



KFIR

Klagenemnda for industrielle rettigheter

AVGJØRELSE

Sak: 20/00099
Dato: 24. september 2020

Klager: WhatsApp Inc
Representert ved: Zacco Norway AS

Klagenemnda for industrielle rettigheter sammensatt av følgende utvalg:

Lill Anita Grimstad, Kari Anne Lang-Ree og Kaja von Hedenberg

har kommet fram til følgende

AVGJØRELSE

1 Kort fremstilling av saken:

- 2 Saken gjelder klage over Patentstyrets avgjørelse av 16. april 2020, hvor følgende figurmerke, med søknadsnummer 201605921,



ble nektet registrert for følgende varer og tjenester:

Klasse 9: Nedlastbar programvare, nemlig lynmeldingsprogramvare, fildelingsprogramvare, kommunikasjonsprogramvare for elektronisk utveksling av data, lyd, videobilder og grafikk via data- og kommunikasjonsnettverk, samt mobile og trådløse nettverk; nedlastbar dataprogramvare for behandling av bilder, grafikk, lyd, video og tekst; SIM-kort; dataprogramvare; datamaskinvare; nedlastbar programvare i form av en mobil applikasjon; nedlastbar programvare i form av en meldingsapplikasjon; dataprogramvare til bruk for å muliggjøre VoIP-anrop (tale over internettprotokoll), telefonanrop, videoanrop, tekstmeldinger, lynmeldinger og online tjenester for sosial nettverksbygging; nedlastbar programvare i form av en mobil meldingsapplikasjon; dataprogramvare for å opprette, redigere, laste opp, laste ned, aksessere, se på, poste, vise, tagge, blogge, strømsse, lenke, annotere, uttrykke mening om, kommentere, bygge inn, overføre og dele eller på annen måte tilveiebringe elektroniske medier eller informasjon via data- og kommunikasjonsnettverk; programvare for sending og mottak av elektroniske meldinger, grafikk, bilder, lyd og audio-visuelt innhold via globale kommunikasjonsnettverk; dataprogramvare for innsamling, håndtering, redigering, organisering, modifisering, overføring, deling og lagring av data og informasjon; nedlastbar programvare for ehandel som gjør det mulig for brukere å utføre elektroniske forretningstransaksjoner via globale data- og kommunikasjonsnettverk; dataprogramvare for håndtering av personlige opplysninger, og datasynkroniseringsprogramvare; utviklingsverktøy for dataprogramvare; dataprogramvare til bruk som et grensesnitt for applikasjonsprogrammering (API).

Klasse 35: Markedsføring, annonse- og reklamevirksomhet, samt salgsfremmende tiltak; markedsundersøkelses- og informasjonstjenester; salgsfremmende tiltak for andres varer og tjenester via data- og kommunikasjonsnettverk; forretnings- og reklametjenester, særlig medieplanlegging og kjøp av medier for andre; forretnings- og reklametjenester, særlig reklametjenester for sporing av reklameresultater, for administrering, distribusjon og utdeling av reklamemateriell, for analysering av reklamedata, for rapportering av reklamedata, og for optimalisering av reklameresultater; konsulenttjenester innen området reklamevirksomhet, særlig spesialtilpasning av andres markedsføringsinnsats; kommersielle informasjonstjenester, særlig, reklameadministrering ved tilveiebringelse av rapporter, målrettet reklame, og administrering av elektronisk lagret reklame, for bruk på et globalt datanettverk; muliggjøring av utveksling og salg av tjenester og produkter til tredjeparter via data- og kommunikasjonsnettverk; online detaljforretningstjenester med fokus på et bredt utvalg av andres forbruksvarer, gavekort, og levering av digitale

medier, VR (virtuell virkelighet)-hodetelefoner, og VR-innhold og data; tilveiebringelse av online markedsplasser for selgere av varer og/eller tjenester; tilveiebringelse av online fasiliteter for å sette selgere i forbindelse med kjøpere; tilveiebringelse av online fasiliteter med informasjon for forbrukere innen området gaver; markedsføring av andres varer og tjenester ved å tilveiebringe online fasiliteter med gaveforslag; bygging av forretningsnettverk; arbeidsformidling og rekrutteringstjenester; reklame- og informasjonsdistribusjon, særlig tilveiebringelse av annonseplass via det globale datanettverk.

Klasse 36: Finansielle tjenester; tjenester vedrørende finansielle transaksjoner; betalingsbehandlingstjenester; tjenester for behandling av finansielle transaksjoner, særlig klarering og avstemming av finansielle transaksjoner via data- og kommunikasjonsnettverk; elektronisk behandling og overføring av regningsbetalingsdata for brukere av data- og kommunikasjonsnettverk; elektronisk pengeoverføring; regningsbetalingstjenester.

Klasse 38: Telekommunikasjonsvirksomhet, nemlig dataoverførings- og datamottakstjenester via telekommunikasjonsnettverk; elektronisk utveksling av tale, data, lyd, video, tekst og grafikk som er tilgjengelig via data- og kommunikasjonsnettverk; lynmeldingstjenester; kommunikasjons tjenester ved mobiltelefon; telekommunikasjonstjenester; VoIP-tjenester (tale over internettprotokoll); audiotelekonferansevirksomhet; telekonferansetjenester; videotelekonferansevirksomhet; webmeldingsvirksomhet; peer-to-peer fotodelings- og videodelingstjenester, nemlig elektronisk overføring av digitale fotofiler, videoer og audiovisuelt innhold blant brukere; tilveiebringelse av tilgang til datamaskinbaserte, elektroniske og online databaser; telekommunikasjonstjenester, nemlig elektronisk overføring av data, meldinger, grafikk, bilder, lyd, video og informasjon; tilveiebringelse av online praterom, lynmeldingstjenester, og elektroniske oppslagstavler; tilveiebringelse av tilgang til datamaskinbaserte databaser innen området sosial nettverksbygging; lyd- tekst- og videokringkastingstjenester over datanettverk eller andre kommunikasjonsnettverk; tilveiebringelse av online fora for kommunikasjon om temaer av generell interesse; tilveiebringelse av online kommunikasjonslenker som overfører brukere av mobile enheter og internett til andre lokale og globale nettsted.

Klasse 42: Applikasjonstjenestetilbyder (ASP), nemlig tilveiebringelse, hosting, styring, utvikling og vedlikehold av applikasjoner, programvare, nettsteder og databaser i områdene trådløs kommunikasjon, mobil informasjonstilgang, og fjernstyring av data for trådløs levering til håndholdte datamaskiner, bærbare datamaskiner og mobile elektroniske enheter; tilveiebringelse av midlertidig bruk av online ikke-nedlastbar programvare og applikasjoner for lynmeldingsvirksomhet, tale over internettprotokoll (VoIP), videokonferansevirksomhet og audiokonferansevirksomhet; datatjenester, nemlig opprettelse av et online samfunn slik at registrerte brukere kan engasjere seg i bygging av sosiale nettverk; datatjenester, nemlig opprettelse av virtuelle samfunn slik at brukere kan delta i diskusjoner, få tilbakemelding fra deres likemenn og engasjere seg i bygging av sosiale, forretnings- og samfunnsnettverk; datatjenester, nemlig hostingtjenester for elektroniske fasiliteter for andre for å muliggjøre interaktive diskusjoner via kommunikasjonsnettverk; tilveiebringelse av online ikke-nedlastbar programvare; datatjenester, nemlig hostingtjenester for elektroniske fasiliteter for andre for organisering og ledelse av diskusjoner via kommunikasjonsnettverk; applikasjonstjenestetilbyder (ASP); ASPtjenester, nemlig hostingtjenester for andres programvareapplikasjoner; ASP med programvare for å gjøre det mulig eller lettere å opprette, redigere, laste opp, laste ned, aksessere, se på, poste, vise, tagge, blogge, strømme, lenke, annotere, uttrykke mening om, kommentere, bygge inn, overføre og dele eller på annen måte tilveiebringe elektroniske medier eller informasjon via data- og kommunikasjonsnettverk; tilveiebringelse av en online nettverkstjeneste som gjør

det mulig for brukere å overføre personlige identitetsdata til og dele personlige identitetsdata med og blant multiple online fasiliteter; tilveiebringelse av informasjon fra søkbare indekser og databaser med informasjon, herunder tekst, elektroniske dokumenter, databaser, grafikk, elektroniske medier, fotografiske bilder og audio-visuell informasjon, på data- og kommunikasjonsnettverk; tilveiebringelse av midlertidig bruk av ikke-nedlastbare programvareapplikasjoner for sosial nettverksbygging, opprettelse av et virtuelt samfunn, og overføring av lyd, video, fotografiske bilder, tekst, grafikk og data; tilveiebringelse av online fasiliteter som gjør brukere i stand til å laste opp, modifisere og dele lyd, video, fotografiske bilder, tekst, grafikk og data; tilveiebringelse av ikke-nedlastbar ehandelsprogramvare som gjør det mulig for brukere å utføre elektroniske forretningstransaksjoner via et globalt datanettverk; datatjenester, særlig, ASP med API-grensesnittprogramvare som gjør det mulig for brukere å utføre elektroniske forretningstransaksjoner via et globalt datanettverk; SaaS (programvare som en tjeneste)-tjenester med fokus på programvare for sending av elektroniske meldingsvarsler, for overføring av bestillinger og sending og mottak av elektroniske meldinger, og for å gjøre det mulig for brukere å utføre elektroniske forretningstransaksjoner via et globalt datanettverk.

Klasse 45: Online tjenester for sosial nettverksbygging; identifikasjonsverifiseringstjenester, nemlig autentisering av personlig identifikasjonsinformasjon; tjenester for kontaktformidling og sosial nettverksbygging; brukerverifiseringstjenester; identifikasjonsverifiseringstjenester.

- 3 Varemerket ble nektet registrert som følge av at det ble ansett å mangle det nødvendige særpreg for de aktuelle varene og tjenestene, jf. varemerkeloven § 14 første ledd.
- 4 Klage innkom 16. juni 2020 og Patentstyret har vurdert klagen og ikke funnet det klart at den vil føre frem. Klagen ble deretter oversendt Klagenemnda for videre behandling den 3. august 2020, jf. varemerkeloven § 51 andre ledd.
- 5 **Grunnene for Patentstyrets vedtak er oppsummert som følger:**
 - Patentstyret kom til at det aktuelle figurmerket mangler det nødvendige særpreg for de aktuelle varene og tjenestene, jf. varemerkeloven § 14 første ledd.
 - Gjennomsnittsforbrukeren av de aktuelle varene og tjenestene vil både kunne være private sluttbrukere og profesjonelle næringsdrivende.
 - Selv om kravet til særpreg er relativt lavt, vil gjennomsnittsforbrukeren oppfatte merket som et alminnelige informasjonssymbol for kommunikasjon, og ikke som en kommersiell opprinnelse for varene og tjenestene. Merket er satt sammen av enkle grafiske elementer og har en enkel utforming. Snakkeboblen fremstår som en geometrisk figur, svært lik en sirkel, mens symbolet i midten vil oppfattes som en enkel gjengivelse av et telefonrør. Merkets grønnfarge er videre vanlig, og er mye brukt på telefonsymboler for å indikere at man starter en telefonsamtale.
 - Patentstyret viser til avgjørelsen i VM 17/00207, hvor Klagenemnda fant at figurmerket, for tilsvarende/lignende tjenester, var suggestivt. Patentstyret anser ikke dette merket som parallelt med nærværende merke, som oppfattes som en tilgang til telefon- og

meldingstjenester, og skiller seg svært lite fra applikasjonssymboler og knapper på smarttelefoner, brukt for telefon- og meldingstjenester.

- Det kan ikke tillegges vekt at merket er registrert i EU og i en rekke andre land.
- I lys av at merket fremstår som et svært enkelt, ikke-distinktivt og informativt symbol, kan ikke Patentstyret se at den innsendte dokumentasjonen er tilstrekkelig til å vise slik virkning av bruk som kreves etter varemerkeloven §§ 3 tredje ledd og 14 tredje ledd andre punktum.
- Dokumentasjonen er ikke tilstrekkelig for å vise at det søkte merket har oppnådd særpreg gjennom bruk, og dokumenterer ikke virkning av bruk av det aktuelle figurmerket som søkt. Det bemerkes at dokumentasjonen viser figurmerket i umiddelbar tilknytning til teksten «WhatsApp». Figurmerket har derfor ikke uten videre alene opparbeidet seg det påkrevde minimum av særpreg.
- Bruk sammen med andre merkeelementer kan riktignok tillegges vekt, men da må dokumentasjonen vise at figuren alene er «godt kjent» som «noens særlige kjennetegn». Noen markedsføringsundersøkelse, som kan belyse hvordan merket som søkt blir oppfattet av gjennomsnittsforsbrukeren, er heller ikke sendt i saken.

6 Klager har for Klagenemnda i korte trekk gjort gjeldende:

- Klager er uenig i Patentstyrets vurdering og konklusjon om at det søkte merket anses som et ikke-distinktivt symbol, og mener merket oppfyller vilkårene for registrering etter varemerkeloven § 14.
- Det er et minimum av særpreg som kreves, og kravet til særpreg settes relativt lavt, jf. Borgarting lagmannsrett i dom av 1. juni 2015, LB-2014-95107, Tretorn, og den nyere Nammo-avgjørelsen fra Borgarting lagmannsrett.
- Det aktuelle figurmerket er nyskapt på klagers hånd, har iboende særpreg og vil lett oppfattes som en indikator på kommersiell opprinnelse. Gjennom å bestå av en form for «snakkeboble», en avbildning som minner om en gammeldags telefon, og merkets fargebruk, har merket blikkfangeeffekt og et klart kjennetegnsmessig preg. På denne bakgrunn må merket anerkjennes å overstige minimumsterskelen for særpreg, uavhengig av bruk i markedet.
- Klager anfører videre at merket har tilslitt distinktivitet gjennom bruk, jf. varemerkeloven § 14 tredje ledd.
- Som dokumentasjon for bruk er det fremlagt følgende:
 - o I bilag 2 gjensis historien om WhatsApp på Wikipedia. Her fremgår det blant annet at WhatsApp «er en proprietær flerplattforms direktemeldingsapplikasjon for smarttelefoner», og at klager, WhatsApp Inc, ble kjøpt opp av Facebook for 19 milliarder dollar i 2014. WhatsApp hadde over 500 millioner aktive brukere i april

2014, med 700 millioner bilder og 100 millioner videoer delt gjennom tjenesten hver dag, samtidig som 10 milliarder meldinger ble sendt daglig. Ifølge klager viser dette at WhatsApp var godt kjent og i bruk av en massiv del av verdens befolkning på prioritetsdagen, det vil si 19. november 2015, inkludert i Norge. Det er ikke bare tekstelementet WhatsApp som er godt kjent i Norge, dette gjelder også det tilhørende figurmerket.

- Bilag 3-16 gjengir en rekke avisartikler i både regionale og riksdekkende medier, hvor tekstelementet WhatsApp vises og omtales i kombinasjon med det aktuelle figurmerket. Artiklene gjengitt i bilag 13 - 16 er utgitt etter prioritetsdagen, men ble utgitt kort tid etter. Disse artiklene viser at WhatsApp har fått en svært stor brukerbase og popularitet, som ikke bare kan ha oppstått «over natten». Det må trygt kunne legges til grunn at denne dokumentasjonen viser at WhatsApp, og den søkte logoen, har vært tilstrekkelig kjent til at minimumsterskelen for særpreg må anerkjennes passert både i dag og på prioritetsdagen.
- Den dokumenterte bruken evner dermed å vise at figuremerket har opparbeidet seg det påkrevde minimum av særpreg alene. Selve logoen er helt sentral for applikasjonen, og selv om den delvis benyttes sammen med teksten «WhatsApp», fremstår den som lett synlig, lett å erindre, og som et logomessig, uavhengig og distinkt element i tilknytning til applikasjonen. Det søkte figurmerket vil dermed oppfattes som *noens særlige kjennetegn*.
- Kravene til omfang, varighet og intensitet i bruk må settes ut fra graden av distinktivitet. Enkelte ganger vil derfor en viss bruk kunne være tilstrekkelig til at et merke kan godtas til registrering på grunnlag av varemerkeloven § 14 tredje ledd. Skulle Klagenemnda mot formodning anse merket for å være uten iboende særpreg, bør det anses for å ligge tett oppunder minimumsterskelen for særpreg. Som en følge av den virkningen av bruk som dokumentasjonen viser, bør merket under enhver omstendighet anses som tilstrekkelig særpreget.
- Det foreligger ikke et friholdelsesbehov for den konkrete utformingen. Andre aktører kan bruke andre varianter av merker som spiller på assosiasjoner til en telefon.
- Det søkte merket har etter dette særpreg, både iboende og tilslitt.
- Klager er av den oppfatning at Klagenemndas vurderinger i sak 17/00207, får tilsvarende anvendelse på nærværende merke.
- Merket er ansett registrerbart i EU og en rekke andre jurisdiksjoner, noe som fremkommer av oversikten inntatt i bilag 17.
- På denne bakgrunn anmodes Klagenemnda om å oppheve Patentstyrets avgjørelse, og godta merket til registrering.

7 Klagenemnda skal uttale:

8 Klagenemnda er kommet til samme resultat som Patentstyret.

9 Det aktuelle varemerket er et figurmerke slik det er gjengitt i avsnitt 2.

10 I vurderingen av om merket skal kunne registreres som et varemerke, må de alminnelige registreringsvilkårene etter varemerkeloven § 14 være oppfylt. I henhold til varemerkeloven § 14 andre ledd bokstav a, kan et varemerke ikke registreres dersom det utelukkende eller bare med uvesentlige endringer eller tillegg består av en angivelse som angir egenskaper ved varene. I tillegg må merket oppfylle kravet til særpreg, jf. vilkåret i varemerkeloven § 14 første ledd.

11 Høyesterett har uttalt i HR-2001-1049 GOD MORGON at ved tolkningen av varemerkeloven § 14 første og andre ledd skal det legges vekt på varemerkedirektivets (2008/95) ordlyd og formål, og på praksis fra EU-organene knyttet til direktivet, og til de tilsvarende bestemmelsene i varemerkeforordningen (207/2009). Dette er fulgt opp i HR-2016-1993-A PANGEA AS og HR-2016-2239-A ROUTE 66.

12 Det følger av fortalen til varemerkedirektivet punkt 11, at formålet med den rettsbeskyttelse som oppnås ved registrering av varemerker, bl.a. er å sikre varemerkets funksjon som en angivelse av varenes kommersielle opprinnelse. EU-domstolen har lagt særlig vekt på at varemerker skal være garantier for de merkede varers kommersielle opprinnelse overfor forbrukerne (garantifunksjonen), slik at forbrukerne, uten fare for forveksling, kan oppfatte forskjeller mellom varer fra forskjellige næringsdrivende, jf. EU-domstolens avgjørelser i sakene C-39/97 Canon og C-299/99 Philips/Remington.

13 Spørsmålet om et varemerke mangler særpreg eller er beskrivende, skal vurderes i relasjon til de varer eller tjenester merket er søkt registrert for, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-273/05 P Celltech, og i betraktning av hvordan gjennomsnittsforbrukeren av disse varer eller tjenester vil oppfatte merket.

14 Gjennomsnittsforbrukeren for de aktuelle varene og tjenestene i klasse 9, 35, 36, 38, 42 og 45, vil både være private sluttbrukere og næringsdrivende. Gjennomsnittsforbrukeren skal anses å være alminnelig opplyst, rimelig oppmerksom og velinformert, jf. sak C-210/96 Gut Springenheide.

15 Det aktuelle figurmerket består av et stilisert telefonrør, i hvitt, mot en lysegrønn bakgrunn, som er plassert i midten av en sirkelformet snakkeboble, i hvitt. Gjengivelsen av snakkeboblen utgjør merkets kantlinje.

16 Varene og tjenestene i det søkte merket omfatter eksempelvis ulike typer programvare i klasse 9, telekommunikasjonstjenester i klasse 38, datatjenester i klasse 42, og sikkerhetstjenester i tilknytning til telekommunikasjon i klasse 45. Merket er også søkt for annonse- og reklamerelaterte tjenester i klasse 35 og finansielle tjenester i klasse 36.

- 17 Klagenemnda skal bemerke at bruk av enkle gjengivelser av et telefonrør, mot en kontrasterende bakgrunn, lenge har vært vanlig å bruke som et informasjonsikon som signaliserer hvor man kan finne en telefon. Etter utviklingen av moderne telekommunikasjonsteknologi, har slike ikoner også blitt vanlige å bruke for å signalisere hvor man kan finne relevant kontaktinformasjon til en bedrift eller en organisasjon på dennes nettside, i form av telefonnummer, chat, e-post mv. Bruk av enkle gjengivelser av en snakkeboble er også vanlig brukt i tilknytning til telekommunikasjonsrelaterte varer og tjenester.
- 18 På denne bakgrunn er Klagenemnda av den oppfatning at det søkte merket fremstår som en ordinær gjengivelse av et telefonrør og en snakkeboble i kombinasjon, som samlet sett kun vil oppfattes som et informasjonssymbol som indikerer hvor man finner relevant kontaktinformasjon til eksempelvis et reklamebyrå i klasse 35, en bank i klasse 36, og et telekommunikasjonsselskap i klasse 38. I tilknytning til varer og tjenester som «programvare for sending og mottak av elektroniske meldinger, grafikk, bilder, lyd og audio-visuelt innhold via globale kommunikasjonsnettverk» i klasse 9, og «tilveiebringelse, hosting, styring, utvikling og vedlikehold av applikasjoner, programvare, nettsteder og databaser i områdene trådløs kommunikasjon, mobil informasjonstilgang, og fjernstyring av data for trådløs levering til håndholdte datamaskiner, bærbare datamaskiner og mobile elektroniske enheter» i klasse 42, vil figurmerket kun oppfattes som informasjon om at brukeren kan kommunisere via internett, eksempelvis ved en chat eller en telefonsamtale.
- 19 Klagenemnda finner dermed at det ikke er noe ved merket som gjennomsnittsforbrukeren vil kunne feste seg ved som en indikasjon på kommersiell opprinnelse. Verken telefonsymbolet, snakkeboblen eller merkets fargebruk, utgjør noen iøynefallende elementer i merket hver for seg, eller samlet. Klagenemnda kan dermed ikke se at merkets innslag av et telefonrør mot en grønn bakgrunn, omringet av en snakkeboble, tilfører merket det minimum av særpreg som kreves for at merket skal kunne registreres. På denne bakgrunn anses heller ikke Klagenemndas sak VM 17/00207 som sammenlignbar med foreliggende merke.
- 20 Klager har videre anført at merket har ervervet særpreg gjennom bruk, jf. varemerkeloven § 14 tredje ledd, og Klagenemnda skal ta stilling til om registrering kan oppnås på dette grunnlag.
- 21 Av forarbeidene til § 14 tredje ledd, Ot.prp.nr.98 (2008–2009) s. 50, fremgår det at bestemmelsen

«(...) klargjør at et varemerke kan utvikle det nødvendige særpreg gjennom bruk, selv om det opprinnelig ikke har noen iboende distinktiv evne. Det er ikke bruken i seg selv, men virkningen den har hatt i den relevante omsetningskretsen, som er avgjørende. Det må foretas en samlet vurdering av om bruken har medført at merket har blitt egnet til å identifisere at den aktuelle varen eller tjenesten har sin opprinnelse hos en bestemt virksomhet, jf. EF-domstolens dom i de forente sakene C-108/97 og C-109/97 Windsurfing Chiemsee 4. mai 1999.»

- 22 Til vurderingen av virkninger av bruk, vil Klagenemnda bemerke at det ikke er intensiteten av markedsføringen som i seg selv er avgjørende, men hvilken virkning bruken av merket har hatt overfor den relevante omsetningskretsen, jf. HR-2005-1905-A, Gule sider, avsnitt 54.
- 23 Klager må dokumentere virkningen av bruken av merket forut for prioritetsdagen fra EU, hva gjelder tjenestene i klasse 35 og 36, det vil si den 19. november 2015, og søknadsdagen i Norge for varene og tjenestene i klasse 9, 38, 42 og 45, det vil si den 19. mai 2016.
- 24 Når det gjelder den innsendte dokumentasjonen, vil Klagenemnda bemerke at denne som et utgangspunkt bør vise bruk av det søkte merket. I den delen av dokumentasjonen hvor det aktuelle figurmerket fremgår, vises merket i kombinasjon med tekstelementet WhatsApp. Det er også som tekstelementet WhatsApp merket omtales i mediaomtalen som gjengis i dokumentasjonen, og på Wikipedia. At merket som vist i dokumentasjonen ikke samsvarer med merket slik det er søkt, svekker bevisverdien av den innsendte dokumentasjonen.
- 25 Den innsendte dokumentasjonen viser at WhatsApp globalt er en mye brukt kommunikasjonsapp eller «snakkeapp». Dette understøttes av at klagers selskap, WhatsApp Inc, ble kjøpt opp av Facebook for 19 milliarder dollar i 2014, og at WhatsApp hadde over 500 millioner aktive brukere per april 2014, hvor 700 millioner bilder og 100 millioner videoer ble delt via tjenesten hver dag. I tillegg til dette ble det sendt 10 milliarder meldinger via tjenesten daglig i denne perioden. Appen var også den nest mest brukte «snakkeappen» i Norge per februar 2014, ifølge statistikk fra Apples norske App Store, som er inntatt i artikkelen fra Klikk.no i bilag 8. Dette gir etter Klagenemndas syn en indikasjon på at appen også var mye brukt i Norge forut for prioritets- og søknadsdagen.
- 26 Selv om dokumentasjonen viser at klager er en stor aktør innen telekommunikasjon, og da særlig internasjonalt, er dokumentasjonen lite egnet til å vise at den norske gjennomsnittsforbrukeren har blitt eksponert for figurmerket uten tilknytning til tekstelementet WhatsApp. I lys av figurmerkets enkle utforming og informative budskap, er det derfor tekstelementet WhatsApp som gjennomsnittsforbrukeren vil feste seg ved og omtale merket som, når hun eller han møter merket slik det fremgår av dokumentasjonen. Den innsendte dokumentasjonen evner således ikke å vise en slik virkning av bruk som gjør at omsetningskretsen i Norge oppfatter det aktuelle figurmerket, uten tekstelementet WhatsApp, som noens særlige kjennetegn for de aktuelle tjenestene i klasse 35 og 36 på prioritetsdagen, eller for de aktuelle varene og tjenestene i klasse 9, 38, 42 og 45 på søknadsdagen, jf. varemerkeloven § 14 tredje ledd.
- 27 Gjennomsnittsforbrukeren vil etter dette ikke være i stand til å utlede en bestemt kommersiell oppfinnelse fra figurmerket. Merket som helhet oppfyller ikke garanti-funksjonen, jf. varemerkeloven § 14 første ledd andre punktum.
- 28 Til klagers anførsel om at merket er registrert i andre jurisdiksjoner, og betydningen av dette, bemerker Klagenemnda at registreringene som klager viser til ikke får avgjørende betydning i denne saken. Registrerbarhetsvurderingen i Norge må ta utgangspunkt i hvordan den

norske gjennomsnittsforbrukeren oppfatter merket, og for denne fremstår merket som uten særpreg, jf. vurderingen ovenfor.

- 29 På denne bakgrunn er Klagenemnda kommet til at merket må nektes registrert, jf. varemerkeloven § 14 første ledd, jf. tredje ledd andre punktum.

Det avsies slik

Slutning

1 Klagen forkastes.

Lill Anita Grimstad
(sign.)

Kari Anne Lang-Ree
(sign.)

Kaja von Hedenberg
(sign.)