



---

# KFIR

Klagenemnda for industrielle rettigheter

## **AVGJØRELSE**

---

Sak: 24/00005  
Dato: 21.mars 2024

---

Klager: Orkla Confectionery & Snacks Norge AS  
Representert ved: Onsagers AS

---

Klagenemnda for industrielle rettigheter sammensatt av følgende utvalg:

Sarah Wennberg Svendsen, Amund Grimstad og Margrethe Lunde

har kommet fram til følgende

---

## AVGJØRELSE

### 1 Kort fremstilling av saken:

- 2 Saken gjelder klage over Patentstyrets avgjørelse av 21. november 2023, hvor følgende fargemerke, med beskrivelsen «Blåfarge: Pantone 2144 C», og søknadsnummer 202113426, ble nektet registrert:



Varefortegnelsen omfatter følgende varer:

Klasse 30: Sjokolade.

- 3 Varemerket ble nektet registrering fordi det ble ansett å mangle det nødvendige særpreg, jf. varemerkeloven § 14 første ledd andre punktum.
- 4 Klage kom inn den 28. desember 2023. Patentstyret har vurdert klagen og ikke funnet det klart at den vil føre frem. Klagen ble deretter oversendt Klagenemnda for videre behandling den 19. januar 2024, jf. varemerkeloven § 51 andre ledd.

### 5 Grunnene for Patentstyrets vedtak er oppsummert som følger:

- Patentstyret har kommet til at merket mangler særpreg for de aktuelle varene, jf. varemerkeloven § 14 første ledd andre punktum.
- Det søkte merket er en vanlig brukt farge innenfor den aktuelle varekategorien. Merket vil oppfattes som et dekorativt element og ikke som en angivelse av kommersiell opprinnelse. Det foreligger et stort friholdelsesbehov i markedet for fargen blå for sjokolade. Andre næringsdrivende kan ha behov for å bruke ulike nyanser av fargen blå i sin markedsføring eller på annen måte, uten at det medfører et varemerkeinngrep.
- Patentstyret har, etter en samlet vurdering av dokumentasjonen, kommet til at det ikke er sannsynliggjort at bruken av merket har fått slik virkning at fargen oppfattes som noens særlige kjennetegn, jf. varemerkeloven § 14 trede ledd og § 3 tredje ledd.

- Det har vært en bred markedsføring av sjokoladen. Omsetningskretsen har fått se teksten Stratos, teksten Nidar, den blå bakgrunnen og den blå kua. Teksten Stratos er særpreget, sentralt plassert, og stor i størrelse. Det er dette merkeelementet som fremstår som selve varemerket. Blåfargen på produktemballasjen fremstår som et rent dekorativt element uten at det knyttes noen kjennetegnfunksjon til den. Eksempelene på at blåfargen har vært markedsført uten andre kjennetegnselementer, er i hovedsak enkeltbilder hentet fra søkers reklamefilmer. Siden enkeltbildene er tatt ut av sin kontekst, er det vanskelig å vurdere hvilket budskap forbrukeren sitter igjen med.
- Undersøkelsene sier noe om hvor mange som forbinder blåfargen med en bestemt produsent, men dette gir ikke med sikkerhet svar på om blåfargen oppfattes som et varemerke («noens særlige kjennetegn»).
- Det er usikkert om undersøkelsen viser at en betydelig del av omsetningskretsen har kjennskap til merket som et varemerke. Undersøkelsen viser at 72 % svarer at de knytter fargenyansen til kun én spesifikk aktør. Patentstyret viser til Høyesteretts avgjørelse i Rt-2005-1601 GULE SIDER, som gjaldt en spesialisert omsetningskrets og hvor 90 % av respondentene svarte at de forbant GULE SIDER med en aktør. Retten anså dette som en betydelig del av omsetningskretsen, men var fortsatt i tvil om det var sannsynliggjort at merket var innarbeidet som et varemerke. Selv om 72 % er en forholdsvis stor andel, må svarene fra markedsundersøkelsen inngå i den samlede helhetsvurderingen av dokumentasjonen i saken.
- Den øvrige dokumentasjonen viser at omsetningskretsen har blitt eksponert for det søkte merket sammen med andre særegne kjennetegn, som for eksempel Stratos og den blå kua. Det er ikke dokumentert at sjokoladen blir omtalt som noe annet enn «Stratos». Gjennomsnittsfbrukeren er ikke vant til å utlede varenes kommersielle opprinnelse fra en farge brukt på emballasje. Også andre aktører benytter blå som emballasjefarge for sjokolade. Andelen på 72 % som knytter fargen til kun én spesifikk aktør, sannsynliggjør ikke at en betydelig del av omsetningskretsen oppfatter det søkte merket som noens særlige kjennetegn. Patentstyret finner det ikke godgjort at bruken av blåfargen i sammenheng med «Stratos», «Nidar» og «den blå kua», har hatt den virkningen at fargen i seg selv anses som noens særskilte kjennetegn.

## **6 Klager har for Klagenemnda i korte trekk gjort gjeldende:**

- Klager anfører at varemerket er brukt og innarbeidet på slik måte at det er «godt kjent som noens særlige kjennetegn» for «sjokolade», subsidiært for produktkategorien «porøs sjokolade», jf. varemerkeloven § 3 tredje ledd, jf. 14 tredje ledd andre punktum, jf. første ledd.
- Saken gjelder én spesifikk nyanse av blå, ikke fargen blå generelt. Den søkte nyansen er ikke beskrivende eller generisk innenfor sjokolade-segmentet, noe som påvirker

terskelen for innarbeidelse. Saken skiller seg fra den i HR-2017-2356-A Lilla, hvor den aktuelle fargen hadde en deskriptiv karakter. Saken er derimot sammenlignbar med avgjørelsen fra EUIPOs Board of Appeal i sak R 200/2017-4.

- Stratos har gjennom flere tiår vært blant Norges mest solgte sjokolader. I perioden 2000–2022 har det blitt solgt Stratos-produkter for nesten 4,4 milliarder kroner. Markedsandelen i det totale sjokolademarkedet har ligget stabilt rundt 5 % i over 20 år, mens markedsandelen i sjokoladeplate-segmentet i gjennomsnitt har vært over 10 % i samme periode. Tatt i betraktning det store antallet produkter som finnes i kategorien sjokolade, er klagers markedsandeler imponerende høye, og vitner om en stor kommersiell suksess. Slik suksess viser at gjennomsnittsforbrukeren jevnlig og bredt har blitt eksponert for den søkte blåfargenyansen som et varemerke.
- Blåfargen har vært en viktig del av markedsføringen av Stratos siden 1937. Siden 2012 har fargebruken vært konsekvent i den søkte blånyansen. Eksempler på markedsføring gjennom tidene viser blant annet at Stratos markedsføres som «Den porøse, blå melkesjokoladen», og at en blå ku er brukt i markedsføringen. Klager har hatt betydelige markedsføringskostnader i perioden mellom 2010 og 2021, hvorav en stor del gikk til reklamer vist på landsdekkende kanaler, strømmetjenester, kino og på nett. At merket er brukt sammen med andre kjennetegn, slik som varemerket Stratos, er ikke til hinder for at merket kan oppnå særpreg gjennom bruk, jf. C-353/03 Have a Break (Have a Kit Kat). Dokumentasjonen viser at blåfargen har vært et sentralt element hele 85 år, og at den konsekvente og helhetlige bruken av blåfargen er et resultat av en bevisst markedsføring og profilering av sjokoladen som den blå melkesjokoladen.
- Den fremlagte markedsundersøkelsen fra 2021 viser meget sterk innarbeidelse av den aktuelle fargenyansen av blå for sjokolade som et særlig kjennetegn for klager. På spørsmålet om merket oppfattes som noens særlige kjennetegn svarer hele 72 % av respondentene at de knytter fargenyansen til én spesifikk aktør. Videre svarer 66 % av respondentene enten Stratos, Nidar eller Orkla på spørsmål om navn på produsenten, uten forhåndsgitte alternativer. Dette må anses som et ekstraordinært høye tall, som bekrefter at omsetningskretsen oppfatter det søkte merket som et særlig kjennetegn. Klager mener Patentstyret har lagt til grunn en urealistisk og alt for høy terskel, som i realiteten stenger for muligheten til innarbeidelse av fargemerker.

## **7 Klagenemnda skal uttale:**

## **8 Klagenemnda er kommet til samme resultat som Patentstyret.**

- 9 Saken gjelder spørsmålet om fargemerket gjengitt over i avsnitt 2 oppfyller registreringsvilkårene i varemerkeloven.

- 10 Klager anfører prinsipielt at merket må registreres for den opprinnelige vareangivelsen «sjokolade», og subsidiært at merket må registreres for den begrensede angivelsen «porøs sjokolade». Klagenemnda har bedt klager om å bestemme seg for hvilken varefortegnelse som skal legges til grunn i klagebehandlingen. Hvis et nasjonalt varemerke anses uregistrerbart for enkelte varer, og søker ikke har begrenset varefortegnelsen eller avdelt søknaden, skal søknaden avslås i sin helhet, jf. varemerkeforskriften § 12 a. En begrensning må gjøres på en bindende måte, se til dette Lunde, *Karnov lovkommentar til varemerkeloven* i Lovdata Pro (2022), § 13 note 3, hentet 14. mars 2024. Subsidiære påstander i klagen fremstår som en omgåelse av forskriftsbestemmelsen. Klager valgte imidlertid å opprettholde både den prinsipale og den subsidiære påstanden. Siden varefortegnelsen ikke er begrenset på en bindende måte til «porøs sjokolade», forholder Klagenemnda seg til varefortegnelsen i den opprinnelig inngitte søknaden, altså «sjokolade».
- 11 Et varemerke kan bare registreres dersom det har særpreg for de varer som det gjelder, jf. varemerkeloven § 14 første ledd. Videre kan et merke ikke registreres dersom det utelukkende eller bare med uvesentlige endringer eller tillegg angir egenskaper ved varene, jf. varemerkeloven § 14 andre ledd bokstav a.
- 12 Norsk varemerkerett er i stor grad harmonisert med EU-retten gjennom EØS-avtalen, og registreringsvilkårene i varemerkeloven § 14 må tolkes i samsvar med varemerkedirektivets ((EU) 2015/2436) ordlyd og formål. Ved tolkningen av varemerkeloven er derfor praksis fra EU-domstolen rundt forståelsen av direktivet en «helt sentral rettskilde», jf. HR-2021-2480- A STORTORVETS GJÆSTGIVERI. EU-domstolens rettspraksis knyttet til tolkningen av varemerkeforordningens tilsvarende bestemmelser veier også tungt i vurderingen, jf. HR-2016-1993-A PANGEA AS og HR-2016-2239-A ROUTE 66.
- 13 Ved tolkningen av varemerkeloven § 14 første og andre ledd skal det legges vekt på varemerkedirektivets ((EU) 2015/2436) ordlyd og formål, praksis fra EU-organene knyttet til direktivet, og de tilsvarende bestemmelsene i varemerkeforordningen (2017/1001). Høyesterett har uttalt dette i HR-2001-1049 GOD MORGON, og i senere avgjørelser HR-2016-1993-A PANGEA AS og HR-2016-2239-A ROUTE 66.
- 14 Det følger av fortalen til varemerkedirektivet punkt 16, at formålet med den rettsbeskyttelse som oppnås ved registrering av varemerker, særlig er å sikre varemerkets garantifunksjon. Et varemerke skal fungere som garanti for kommersiell opprinnelse, 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 avsnitt 28 og C-299/99 Philips/Remington avsnitt 30.
- 15 Problemstillingen i denne saken er om det aktuelle fargemerket har særpreg for «sjokolade» i klasse 30.

- 16 Spørsmålet om et varemerke mangler særpreg skal vurderes i relasjon til de varer eller tjenester merket er søkt registrert for, og utfra gjennomsnittsforbrukerens oppfattelse av merket, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-273/05 P Celltech. Gjennomsnittsforbrukeren for sjokolade i klasse 30 kan både være en privat sluttbruker og en profesjonell næringsdrivende. Omsetningskretsen for en slik dagligvare er svært vid. Gjennomsnittsforbrukeren skal anses å være alminnelig opplyst, rimelig oppmerksom og velinformert, jf. sak C-210/96 Gut Springenheide.
- 17 For å ha særpreg, må merket være «egnet til å skille en virksomhets varer eller tjenester fra andres», jf. varemerkeloven § 2 første ledd. I dette ligger det at merket «må ha evne til å tiltrekke seg en viss oppmerksomhet, og være av en slik art at det er egnet til å feste seg i erindringen til dem som møter merket i handelen», jf. HR-2021-2480-A STORTORVETS GJÆSTGIVERI avsnitt 34.
- 18 Selv om kravet til særpreg i utgangspunktet er likt for alle merker, er fargemerker en kategori som ofte vil ha vanskeligere for å oppfylle kravet enn eksempel figurative merker eller ordmerker. Dette henger sammen med at gjennomsnittsforbrukeren ikke er vant til å utlede en vares opprinnelse fra fargen på emballasje eller fargen på selve varen, uten figur- eller ordelementer, jf. EU-domstolens grunnleggende dom om fargemerkers registrerbarhet i sak C-104/01 Libertel, jf. dommens avsnitt 65. EU-domstolen legger til grunn at særpreg uten innarbeidelse for rene fargemerker er «inconceivable save in exceptional circumstances», se dommens avsnitt 66. EU-domstolen nevner at slike spesielle omstendigheter kan foreligge hvis varefortegnelsen omfatter et meget begrenset antall varer og det relevante markedet er svært spesifikt.
- 19 Som ledd i begrunnelsen for en restriktiv holdning til fargemerker, peker EU-domstolen særlig på friholdelsesbehovet, jf. avsnitt 54:

«As regards the registration as trade marks of colours *per se*, not spatially delimited, the fact that the number of colours actually available is limited means that a small number of trade mark registrations for certain services or goods could exhaust the entire range of the colours available. Such an extensive monopoly would be incompatible with a system of undistorted competition, in particular because it could have the effect of creating an unjustified competitive advantage for a single trader. Nor would it be conducive to economic development or the fostering of the spirit of enterprise for established traders to be able to register the entire range of colours that is in fact available for their own benefit, to the detriment of new traders.»

I tillegg til at det finnes relativt få farger som næringsdrivende kan benytte i sin kommersielle kommunikasjon, i alle fall sammenlignet med ordkombinasjoner eller figurer, vil gjennomsnittsforbrukeren normalt ha problemer med å skille fargenyanser fra hverandre i en alminnelig omsetningssituasjon. Bruk av nærliggende fargenyanser vil derfor ofte medføre fare for forveksling. Selv om det finnes flere fargenyanser, ville fargespekteret dermed raskt bli oppbrukt om man godtok fargeregistreringer «over en lav sko», jf. Lassen og Stenvik, *Kjennetegnsrett*, 3. utgave, 2011 på side 116.

20 Klagers anførsler går ut på at det søkte fargemerket har oppnådd særpreg for varene gjennom bruk, jf. varemerkeloven § 14 tredje ledd. Klager har ikke anført at det søkte fargemerket har iboende særpreg. Siden graden av iboende distinktiv evne kan ha betydning for hvor lett eller vanskelig et merke er å innarbeide, vil Klagenemnda likevel bemerke at det ikke foreligger slike særskilte omstendigheter som kan føre til at fargemerket har iboende særpreg i denne konkrete saken, jf. avsnitt 18 ovenfor. Markedet for sjokolade er ikke spesifikt; sjokolade er en rimelig dagligvare som hele befolkningen, i alle aldre, kan kjøpe.

21 Ved vurderingen av særpreg skal det tas hensyn til virkninger av bruk av merket forut for søknadsdagen, jf. varemerkeloven § 14 tredje ledd. Av Ot.prp.nr.98 (2008–2009) side 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.»

Det er ikke tvilsomt at disse utgangspunktene også gjelder for rene fargemerker, se EU-domstolens uttalelser iblant annet Libertel avsnitt 67 og C-49/02 Heidelberger Bauchemie avsnitt 39.

22 Spørsmålet er dermed om bruken av blåfargen Pantone 2144 C har medført at merket er egnet til å identifisere at de aktuelle varene har sin opprinnelse hos en bestemt virksomhet.

23 Terskelen for når et merke kan sies å ha utviklet særpreg gjennom bruk er relativ, og avhenger av sakens konkrete omstendigheter, jf. for eksempel HR-2005-1905-A GULE SIDER avsnitt 45–46. Blant annet vil merkets iboende særpreg ha betydning for vurderingen. Som Lassen og Stenvik formulerer det i *Kjennetegnssrett* på side 247: «Mangler merket distinktivitet, må det ikke bare kjempe for å bli *godt kjent som noens varemerke* – det må først kjempe for overhodet å bli *oppfattet som varemerke*.»

24 Merket i saken mangler som nevnt iboende særpreg for «sjokolade», jf. over i avsnitt 20. Ettersom denne typen varer alltid markedsføres i en innpakning, er det særlig bruk av fargen på varens emballasje som er relevant i denne saken, noe klagers dokumentasjon også underbygger. Slik emballasje vil normalt bestå av både farger, tekst og figurelementer. Etter Klagenemndas syn er gjennomsnittsfbrukeren vant til å oppfatte farger på emballasje som dekorative, og som et blikkfang i butikkhyllen, og ikke som en angivelse av kommersiell opprinnelse. Derfor vil farger ha begrenset evne til å bli oppfattet som et varemerke når de brukes på emballasjen til slike innpakkede dagligvarer. Klagenemnda viser også til at EU-domstolen legger til grunn at fargemerker generelt har

«little inherent capacity for communicating specific information, especially since they are commonly and widely used, because of their appeal, in order to advertise and market goods or services, without any specific message», jf. Heidelberger Bauchemie avsnitt 38. Dette tilsier at det i utgangspunktet skal svært mye til før merket i saken kan sies å ha slitt seg til særpreg gjennom bruk.

- 25 Friholdelsesbehovet for fargemerker er generelt større enn det er for ordmerker eller figurmerker, fordi det rent faktisk finnes et begrenset antall farger, jf. over i avsnitt 19. Klagenemnda finner at friholdelsesbehovet gjør seg gjeldende med særlig styrke i denne konkrete saken og vil nedenfor peke på tre årsaker til dette.
- 26 For det første er det et større behov for friholdelse av en enkeltfarge, enn for en kombinasjon av farger. Dette fordi det finnes et begrenset antall enkeltfarger, i hvert fall som det menneskelige øyet er i stand til å skille fra hverandre. Kombinasjoner av enkeltfarger finnes i langt større omfang.
- 27 For det andre er friholdelsesbehovet større for en primærfarge, enn for mer spesielle fargenyanser og blandinger av primærfarger. Primærfargene er rød, blå og gul. Disse kan blandes for å få andre farger, som for eksempel grønn og lilla. Søk på internett viser at den aktuelle nyansen gjerne blir omtalt som «mellomblå» eller «himmelblå». Etter Klagenemndas syn må dette betraktes som en svært vanlig farge. I denne sammenheng viser Klagenemnda til at EU-retten nylig har uttalt at himmelblå («sky blue») er en enkel og vanlig farge, se sak T-621/21 Lemken GmbH & Co. KG (shade of sky blue) avsnitt 60. Det er et generelt friholdelsesbehov for fargen, uavhengig av vareslaget.
- 28 For det tredje er Klagenemnda av den oppfatning friholdelsesbehovet er mer fremtredende for varer som markedsføres mot allmennheten, og som skal fremstå som attraktive og dekorative i en butikkhylle, enn for spesialiserte varer der utformingen hovedsakelig har andre funksjoner enn å fremstå som tiltalende. Slik Lassen og Stenvik fastslår på side 117, «vil det nok bare være helt spesielle farger for varer som retter seg utelukkende mot en spesiell, sakkyndig omsetningskrets, som kan anses egnet til å fylle oppgaven som særlig kjennetegn for én næringsdrivende. På samme side nevner forfatterne kirurgiske operasjonsinstrumenter i en kraftig nyanse av lilla, som et eksempel hvor «forholdene ligger best til rette for fargeregistreringer». I de få begrunnede avgjørelsene fra europeisk praksis hvor fargemerker har blitt registrert på grunnlag av innarbeidelse, har det gjerne dreid seg om spesialiserte varer, se EU-rettens avgjørelse i T-137/08 Deere & Company (combination of green and yellow) og avgjørelsen fra EUIPOs Board of Appeal i sak R 200/2017-4 (combination of grey and orange) avsnitt 78–80, som gjaldt henholdsvis traktorer og motorsager. Det kan også nevnes at kombinasjonen av rødt og hvitt i stripemønster har blitt ansett særpregget for isolasjonsmaterialer i klasse 17, se Klagenemndas avgjørelse i sak VM 13/102.
- 29 I denne saken dreier det seg om en primærfarge søkt registrert for sjokolade, som er en forbruksvare med en svært vid omsetningskrets. Andre aktører som selger sjokolade, vil også ha behov for å bruke emballasje som fremstår som tiltalende og synlig i butikkhyllen.



Den aktuelle fargen i denne saken er ikke et uvanlig eller oppsiktsvekkende fargevalg for sjokoladeinnpakning.

- 30 I tillegg til at mellomblå nyanser allerede er i bruk av flere aktører i bransjen, vil det foreligge et fremtidig friholdelsesbehov i markedet. Klagenemnda bemerker også at rettigheten til et slikt varemerke, dersom det tillates registrert, kan fornyes hos Patentstyret gang på gang, slik at eneretten i praksis er evigvarende. Det å belegge en vanlig mellomblå fargenyanse med enerett i sjokolademarkedet fremstår som en omfattende markedsbegrensning. Etter Klagenemndas vurdering er det dermed et eksepsjonelt stort friholdelsesbehov i den konkrete saken, noe som gjør det svært vanskelig å innarbeide fargen som en angivelse av kommersiell opprinnelse. Det må tas stilling til om klager til tross for dette har lykkes med å lære opp omsetningskretsen til å oppfatte den aktuelle blåfargen som én aktørs varemerke for sjokolade.
- 31 I vurderingen er det relevant å se hen til salgstall og markedsandeler for varer og tjenester solgt under merket, og hvordan merket er markedsført, herunder markedsføringens varighet, intensitet og geografiske spredning. Størrelsen på merkehavers investeringer i markedsføring av merket har også betydning, jf. de forente sakene C-108/97 og C-109/97 Chiemsee avsnitt 51.
- 32 Klager har dokumentert utstrakt bruk av blå farge siden lanseringen av Stratos-sjokoladen i 1936. Siden 2012 har den aktuelle blånyansen vært brukt konsekvent for Stratos-produktenes emballasje og i annen markedsføring. Dokumentasjonen viser høye salgstall og markedsandeler. Klager har blant annet godtgjort at Stratos-produkter i perioden 2000–2022 hadde en gjennomsnittlig markedsandel på 5,51 % av det totale sjokolademarkedet. I kategorien «sjokoladeplater» lå denne markedsandelen på 10,75 %. For en så bred varekategori som «sjokolade» fremstår dette som betydelige andeler. Klager har også opplyst om markedsføringskostnader på rundt 196 millioner kroner i perioden 2010–2021. Det er vist mange eksempler på markedsføring i ulike kanaler hvor den aktuelle blåfargen er brukt, blant annet som bakgrunnsfarge i reklamekampanjer. Samlet sett finner Klagenemnda det bevist at Stratos-produktene har vært gjenstand for langvarig og omfattende markedsføring i hele Norge, og at blåfargen gjennomgående har vært benyttet i denne markedsføringen.
- 33 Klagenemnda bemerker at det er *virksomheten* av denne markedsføringen som er avgjørende for om merket er innarbeidet som et varemerke, jf. GULE SIDER avsnitt 54. I den sammenheng har det betydning at blåfargen ikke er brukt alene i det fremlagte markedsføringsmaterialet. Selv om et merke kan oppnå særpreg gjennom bruk også der det er benyttet sammen med andre kjennetegn, jf. C-353/03 Have a Break (Have a Kit Kat) avsnitt 32, må det dokumenteres at en betydelig del av omsetningskretsen identifiserer varens kommersielle opprinnelse på bakgrunn av fargen alene, uavhengig av øvrige elementer. Se til dette EU-domstolens uttalelser i sak C-215/15 Société de Produits Nestlé SA v. Cadbury UK Ltd. avsnitt 67. Blåfargen brukes gjennomgående sammen med andre elementer som gjennomsnittsforbrukeren i større grad har til vane å oppfatte som

kommersielle kjennetegn, for eksempel teksten Stratos og en figurativ blå ku. Dette skaper usikkerhet rundt hvilken virkning markedsføringen har hatt for oppfattelsen av selve blåfargen som et kjennetegn. Det kan like godt være at blåfargen oppfattes som en bakgrunnsfarge, slik at den primært tjener estetiske formål. Klagenemnda bemerker også at dokumentasjonen viser bruk av merket for porøs sjokolade og ofte i kombinasjon med elementer som spiller på luftighet, slik som luftbobler på emballasjen, slagordet «bobler av glede» og navnet Stratos, som for noen vil kobles til stratosfæren. Mellomblå fargenyanser er ofte brukt for å illustrere himmel og luft. I denne konteksten kan blåfargen, i tillegg til å være dekorativ, sies å underbygge varens luftighet.

- 34 For å dokumentere omsetningskretsens oppfattelse av selve blåfargen, har klager fremlagt en markedsundersøkelse. Slike markedsundersøkelser kan etter forholdene tillegges stor vekt, men det beror på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet, jf. HR-2017-2356-A Lilla avsnitt 80. Markedsundersøkelsen i denne saken er utarbeidet i samsvar med en «tretrinnsmetode» som benyttes i flere land, og som tidligere har fått anerkjennelse av både EUIPO og Klagenemnda, se blant annet Klagenemndas tidligere avgjørelse i VM 19/00009 SKYR ORIGINAL ISLANDSK YOGHURT avsnitt 38. Undersøkelsen er utført i et representativt utvalg av befolkningen og det er stilt åpne spørsmål som ikke er ledende. Det essensielle spørsmålet lød slik: «Velg den meningen du er mest enig i: I forbindelse med sjokolade knytter jeg denne fargenyansen til kun én spesifikk produsent/I forbindelse med sjokolade knytter jeg ikke denne fargenyansen til noen spesifikk produsent/Det har jeg ingen mening om». Undersøkelsen viser at 72 % av respondentene knytter fargenyansen til én spesifikk aktør. På spørsmål om navn på produsenten, uten forhåndsgitte alternativer, svarer 66 % av respondentene enten Stratos, Nidar eller Orkla. Rent tallmessig representerer dette høye tall.
- 35 Det markedsundersøkelsen må dokumentere, er imidlertid at gjennomsnittsforsbrukeren oppfatter blåfargen som et *varemerke* for sjokolade. I den forbindelse fremhever Klagenemnda uttalelsen til Høyesterett i Lilla avsnitt 95:

«...mens det normalt vil være en overkommelig oppgave å kartlegge faktisk kunnskap om bruken av merket, vil det kunne være vesentlig mer problematisk å avklare om den som har kunnskap om merkebruken og at merket kan knyttes til en leverandør, dermed også har oppfattet merket som et særlig kjennetegn».

I dommen konkluderte Høyesterett med at de aktuelle markedsundersøkelsene, som også fulgte den nevnte tretrinnsmetoden, sa noe om hvor mange som forbinder lilla inhalatorer med en bestemt leverandør, men at dette ikke ga grunnlag for å slutte at lillafargen oppfattes som et *varemerke*, se dommens avsnitt 98. Det konkrete saksforholdet dommen bygger på skiller seg riktignok fra denne saken, blant annet fordi det var etablert en praksis for fargekoding av de aktuelle varene. Selv om saksforholdet i denne saken er ulikt, viser dommen at det etter gjeldende rett er svært krevende å dokumentere innarbeidelse for fargemerker, selv der markedsundersøkelser etablerer en forbindelse mellom den aktuelle fargen og en bestemt aktør. I denne saken har respondentene bare svart på om de «knytter

fargenyansen til kun én spesifikk produsent». At en høy andel har svart bekreftende, betyr ikke nødvendigvis at fargen oppfattes som et kjennetegn for sjokolade. Respondentene kan like gjerne ha ment at de forbinder blåfargen med innpakningen eller bakgrunnsfargen til en bestemt aktør.

- 36 Klager har innsendt ytterligere dokumentasjon etter at klagen innkom. I henhold til Retningslinjer for klagebehandling i Klagenemnda for industrielle rettigheter § 3 skal klagen inneholde de bevis som Klagenemnda skal ta i betraktning ved vurderingen av klagen. Det gis normalt ikke fristforlengelser, det kan innvilges etter en konkret vurdering, jf. retningslinjene § 4 bokstav c. I dette tilfellet sendte klager over nye beviser etter at Klagenemnda hadde behandlet saken i utvalgsmøte. Dokumentasjonen må derfor avskjæres og vil ikke hensyntas.
- 37 Samlet sett har Klagenemnda kommet til at innarbeidelsesdokumentasjonen er svært god, men at den likevel ikke er tilstrekkelig til å godtgjøre at merket har oppnådd særpreg som kjennetegn. I vurderingen legger Klagenemnda avgjørende vekt på at friholdelsesbehovet er særlig stort i denne saken, jf. betraktningene i avsnitt 25–30, og at dokumentasjonen derfor må være helt ekstraordinær før den kan godtgjøre at den aktuelle fargenyansen har slitt seg til særpreg. Klagenemnda viser til GULE SIDER avsnitt 48, hvor Høyesterett, riktignok i relasjon til et beskrivende ordmerke, uttaler at innarbeidelse fordrer at markedsføringen har vært så intens at merket har fått «en annen betydning enn som generisk betegnelse». Videre fremholder retten at «Hvis en slik situasjon inntreffer, vil friholdelsesbehovet ikke være til hinder for registrering». Uttalelsen har overføringsverdi til denne saken, selv om den ble avsagt i tilknytning til et beskrivende ordmerke. Hensynet til friholdelse gjør seg også gjeldende for fargemerker, og ikke minst for fargemerket i den aktuelle saken. Det må kreves at den aktuelle blåfargen har fått en ny primærbetydning som *varemerke* for sjokolade, fremfor å bli oppfattet kun som dekorativ emballasje. Klagenemnda finner at innarbeidelsesdokumentasjonen ikke er i stand til å godtgjøre at blåfargen har oppnådd en ny primærfunksjon som kommersielt kjennetegn, slik at den dekorative funksjonen kommer i bakgrunnen. Det er ikke godtgjort at fargen oppfattes som en kommersiell opprinnelse; det er vel så sannsynlig at den oppfattes slik at den tjener estetiske formål.
- 38 Klagenemndas konklusjon er at bruken av blåfargen Pantone 2144 C ikke har medført at merket er egnet til å identifisere at de aktuelle varene har sin opprinnelse hos en bestemt virksomhet. Merket har derfor ikke oppnådd særpreg gjennom bruk, jf. varemerkeloven § 14 tredje ledd.
- 39 På denne bakgrunn fastholder Klagenemnda avgjørelsen til Patentstyret. Merket kan ikke registreres for de aktuelle varene, jf. varemerkeloven § 14 første ledd andre punktum.

## **Det avsies slik**

## **Slutning**

Klagen forkastes.

Sarah Wennberg Svendsen  
(sign.)

Amund Grimstad  
(sign.)

Margrethe Lunde  
(sign.)