følgende:

»1. Udelukket fra registrering er:

[...]

b) varemærker, som mangler fornødent særpræg

[...]

2. Stk. 1 finder anvendelse, selv om registreringshindringerne kun er til stede i en del af Fællesskabet.

3. Stk. 1, litra b), c) og d), finder ikke anvendelse, hvis mærket som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret.«

- 3 Artikel 73 i forordning nr. 40/94, der har overskriften »Begrundelse af afgørelsen«, bestemmer:

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

- 4 Artikel 74 i forordning nr. 40/94, der har overskriften »Harmoniseringskontorets ex officio prøvelse af de faktiske omstændigheder«, indeholder følgende præcisering i stk. 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.«

Sagens baggrund

- 5 Den 30. marts 1998 indgav appellanten i medfør af forordning nr. 40/94 en ansøgning til Harmoniseringskontoret om registrering som EF-varemærke af et figurmærke, der svarer til den todimensionale gengivelse i perspektiv af en

guldfarvet bolsjeindpakning af papir med snoede ender (papillotform), som vist nedenfor:



- 6 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, er »bolsjer«, der henhører under klasse 30 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret.
- 7 Ved afgørelse af 19. januar 2001 meddelte undersøgeren afslag på ansøgningen med den begrundelse, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, og at det ikke havde fået fornødent særpræg ved brug i henhold til artikel 7, stk. 3.
- 8 Ved den anfægtede afgørelse stadfæstede Andet Appellkammer ved Harmoniseringskontoret undersøgerens afgørelse. Vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt varemærket fra begyndelsen havde fornødent særpræg, fastslog appellkammeret navnlig, at den gyldne farve, som fremgik af den grafiske gengivelse af det ansøgte

varemærke, var almindeligt og hyppigt anvendt i handelen til bolsjeindpakning. Appellammeret fandt desuden, at de af appellantens fremlagte oplysninger ikke beviste, at dette varemærke havde fået fornødent særpræg for bolsjer generelt eller især for karameller som følge af den brug, der var gjort deraf.

Retsforhandlinger ved Retten og den appellerede dom

- 9 Appellanten anlagde sag ved Retten med påstand om annullation af den anfægtede afgørelse, og til støtte herfor gjorde selskabet fire anbringender gældende.

- 10 I forbindelse med det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 fastslog Retten i den appellerede doms præmis 55-62, at appelammeret med rette havde fastslået, at det ansøgte varemærke savnede fornødent særpræg i denne bestemmelses forstand, og anførte følgende begrundelse:

»55 Det må konstateres, at appelammeret ikke har begået nogen retlig fejl ved at anføre, at »det omhandlede varemærkes form (indpakning med snoede ender, farven lysebrun eller gylden) ikke [var] væsentlig forskellig fra de andre sædvanlige ydre træk i handelen« (den anfægtede afgørelses punkt 14).

- 56 Det er således med rette, at appelammeret i den anfægtede afgørelses punkt 15 konstaterede, at formen på den omtvistede indpakning er »formen på en normal og traditionel bolsjeindpakning«, og at der findes »et stort antal bolsjer på

markedet, der er indpakket således«. Det forholder sig på samme måde med farven på den omhandlede indpakning, nemlig lysebrun (karamel) eller — som det fremgår af den grafiske gengivelse af det ansøgte varemærke — guldfarvet eller med en guldfarvet nuance. Disse farver indeholder intet usædvanligt i sig selv, og det er heller ikke sjældent — som appelkammeret meget træffende har anført i den anfægtede afgørelses punkt 16 — at se disse farver anvendt til bolsjeindpakningspapir. Det er således med føje, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 18 anførte, at gennemsnitsforbrugeren i denne sag ikke vil opfatte varemærket som en angivelse af varens handelsmæssige oprindelse i sig selv, men som en bolsjeindpakning — hverken mere eller mindre [...]

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

[...]

- 60 [...] Det [er] med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 19 og 20 nævnte risikoen for, at der skulle opstå en eneret med hensyn til den pågældende indpakning til bolsjer, da undersøgelsen havde bekræftet, at indpakningen til disse varer ikke har særpræg, hvorved appelkammeret tog

hensyn til den almene interesse, der danner grundlaget for den absolutte registreringshindring i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

[...]

62 Det følger af ovenstående betragtninger som helhed, at det ansøgte varemærke, således som det opfattes af en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger, ikke giver mulighed for at individualisere de pågældende varer og adskille dem fra varer af en anden handelsmæssig oprindelse. Det mangler derfor fornødent særpræg i forhold til disse varer.«

- 11 Om det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 fastslog Retten i den appellerede doms præmis 82-89, at appellanten ikke havde godtgjort, at det ansøgte varemærke havde fået fornødent særpræg i hele Fællesskabet i denne bestemmelses forstand som følge af den brug, der var gjort deraf, og anførte bl.a. følgende begrundelse:

»82 Hvad først og fremmest angår de af sagsøgerens argumenter, der er støttet på salgstallene for de omhandlede varer inden for Fællesskabet for perioden 1994-1998, er det med rette, at appelkammeret fandt, at de ikke i den foreliggende sag var egnede til at påvise, at det ansøgte varemærke havde fået fornødent særpræg som følge af den brug, der var gjort deraf.

83 Det var tilstrækkeligt retligt begrundet, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 25 fandt, at de pågældende tal ikke gav mulighed for at

bedømme, hvor stor en andel af det omhandlede marked sagsøgeren besad som følge af det ansøgte varemærke. På trods af de informationer, der fremgik af de fremlagte oplysninger, vedrørende antallet af enheder og det antal ton bolsjer, der var blevet solgt i den omhandlede indpakning, »[var] en realistisk bedømmelse af [sagsøgerens] styrke på markedet fortsat umulig i mangel af oplysninger om det samlede salg på markedet for de varer, der skal tages i betragtning, eller en bedømmelse af konkurrerende virksomheders salg, som sagsøgerens tal [kunne have] været sat i forhold til« [...]

- 84 Dernæst er det ligeledes med rette, at appelkammeret fandt, at de af sagsøgeren afholdte reklameomkostninger rejste de samme problemer som de nævnte salgstal. I den anfægtede afgørelses punkt 26 har appelkammeret således særligt bemærket, at de angivelser, som sagsøgeren henviste til vedrørende de pågældende omkostninger, næppe var anvendelige, i det omfang der ikke forelå »nogen oplysninger, der [gjorde] det muligt at få et indtryk af reklameomfanget på markedet for de omhandlede varer« [...] Følgelig er dette reklamemateriale [ikke] bevis for [...] at den relevante kundekreds opfatter varemærket som en angivelse af de omhandlede varers handelsmæssige oprindelse [...]
- 85 Som appelkammeret anførte i samme punkt i den anfægtede afgørelse, var de omhandlede omkostninger desuden lave »i mange af Den Europæiske Unions medlemsstater«, og appelkammeret tilføjede, »at disse oplysninger sågar [manglede] fuldstændigt for visse medlemsstater«. Således dækkede de nævnte omkostninger ikke i noget år inden for referenceperioden (1994-1998) samtlige medlemsstater i Den Europæiske Union.
- 86 [...] [det] må [...] fastslås, at den absolutte registreringshindring, der er omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, er til stede — for så vidt angår det ansøgte varemærke — i hele Fællesskabet. Det er derfor i hele Fællesskabet, at dette varemærke skal have opnået fornødent særpræg ved brug for at kunne registreres i henhold til samme forordnings artikel 7, stk. 3 [...]

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

[...]«

12 For så vidt angik det tredje anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 74, stk. 1, første sætning, i forordning nr. 40/94 fastslog Retten, at appelkammeret ikke havde tilsidesat bestemmelsen, med følgende begrundelse, der fremgår af den appellerede doms præmis 58, som samme doms præmis 95 henviser til:

»Henvisningen i den anfægtede afgørelse [...] til den sædvanlige praksis i handelen med bolsjer eller karameller, uden at der dog er givet konkrete eksempler på denne praksis, rejser ikke tvivl om appelkammerets bedømmelse af det ansøgte varemærkes mangel på egentligt fornødent særpræg. Ved således at lægge til grund, at kombinationen af formen og farven på det ansøgte varemærke ikke var usædvanlig i handelen, har appelkammeret i det væsentligste støttet sin analyse på kendsgerninger, der er et resultat af den generelle praktiske erfaring, der er opnået ved markedsføring af almindelige forbrugsvarer, sådan som bolsjer eller karameller, dvs. kendsgerninger, som enhver kan have kendskab til, og som bl.a. forbrugerne af disse varer har kendskab til [...]«

13 Hvad endelig angår det fjerde anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 73 i forordning nr. 40/94 fastslog Retten bl.a. i den appellerede doms præmis 103-105, at appelkammeret ikke kunne kritiseres for at have støttet sin afgørelse på grunde, som sagsøgeren ikke har haft lejlighed til at udtale sig om, eftersom undersøgeren

allerede havde anført i sin afgørelse, at »[s]agsøgerens omsætning ikke [gav] mulighed for at slutte, at forbrugeren gen[kendte] bolsjerne på deres indpakning og for[bandt] dem med en enkelt virksomhed«, og at »[i] mangel af sammenlignelige tal fra konkurrerende virksomheder eller oplysninger om markedet som helhed [var] det umuligt at bedømme omsætningen«.

Appellen

14 I appelskriftet har appellanten fremført fire anbringender til støtte for følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves.
- Principalt træffes der endelig afgørelse i sagen, således at de påstande, der blev nedlagt i første instans, tiltrædes.
- Subsidiært hjemvises sagen til Retten.
- Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

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

Første anbringende

Parternes argumenter

- 16 Med sit første anbringende, der består af tre led, har appellanten gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.
- 17 For det første var det med urette, at Retten i den appellerede doms præmis 55 gjorde det ansøgte varemærkes særpræg betinget af, at varemærket grundlæggende set var forskelligt fra de bolsjeindpakningsformer, der er sædvanlige i handelen, og derved opstillede strengere krav, end hvad der normalt kræves for at anerkende, at der foreligger et sådant særpræg.
- 18 Det var ligeledes med urette, at Retten stillede krav om, at det ansøgte varemærke skulle adskille sig væsentligt fra lignende varemærker, der eventuelt fandtes inden for sukkervaresektoren.
- 19 Ifølge appellanten er den omstændighed, at der vil kunne opstå forveksling med varer, der har en anden oprindelse, kun relevant i forbindelse med en indsigelse, der er støttet på risikoen for, at det ansøgte varemærke forveksles med et ældre varemærke.
- 20 For det andet begik Retten ligeledes en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 60 at støtte sig på »risikoen for, at der skulle opstå en eneret med hensyn til den pågældende indpakning til bolsjer«, som begrundelse for, at det ansøgte varemærke

savnede fornødent særpræg. Ifølge appellanten er der ikke grundlag for at tage et eventuelt friholdelsesbehov i forbindelse med artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 i betragtning.

- 21 Endelig undlod appelkammeret og Retten at undersøge, om det ansøgte varemærke — uafhængigt af de lignende bolsjeindpakningsformer, der findes på markedet — i sig selv har et minimum af særpræg. Ifølge appellanten ville Retten, hvis den havde foretaget denne undersøgelse, have konkluderet, at nævnte varemærke ikke mangler fornødent særpræg.
- 22 Harmoniseringskontoret har heroverfor for det første anført, at Retten på ingen måde underlagde det ansøgte varemærke strengere kriterier end dem, der normalt kræves opfyldt, men anvendte fast retspraksis, hvorefter det er nødvendigt, at den form på en vare, der søges registreret som varemærke, adskiller sig væsentligt fra normen eller branchesædvanen inden for den relevante sektor. Denne retspraksis, der er udviklet i forbindelse med tredimensionale varemærker, bør ligeledes finde anvendelse, når det ansøgte varemærke — som i det konkrete tilfælde — er den todimensionale gengivelse af den omhandlede vares tredimensionale form.
- 23 For det andet har Harmoniseringskontoret anført, at Retten ikke begrundede sin konstatering af, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg, med, at der var risiko for, at der skulle opstå en eneret.
- 24 Endelig har klagepunktet om, at Retten skulle have konkluderet, at det ansøgte varemærke havde fornødent særpræg, til formål at rejse tvivl om Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder, og det kan følgelig ikke antages til realitetsbehandling under en appelsag.

Domstolens bemærkninger

- 25 For så vidt angår det første anbringendes første led fremgår det af fast retspraksis, at spørgsmålet om, hvorvidt et varemærke har fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, skal bedømmes dels i forhold til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket er søgt registreret, dels i forhold til opfattelsen af varemærket hos den relevante kundekreds, der består af en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger af de pågældende varer eller tjenesteydelser (jf. bl.a. dom af 29.4.2004, forenede sager C-456/01 P og C-457/01 P, Henkel mod KHIM, Sml. I, s. 5089, præmis 35, og af 12.1.2006, sag C-173/04 P, Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, Sml. I, s. 551, præmis 25).
- 26 Det fremgår endvidere 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 (dommen i sagen Henkel mod KHIM, præmis 38, dom af 7.10.2004, sag C-136/02 P, Mag Instrument mod KHIM, Sml. I, s. 9165, præmis 30, og dommen i sagen Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, præmis 27).
- 27 Ved anvendelsen af disse kriterier er opfattelsen hos den relevante kundekreds imidlertid ikke nødvendigvis 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 varemærket har særpræg, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, end når der er tale om et ord- eller figurmærke (jf. bl.a. dommen i sagen Henkel mod KHIM, præmis 38, i sagen Mag Instrument mod KHIM, præmis 30, og i sagen Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, præmis 28).

- 28 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 (jf. bl.a. dommen i sagen Henkel mod KHIM, præmis 39, i sagen Mag Instrument mod KHIM, præmis 31, og i sagen Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, præmis 31).
- 29 Denne retspraksis, der er udviklet i forbindelse med tredimensionale varemærker, som består af selve varens udseende, finder tilsvarende anvendelse, når det ansøgte varemærke — som i det konkrete tilfælde — er et figurmærke, der består af den todimensionale gengivelse af den pågældende vare. I et sådant tilfælde består varemærket nemlig heller ikke af et tegn, som er uafhængigt af fremtrædelsesformen for de varer, det betegner.
- 30 Følgelig var det med rette, at Retten tog hensyn til formerne og farverne på de bolsjeindpakninger, der er almindeligt anvendt i handelen, ved bedømmelsen af, hvorvidt det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg.
- 31 I den appellerede doms præmis 55 fastslog Retten, at »appelkammeret ikke har begået nogen retlig fejl ved at anføre, at »det omhandlede varemærkes form [...] ikke [var] væsentlig forskellig fra de andre sædvanlige ydre træk i handelen«, og i samme doms præmis 57, at den omhandlede indpakning »[ikke] adskiller sig [...] væsentligt« fra den indpakning af bolsjer og karameller, der almindeligvis anvendes i handelen. I det omfang dette krav om en grundlæggende eller væsentlig forskel går videre end den betydelige afvigelse, der er påkrævet i henhold til den retspraksis, som er nævnt i nærværende doms præmis 28, ville Retten have begået en retlig fejl, hvis den havde betinget anerkendelsen af, at det ansøgte varemærke havde fornødent særpræg, af overholdelsen af et sådant krav.

- 32 Dette er imidlertid ikke tilfældet. I den appellerede doms præmis 56 og 57 anførte Retten således — idet den bl.a. tilsluttede sig appelkammerets vurderinger af de faktiske omstændigheder — at formen på den omhandlede indpakning er formen på en normal og traditionel bolsjeindpakning, at der findes et stort antal bolsjer på markedet, der er indpakket således, at den omhandlede indpaknings gyldne farve hverken er usædvanlig i sig selv eller sjælden i forhold til bolsjeindpakningspapir, at særegenhederne ved kombinationen af formen og farven på det ansøgte varemærke ikke ligger tilstrækkeligt fjernt fra særegenhederne ved de grundlæggende former, der hyppigt anvendes til indpakning af bolsjer, og at den omhandlede indpakning naturligt melder sig i bevidstheden som en typisk form på en indpakning af disse varer.
- 33 Ved hjælp af disse konstateringer påviste Retten i tilstrækkelig grad, at det ansøgte varemærke ikke afviger betydeligt fra normen eller branchesædvanen inden for sukkervaresektoren. Retten begik derfor ikke en retlig fejl ved at fastslå, at nævnte varemærke mangler fornødent særpræg.
- 34 Med hensyn til appellants klagepunkt om, at Retten stillede krav om, at det ansøgte varemærke skulle adskille sig væsentligt fra lignende varemærker, der eventuelt fandtes inden for sukkervaresektoren, beror det på en fejlfortolkning af den appellerede dom, idet Retten på ingen måde undersøgte, om de andre varemærker, der blev benyttet for denne type varer, var identiske med eller lignede det ansøgte varemærke.
- 35 Det første anbringendes første led må derfor forkastes som ugrundet.
- 36 Hvad angår det første anbringendes andet led er det tilstrækkeligt at konstatere, at Retten ikke støttede sin konklusion om, at det ansøgte varemærke savnede fornødent særpræg, på, at der forelå en risiko for, at der skulle opstå en eneret med hensyn til den pågældende indpakning til bolsjer. I den appellerede doms præmis 60

anførte Retten blot, at en sådan risiko havde bekræftet den vurdering, der var foretaget i samme doms præmis 53-57, hvorefter det ansøgte varemærke savnede fornødent særpræg.

37 Dette led af anbringendet skal derfor forkastes som grundløst.

38 Hvad endelig angår det første anbringendes sidste led skal det først bemærkes, at Retten — som det følger af nærværende doms præmis 30 — ikke begik en retlig fejl ved at tage hensyn til de bolsjeindpakningsformer, der er almindeligt anvendt i handelen, ved bedømmelsen af, hvorvidt det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg.

39 Dernæst bemærkes, at dette led af det første anbringende — for så vidt som Retten herved kritiseres for at have fastslået, at det ansøgte varemærke mangler fornødent særpræg — reelt har til formål at opnå, at Domstolen sætter sin vurdering af de faktiske omstændigheder i stedet for Rettens.

40 Rettens konstateringer i den appellerede doms præmis 56 og 57, der er nævnt i nærværende doms præmis 32, er således vurderinger af faktiske forhold. I overensstemmelse med artikel 225, stk. 1, EF og artikel 58, stk. 1, i Domstolens statut, er appel imidlertid begrænset til retsspørgsmål. Det er derfor alene Retten, der har kompetence til at fastlægge og bedømme de relevante faktiske omstændigheder såvel som til at vurdere beviserne. Bedømmelsen af disse faktiske omstændigheder og beviser er således ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er blevet urigtigt gengivet (jf. bl.a. dom af 19.9.2002, sag C-104/00 P, DKV mod KHIM, Sml. I, s. 7561, præmis 22, og dommen i sagen Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, præmis 35).

- 41 Eftersom det i denne sag ikke er gjort gældende, at de faktiske omstændigheder og beviser, som blev fremlagt for Retten, er blevet gengivet forkert, må det første anbringendes sidste led forkastes, da det delvis er ugrundet, delvis ikke kan antages til realitetsbehandling, og anbringendet skal følgelig som helhed forkastes.

Andet anbringende

Parternes argumenter

- 42 Med sit andet anbringende har appellanten kritiseret Retten for i den appellerede doms præmis 55-58 at have tilsidesat artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94, hvorefter Harmoniseringskontoret ex officio prøver de faktiske omstændigheder.
- 43 Det følger af denne bestemmelse, at appelkammeret ikke kunne nøjes med at meddele resultatet af sin egen subjektive bedømmelse af markedssituationen, men burde have foranstaltet bevisoptagelse og have fremlagt konkrete eksempler på de indpakninger, der angiveligt skulle være identiske med det ansøgte varemærke, hvis eksistens appelkammeret postulerede til støtte for dets konklusion om varemærkets »almindelige« karakter. Idet appelkammeret ikke oplyste, hvilke indpakninger der var tale om, blev appellanten frataget muligheden for at anfægte relevansen af disse eksempler.
- 44 Retten så således bort fra den forpligtelse til at oplyse sagen, der påhviler Harmoniseringskontoret i medfør af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94, ved i den appellerede doms præmis 58 at anføre, at appelkammeret havde kunnet støtte sig på kendsgerninger, der var et resultat af den generelle praktiske erfaring, der var opnået, og ved at godkende appelkammerets uunderbyggede påstande.

- 45 Harmoniseringskontoret har principalt gjort gældende, at det andet anbringende skal afvises, da appellant har begrænset sig til — uden at anfægte Rettens bedømmelse i denne henseende — ordret at gengive et anbringende, der allerede er blevet fremført for Retten og forkastet af denne.
- 46 Subsidiært har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at anbringendet er ugrundet. Artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 forpligter udelukkende Harmoniseringskontoret til at oplyse sagen og ikke til konkret at bevise alle de konstateringer om faktiske forhold, som det lægger til grund.

Domstolens bemærkninger

- 47 I henhold til artikel 225 EF, artikel 58, stk. 1, i Domstolens statut og artikel 112, stk. 1, litra c), i Domstolens procesreglement skal et appelskrift præcist angive, hvilke elementer der anfægtes i den dom, som påstås ophævet, samt de retlige argumenter, der særligt støtter denne påstand. Dette krav er ikke opfyldt, når appelskriftet — endog uden at indeholde en argumentation, der har til formål præcist at angive den retlige fejl, den appellerede dom angiveligt er behæftet med — blot gentager eller ordret gengiver de anbringender og argumenter, der allerede er blevet fremført for Retten (jf. bl.a. dom af 4.7.2000, sag C-352/98 P, Bergaderm og Goupil mod Kommissionen, Sml. I, s. 5291, præmis 34 og 35, og af 7.7.2005, sag C-208/03 P, Le Pen mod Parlamentet, Sml. I, s. 6051, præmis 39).
- 48 Derimod kan retsspørgsmål, som Retten har behandlet, diskuteres på ny under en appelsag, såfremt appellant bestrider Rettens fortolkning eller anvendelse af fællesskabsretten. Hvis en appellant nemlig ikke således kunne basere sin appel på anbringender og argumenter, som allerede havde været fremført for Retten, ville appelproceduren blive berøvet en del af sin mening (jf. bl.a. dom af 6.3.2003, sag C-41/00 P, Interporc mod Kommissionen, Sml. I, s. 2125, præmis 17, og dommen i sagen Le Pen mod Parlamentet, præmis 40).

- 49 Det andet appelanbringende tilsigter imidlertid netop at rejse tvivl om den fortolkning af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94, der blev lagt til grund af Retten med henblik på at forkaste det klagepunkt, der blev gjort gældende i forbindelse med det første anbringende i første instans vedrørende manglen på konkrete eksempler, der kunne underbygge appelkammerets påstande om, at den omhandlede indpakning var af almindelig karakter. Dette anbringende skal derfor antages til realitetsbehandling.
- 50 Hvad angår spørgsmålet, om anbringendet er velbegrundet, skal det bemærkes, at det følger af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94, at undersøgerne ved Harmoniseringskontoret — og i forbindelse med klage appelkamrene ved Harmoniseringskontoret — skal foretage en ex officio-prøvelse af de faktiske omstændigheder med henblik på at afgøre, om det varemærke, der er søgt registreret, er omfattet af en af registreringshindringerne i samme forordnings artikel 7. Det følger heraf, at de kompetente instanser ved Harmoniseringskontoret kan være foranlediget til at støtte deres afgørelser på faktiske forhold, som ikke er blevet påberåbt af ansøgeren.
- 51 Selv om det i princippet påhviler disse instanser at godtgøre rigtigheden af sådanne faktiske omstændigheder i deres afgørelser, er dette ikke tilfældet, når de lægger almindeligt kendte forhold til grund.
- 52 Det skal i denne forbindelse understreges, at en ansøger, over for hvem Harmoniseringskontoret gør sådanne almindeligt kendte forhold gældende, har mulighed for at anfægte rigtigheden heraf for Retten.
- 53 Rettens konstatering af, hvorvidt de faktiske omstændigheder, hvorpå appelkammeret ved Harmoniseringskontoret har støttet sin afgørelse, er almindeligt kendte forhold, er en bedømmelse af faktisk karakter, som ikke er undergivet Domstolens prøvelsesret under appelsagen, medmindre der er tale om en forkert gengivelse.

54 Retten begik derfor ikke en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 58 og 95 at fastslå, at appelkammeret lovligt havde kunnet støtte sin konstatering af, at den omhandlede indpakning ikke var usædvanlig i handelen, på kendsgerninger, der er et resultat af den generelle praktiske erfaring, der er opnået ved markedsføring af sukkervarer, som enhver kan have kendskab til, og som bl.a. forbrugerne af sukkervarer har kendskab til, uden at appelkammeret var forpligtet til at fremlægge konkrete eksempler.

55 Det andet anbringende skal derfor forkastes som ugrundet.

Tredje anbringende

Parternes argumenter

56 Med sit tredje anbringende har appellanten gjort gældende, at Retten tilsidesatte artikel 73 i forordning nr. 40/94, hvorefter Harmoniseringskontorets afgørelser kun må støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om.

57 Idet appelkammeret undlod at fremlægge de bolsjeindpakninger, der angiveligt skulle ligne det ansøgte varemærke, havde appellanten ikke på noget tidspunkt under sagen lejlighed til at udtale sig herom og blev således bl.a. frataget muligheden for at påvise, at disse indpakninger reelt frembød afgørende forskelle i forhold til det ansøgte varemærke. Appellantens ret til at blive hørt blev således tilsidesat.

58 Ved i den appellerede doms præmis 58 at fastslå, at appelkammeret ikke var forpligtet til at fremlægge konkrete beviser på, at der fandtes indpakninger, som lignede det ansøgte varemærke, og ved at støtte den appellerede dom på påstande, som appellanten ikke havde haft lejlighed til at udtale sig om, har Retten følgelig tilsidesat artikel 73 i forordning nr. 40/94.

59 Harmoniseringskontoret har heroverfor anført, at dette anbringende er åbenbart ugrundet. For det første behandlede appelkammeret faktisk appellants argumenter i denne henseende, men forkastede dem. For det andet kan appellanten ikke hævde ikke at have haft mulighed for at udtale sig om den måde, hvorpå appelkammeret vurderede markedet for indpakning til bolsjer, eftersom appellanten har medgivet, at spørgsmålet om de almindelige former på nævnte indpakning blev behandlet under sagen for Retten.

Domstolens bemærkninger

60 For det første bemærkes, at det tredje anbringende ikke antages til realitetsbehandling, for så vidt som Retten herved kritiseres for at have tilsidesat artikel 73 i forordning nr. 40/94 ved ikke at have annulleret den anfægtede afgørelse med den begrundelse, at den var støttet på grunde, som appellanten ikke havde haft lejlighed til at udtale sig om.

61 Ifølge fast retspraksis er en parts adgang til først for Domstolen at fremføre et anbringende, der ikke er blevet fremført for Retten, således ensbetydende med en adgang til at forelægge Domstolen — der har en begrænset kompetence i appelsager — en mere omfattende tvist end den, der blev forelagt Retten. Under en appel har Domstolen således kun kompetence til at tage stilling til den retlige afgørelse, der er blevet truffet vedrørende de anbringender, der er blevet behandlet i første instans (jf. bl.a. dom af 11.11.2004, forenede sager C-186/02 P og C-188/02 P, Ramondín m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 10653, præmis 60).

- 62 Selv om appellanten gjorde gældende for Retten, at appelkammeret ikke havde godtgjort rigtigheden af sine konstateringer med hensyn til den omhandlede indpaknings almindelige karakter, fremsatte appellanten imidlertid kun dette klagepunkt med henblik på at godtgøre, at der var sket en tilsidesættelse af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94.
- 63 For det andet bemærkes, at anbringendet savner grundlag, for så vidt som Retten herved kritiseres for på grundlag af sine egne ikke-underbyggede påstande også at have tilsidesat artikel 73 i forordning nr. 40/94.
- 64 Denne bestemmelse skal således overholdes i forbindelse med Harmoniseringskontorets instansers behandling af registreringsansøgninger, men er ikke relevant i forbindelse med sagen for Retten, hvor Domstolens statut og Rettens procesreglement finder anvendelse.
- 65 I øvrigt havde appellantens mulighed for i forbindelse med sagen for Retten at anfægte det af appelkammeret hævdede om, at den omhandlede indpakning ikke adskilte sig væsentligt fra de talrige indpakninger, der var almindeligt anvendt på markedet for sukkervarer, således at appellantens ret til kontradiktion og navnlig appellantens ret til at blive hørt kunne være blevet overholdt ved denne instans.
- 66 Det tredje anbringende skal derfor forkastes, da det delvis er ugrundet, delvis ikke kan antages til realitetsbehandling.

Fjerde anbringende

Parternes argumenter

- ⁶⁷ Med sit fjerde anbringende, der er opdelt i to led, har appellanten gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 ved at underlægge beviset for, at det ansøgte varemærke har fået fornødent særpræg ved brug, ukorrekte krav.
- ⁶⁸ For det første begik Retten en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 83 og 84 at fastslå, at tallene vedrørende salg af varer forsynet med det ansøgte varemærke og vedrørende de reklameomkostninger, der var afholdt med henblik på at fremme varemærket, ikke gjorde det muligt at fastslå, at varemærket havde fået fornødent særpræg som følge af den brug, der var gjort deraf, i mangel af oplysninger om henholdsvis den andel af markedet for sukkervarer og af reklameomfanget på dette marked, som disse tal repræsenterer.
- ⁶⁹ Ifølge appellanten er kendskabet til et varemærke nemlig ikke betinget af, at der ikke findes andre mere kendte varemærker, men afhænger udelukkende af spørgsmålet om, hvorvidt varemærket udbredes på markedet gennem en længere periode og i et tilstrækkeligt omfang, hvorved det således sikres, at forbrugerne bliver konfronteret med dette varemærke. Den markedsandel, som det ansøgte mærke besidder, er derfor ikke relevant for bedømmelsen af, om det har fået fornødent særpræg ved brug, når det godtgøres, at mærket har en vid udbredelse, et betydeligt volumen og længe har haft det. I den foreliggende sag beviser de tal, der er fremlagt af appellanten, at dette er tilfældet.

- 70 For det andet begik Retten en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 85-87 at anføre, at beviset for, at det ansøgte varemærke havde fået fornødent særpræg som følge af den brug, der var gjort deraf, skulle føres for så vidt angik samtlige medlemsstater i Unionen.
- 71 Ifølge appellanten er det i strid med Unionens formål, som er at afskaffe de nationale grænser og skabe et indre marked, at kræve bevis for brugen af det ansøgte varemærke for hver enkelt medlemsstat. I overensstemmelse med artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 skal et varemærke således registreres, når ansøgeren fører bevis for, at det har fået fornødent særpræg som følge af den brug, der er gjort deraf på en væsentlig del af Unionens område, selv om varemærket i visse medlemsstater ikke har fået et sådant særpræg, eller ansøgeren ikke kan føre bevis herfor.
- 72 Til støtte herfor har appellanten påberåbt sig artikel 142a, stk. 2, i forordning nr. 40/94, der blev indført ved akten vedrørende vilkårene for Den Tjekkiske Republiks, Republikken Estlands, Republikken Cyperns, Republikken Letlands, Republikken Litauens, Republikken Ungarns, Republikken Maltas, Republikken Polens, Republikken Sloveniens og Den Slovakiske Republiks tiltrædelse og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union (EUT 2003 L 236, s. 33, herefter »tiltrædelsesakten«), hvorefter »[r]egistreringen af et EF-varemærke, for hvilket der er indgivet ansøgning på tiltrædelsesdatoen, [ikke] må [...] afslås på grundlag af nogen af de absolutte hindringer for registrering, der er nævnt i artikel 7, stk. 1, [i forordning nr. 40/94], såfremt disse hindringer ville finde anvendelse udelukkende på grund af en ny medlemsstats tiltrædelse«.
- 73 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at appellanten — for så vidt som selskabet bestrider forpligtelsen til at bevise, at det ansøgte varemærke har fået fornødent særpræg ved brug i hele Fællesskabet — har set bort fra opbygningen af artikel 7 i forordning nr. 40/94.

74 Det fremgår således af artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 40/94, at en EF-varemærkeansøgning skal afslås, selv om registreringshindringerne kun er til stede i en del af Fællesskabet. Hvis en af de registreringshindringer, der er nævnt i artikel 7, stk. 1, litra b), c) og d), vedrører hele Fællesskabet, skal det fornødne særpræg, der er opnået ved brug, påvises i hele Fællesskabet og ikke kun i visse medlemsstater.

Domstolens bemærkninger

75 Med hensyn til det fjerde anbringendes første led fremgår det af fast retspraksis, at der ved vurderingen af, om et varemærke har fået fornødent særpræg som følge af den brug, der er gjort deraf, bl.a. kan tages hensyn til varemærkets markedsandel, intensiteten, den geografiske udstrækning og varigheden af brugen af dette varemærke, størrelsen af de investeringer, som virksomheden har foretaget for at fremme varemærket, den andel af de relevante omsætningskredse, der identificerer varen som hidrørende fra en bestemt virksomhed på grund af varemærket, samt erklæringer fra industri- og handelskamre eller andre faglige sammenslutninger (jf. i denne retning for så vidt angår artikel 3, stk. 3, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), som i det væsentlige er identisk med artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, dom af 4.5.1999, forenede sager C-108/97 og C-109/97, *Windsurfing Chiemsee*, Sml. I, s. 2779, præmis 51, af 18.6.2002, sag C-299/99, *Philips*, Sml. I, s. 5475, præmis 60, og af 7.7.2005, sag C-353/03, *Nestlé*, Sml. I, s. 6135, præmis 31).

76 Varemærkets markedsandel er følgelig en oplysning, der kan være relevant ved vurderingen af, om varemærket har fået fornødent særpræg ved brug. Dette er navnlig tilfældet, når — som i det foreliggende tilfælde — et varemærke bestående af udseendet på den vare, der søges registreret, synes at mangle fornødent særpræg på grundlag af, at det ikke afviger betydeligt fra normen eller branchesædvanen. I et sådant tilfælde er det nemlig sandsynligt, at et sådant varemærke kun kan få

fornødent særpræg, hvis de varer, der er forsynet hermed, besidder en ikke ubetydelig andel af markedet for de pågældende varer som følge af den brug, der er gjort af varemærket.

77 Af samme grunde kan andelen af reklameomfanget på markedet for de pågældende varer, som de reklameudgifter, der er afholdt for at fremme et varemærke, repræsenterer, ligeledes være en relevant oplysning med henblik på at bedømme, om dette varemærke har fået fornødent særpræg ved brug.

78 I øvrigt henhører spørgsmålet om, hvorvidt sådanne oplysninger er nødvendige for vurderingen af, om et givet varemærke har fået fornødent særpræg ved brug i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, under den vurdering af de faktiske omstændigheder, som foretages af Harmoniseringskontorets instanser og — i tilfælde af søgsmål — af Retten.

79 Under disse omstændigheder har Retten ikke begået en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 82-84 at anføre, at salgshallene for appellantens varer og de af appellanten afholdte reklameomkostninger ikke var tilstrækkelige til at godtgøre, at det ansøgte varemærke havde fået fornødent særpræg som følge af den brug, der var gjort deraf, i mangel af oplysninger om den andel, som disse tal og omkostninger repræsenterer af henholdsvis det samlede marked for sukkervarer og af det samlede omfang af reklameudgifterne på dette marked.

80 Det fjerde anbringendes første led er derfor ugrundet.

- 81 For så vidt angår det fjerde anbringendes andet led skal det bemærkes, at det følger af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, sammenholdt med samme bestemmelses stk. 2, at et varemærke er udelukket fra registrering, hvis det mangler fornødent særpræg i en del af Fællesskabet.
- 82 Desuden følger det af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, at samme bestemmelses stk. 1, litra b), ikke finder anvendelse, hvis varemærket som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg for de varer og tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret.
- 83 Det følger heraf, 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 Fællesskabet, hvor det ikke fra begyndelsen havde et sådant særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b). Den del af Fællesskabet, som er omhandlet i nævnte artikels stk. 2, kan i givet fald bestå af en enkelt medlemsstat.
- 84 I modsætning til det af appellantens anførte, bestyrker artikel 142a i forordning nr. 40/94, således som affattet i tiltrædelsesakten, den ovennævnte fortolkning.
- 85 Idet forfatterne til tiltrædelsesakten fandt det nødvendigt at indføre en udtrykkelig bestemmelse, hvorefter registreringen af et EF-varemærke, for hvilket der er indgivet ansøgning på tiltrædelsesdatoen, ikke må afslås på grundlag af nogen af de absolutte hindringer for registrering, der er nævnt i artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 40/94, såfremt disse hindringer ville finde anvendelse udelukkende på grund af en ny medlemsstats tiltrædelse, var de af den opfattelse, at en sådan ansøgning uden denne

bestemmelse måtte afslås, hvis varemærket manglede fornødent særpræg i en af de nye medlemsstater.

⁸⁶ Eftersom Retten — efter en vurdering af de faktiske omstændigheder og beviser — i den appellerede doms præmis 85-87 fastslog dels, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg fra begyndelsen i samtlige medlemsstater inden for Fællesskabet, dels, at appellanten ikke havde godtgjort, at varemærket havde været genstand for reklamekampagner i visse medlemsstater i løbet af referenceperioden, var det med føje, at Retten fastslog, at de fremlagte tal vedrørende de reklameudgifter, der var afholdt af appellanten, ikke gjorde det muligt at bevise, at nævnte varemærke havde fået fornødent særpræg som følge af den brug, der var gjort deraf.

⁸⁷ Det fjerde anbringendes andet led savner ligeledes grundlag, og anbringendet skal følgelig som helhed forkastes.

⁸⁸ Da ingen af appellantens anbringender kan tiltrædes, må appellen forkastes.

Sagens omkostninger

⁸⁹ Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, som i medfør af reglementets artikel 118 finder anvendelse på appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da appellanten har tabt sagen, pålægges det denne at betale sagens omkostninger.

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

- 1) Appellen forkastes.**
- 2) August Storck KG betaler sagens omkostninger.**

Underskrifter