

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

15. marts 2006 *

I sag T-129/04,

Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG, Unterhaching (Tyskland), ved
avocats R. Kunz-Hallstein og H. Kunz-Hallstein,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 20. januar 2004 af
Andet Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked
(Varemærker og Design) (sag R 367/2003-2) vedrørende afslag på en ansøgning
om registrering som EF-varemærke af et tredimensionalt tegn med form af en flaske,

* Processprog: tysk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Pirrung, og dommerne A.W.H. Meij og I. Pelikánová,

justitssekretær: fuldmægtig C. Kristensen,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 1. april 2004,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 28. juli 2004,

under henvisning til Rettens skriftlige spørgsmål til parterne af 23. maj 2005,

og efter retsmødet den 12. juli 2005,

afsagt følgende

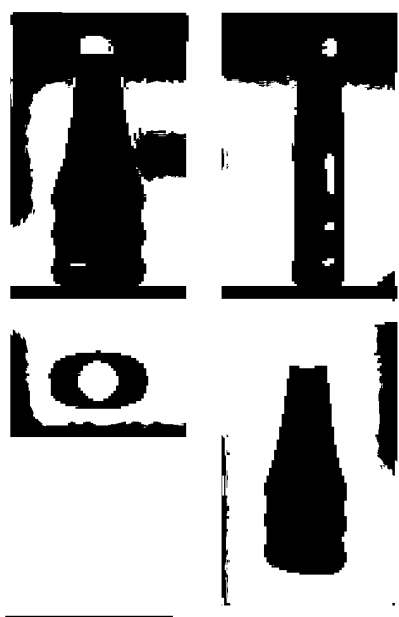
Dom

Sagens baggrund

- ¹ Den 14. februar 2002 indgav sagsøgeren en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter

»Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret, under påberåbelse af prioritet på grundlag af en oprindelig ansøgning indgivet i Tyskland den 16. august 2001.

- 2 Ansøgningen vedrørte registreringen af et tredimensionalt tegn, der har form af en flaske og er gengivet nedenfor (herefter »det ansøgte varemærke«):



- 3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 29, 30 og 32 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer

og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer i hver enkelt af disse klasser til følgende beskrivelse:

- klasse 29: »Peberfrugt, tomatkoncentrat, mælk og mejeriprodukter, yoghurt, fløde, spiselige olier og spisefedt«

- klasse 30: »Krydderier; smagsstoffer; sennep, sennepsprodukter; mayonnaise, mayonnaiseprodukter; eddike, herunder vineddike, produkter indeholdende eddike; drikke fremstillet med eddike; remoulader; relish; aromaer og essenser til ernæringsformål; citronsyre, æblesyre, vinsyre som aromaer til fremstilling af levnedsmidler; forarbejdet peberrod; ketchup og tilberedninger på grundlag af ketchup, frugtsaucer; salatdressinger, salatcremer«

- klasse 32: »Frugtdrikke og frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke«.

⁴ Ved afgørelse af 1. april 2003 afslog undersøgeren registreringsansøgningen i medfør af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Undersøgeren fastslog dels, at Harmoniseringskontoret ikke var bundet af ældre nationale registreringer, dels, at formen på det ansøgte varemærke ikke frembød usædvanlige og let genkendelige kendetegn, der ville gøre det muligt at adskille denne form fra de sædvanlige former, der findes på markedet, og medføre, at den kunne fungere som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse.

⁵ Sagsøgerens klage, der bl.a. var støttet på den omhandlede flaskes usædvanlige og særlige karakter, blev afvist af Andet Appellkammer ved afgørelse af 20. januar 2004

(herefter »den anfægtede afgørelse«). Appellkammeret tilsluttede sig undersøgerens argumentation. Det tilføjede, at det for så vidt angik et varemærke, som udgøres af formen på en indpakning, var nødvendigt at tage hensyn til den omstændighed, at opfattelsen i den berørte kundekreds ikke nødvendigvis var den samme som ved et ord-, figur- eller tredimensionalt varemærke, der er uafhængig af udseendet på den vare, det betegner. Den berørte endelige forbruger vil nemlig i højere grad rette opmærksomheden mod etiketten på flasken end mod den blotte form på en bar og farveløs beholder.

- 6 Appellkammeret påpegede, at det ansøgte varemærke ikke var i besiddelse af nogen yderligere karaktertræk, der kunne sætte det i stand til klart at blive adskilt fra de almindelige tilgængelige former og til at stå mejslet i forbrugerens hukommelse som angivelse af oprindelsen. Den særlige udformning, som sagsøgeren har gjort gældende, vil ifølge appellkammeret først vise sig efter en indgående analytisk gennemgang, som den berørte gennemsnitsforbruger ikke vil give sig i kast med.
- 7 Appellkammeret påpegede endelig, at sagsøgeren ikke kunne påberåbe sig registreringen af det ansøgte varemærke i det tyske varemærkeregister, da en sådan national registrering — selv hvis den kan tages i betragtning — imidlertid ikke er afgørende. Desuden præciserede de registreringsdokumenter, der var fremlagt af sagsøgeren, ifølge appellkammeret ikke grundene til, at registreringen af det omhandlede tegn var blevet accepteret.

Parternes påstande

- 8 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

9 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

10 Sagsøgeren har gjort fire anbringender gældende vedrørende henholdsvis Harmoniseringskontorets manglende iagttagelse af reglerne om bevisbyrde, hvilket udgør en tilsidesættelse af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 (første anbringende), manglende iagttagelse af artikel 6e, punkt A, stk. 1, i Pariserkonventionen til beskyttelse af industriel ejendomsret af 20. marts 1883, som senest revideret den 14. juli 1967 i Stockholm og ændret den 28. september 1979 (United Nations Treaty Series, vol. 828, nr. 11847, s. 108, herefter »Pariserkonventionen«), som følge af, at Harmoniseringskontoret har frataget den ældre nationale registrering dennes beskyttelsesvirkning (andet anbringende), tilsidesættelse af artikel 73 i forordning nr. 40/94, artikel 6e i Pariserkonventionen og artikel 2, stk. 1, i aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder, herunder handel med varemærkeforfalskede varer, af 15. april 1994 (herefter »TRIPs-aftalen«), som følge af, at Harmoniseringskontoret ikke i tilstrækkelig grad har undersøgt den ældre nationale registrering (tredje anbringende), og tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, som følge af, at Harmoniseringskontoret har fejlbedømt det ansøgte varemærkes særpræg og det forhold, at dette varemærkes karaktertræk ikke har nogen teknisk funktion (fjerde anbringende).

Første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

- 11 Sagsøgeren er af den opfattelse, at appelkammeret tilsidesatte den forpligtelse til at bevise, at der forelå mangel på fornødent særpræg, som påhviler det i henhold til forordning nr. 40/94, da det anførte, at den omhandlede form ville blive opfattet som formen på en almindelig flaske og ikke som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse uden at underbygge denne konklusion med konkrete eksempler. Sagsøgeren har gjort gældende, at det påhviler Harmoniseringskontoret, der inden for rammerne af vurderingen af, hvorvidt der foreligger absolutte registreringshindringer, ex officio skal oplyse sagen, at godtgøre, at der er mangel på fornødent særpræg. Det er alene, såfremt Harmoniseringskontoret er i stand til at bevise, at det ansøgte varemærke mangler fornødent særpræg i sig selv, at ansøgeren dernæst vil kunne godtgøre, at der er opnået fornødent særpræg ved brug.
- 12 Under retsmødet har sagsøgeren tilføjet, at det ligeledes følger af Pariserkonventionens artikel 6e, at bevisbyrden påhviler Harmoniseringskontoret. Ifølge sagsøgeren er det således bestemt i denne artikel, at beskyttelsen af et varemærke, der er registreret i en stat, som har undertegnet Pariserkonventionen, skal være hovedreglen, mens afslag på beskyttelse er en undtagelse, der skal fortolkes restriktivt.
- 13 Harmoniseringskontoret har bestridt sagsøgerens argumentation, idet det har påpeget, at ex officio-prøvelsen af de faktiske omstændigheder ikke omfatter bevisbyrden. Harmoniseringskontoret har tilføjet, at det ikke kan være forpligtet til at føre et negativt bevis, dvs. bevis for mangel på fornødent særpræg. Under henvisning til Rettens praksis har Harmoniseringskontoret endelig anført, at kontoret for så vidt angår mangel på fornødent særpræg kun er underlagt en begrundelsespligt. Ligeledes er Harmoniseringskontoret af den opfattelse, at det følger af retspraksis, at kontoret kan støtte sig på erfaringsbaserede generelle oplysninger, som det er tilfældet i den foreliggende sag, og at det i givet fald påhviler ansøgeren at fremlægge konkrete og velunderbyggede indicier vedrørende de berørte forbrugeres opfattelse af bestemte tegn som angivelse af den handelsmæssige oprindelse.

Rettens bemærkninger

- 14 For det første bemærkes, at sagsøgerens henvisning til Pariserkonventionen under retsmødet er irrelevant. Denne konventions artikel 6e, der behandler beskyttelsen og registreringen af varemærker, der er registreret i en anden kontraherende stat i Pariserkonventionen, indeholder ingen bestemmelser om fordelingen af bevisbyrden i registreringssager vedrørende EF-varemærker.
- 15 For det andet bemærkes, at Harmoniseringskontorets opgave inden for rammerne af vurderingen af, hvorvidt der foreligger absolutte registreringshindringer i henhold til artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 40/94, består i — efter objektivt og upartisk at have bedømt omstændighederne i den konkrete sag i forhold til de gældende bestemmelser i forordning nr. 40/94 og til den fortolkning af dem, der er foretaget af Fællesskabets retsinstanser, samtidigt med at der gives ansøgeren mulighed for at fremkomme med sine bemærkninger og få kendskab til begrundelsen for den trufne afgørelse — at afgøre, om varemærkeansøgningen er omfattet af en absolut registreringshindring. Denne afgørelse følger af en retlig vurdering, der på grund af dens karakter ikke kan underlægges en bevispligt, da bedømmelsens lovlighed desuden kan anfægtes under en sag for Retten (jf. præmis 18 nedenfor).
- 16 Ifølge artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 skal Harmoniseringskontoret ved bedømmelsen vedrørende absolutte registreringshindringer ex officio prøve de relevante faktiske omstændigheder, der vil kunne føre kontoret til at bringe en absolut registreringshindring i anvendelse.
- 17 Hvis Harmoniseringskontoret konstaterer, at der foreligger omstændigheder, der begrundet anvendelsen af en absolut registreringshindring, er kontoret i henhold til nævnte forordnings artikel 38, stk. 3, forpligtet til at oplyse ansøgeren herom og til at give den pågældende mulighed for at tilbagetage eller ændre sin ansøgning eller udtale sig.

- 18 Endelig skal Harmoniseringskontoret, såfremt det påtænker at afslå varemærkeansøgningen i medfør af en absolut registreringshindring, begrunde sin afgørelse i overensstemmelse med forordningens artikel 73, første punktum. Denne begrundelse har til formål dels, at de berørte personer kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, for at de kan forsvare deres rettigheder, dels, at Fællesskabets retsinstanser kan efterprøve beslutningens lovlighed (jf. Rettens dom af 28.4.2004, forenede sager T-124/02 og T-156/02, Sunrider mod KHIM — Vitakraft-Werke Wührmann og Friesland Brands (VITATASTE og METABALANCE 44), Sml. II, s. 1149, præmis 72 og 73 og den deri nævnte retspraksis).
- 19 For det tredje må det konstateres, at når appelkammeret konkluderer, at et ansøgt varemærke mangler fornødent særpræg i sig selv, kan det støtte sin analyse på kendsgerninger, der er et resultat af den generelle praktiske erfaring, der er opnået ved markedsføring af almindelige forbrugsvarer, dvs. kendsgerninger, som enhver kan have kendskab til, og som bl.a. forbrugerne af disse varer har kendskab til (jf. analogt Rettens dom af 22.6.2004, sag T-185/02, Ruiz-Picasso m.fl. mod KHIM — DaimlerChrysler (PICARO), Sml. II, s. 1739, præmis 29). I et sådant tilfælde er appelkammeret ikke forpligtet til at give eksempler på en sådan praktisk erfaring.
- 20 Det er denne opnåede erfaring, appelkammeret støttede sig på, da det i den anfægtede afgørelses punkt 52 fastslog, at den berørte forbruger ville opfatte det ansøgte varemærke som formen på en almindelig flaske til drikke, krydderier og flydende levnedsmidler, og ikke som en bestemt fabrikants varemærke.
- 21 I det omfang sagsøgeren — på trods af appelkammerets analyse baseret på den ovenfor nævnte erfaring — har påberåbt sig det ansøgte varemærkes særpræg, påhviler det denne at fremlægge konkrete og velunderbyggede indicier, der godtgør, at det ansøgte varemærke er i besiddelse af enten fornødent særpræg i sig selv, eller fornødent særpræg opnået ved brug, eftersom sagsøgeren i kraft af sit indgående kendskab til markedet langt bedre er i stand til at gøre det (jf. i denne retning Rettens dom af 5.3.2003, sag T-194/01, Unilever mod KHIM (ægformet tablet), Sml. II, s. 383, præmis 48).

- 22 Det følger heraf, at det er med urette, at sagsøgeren har anført, at appelkammeret ved ikke at fremlægge sådanne indicier har tilsidesat artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94. Det første anbringende skal derfor forkastes.

Andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af Pariserkonventionens artikel 6e, punkt A, stk. 1

Parternes argumenter

- 23 Sagsøgeren har gjort gældende, at Harmoniseringskontoret ved at fastslå, at det ansøgte varemærke savnede fornødent særpræg inden for Fællesskabet, faktisk erklærede det ældre tyske varemærke, som beskytter det samme tegn og er registreret af Deutsches Patent- und Markenamt (det tyske patent- og varemærkekontor), for ugyldigt og dermed som værende uden beskyttelse på det tyske område. Sagsøgeren er af den opfattelse, at denne adfærd fra Harmoniseringskontorets side udgør en tilsidesættelse af Pariserkonventionens artikel 6e, punkt A, stk. 1, der forbyder Harmoniseringskontoret at erklære, at varemærket ikke kan være beskyttet på området for en kontraherende stat i Pariserkonventionen, hvor varemærket er blevet registreret.
- 24 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at Pariserkonventionens artikel 6e, punkt A, stk. 1, bestemmer, at et varemærke, der er registreret i hjemlandet, i udlandet skal nyde beskyttelse, således som det foreligger, dvs. således som det er blevet registreret, med forbehold af bestemmelserne i samme artikel. Artikel 6e, punkt B, nr. 2), bestemmer imidlertid udtrykkeligt, at registrering kan afslås i tilfælde af mangel på ethvert særpræg. Harmoniseringskontoret har tilføjet, at et afslag på registrering af et EF-varemærke ikke medfører annullation af en national registrering, der beskytter det samme tegn.

Rettens bemærkninger

- 25 Såfremt det antages, at det påhviler Harmoniseringskontoret at overholde Pariserkonventionens artikel 6e, bemærkes for det første, at sagsøgeren har taget udgangspunkt i en urigtig forudsætning ved at hævde, at Harmoniseringskontoret har erklæret en registrering i en kontraherende stat ugyldig. Således fremgår det af femte betragtning til forordning nr. 40/94, at EF-varemærkeretten ikke træder i stedet for medlemsstaternes lovgivning om varemærker. Den anfægtede afgørelse, hvorved registrering af det ansøgte varemærke som EF-varemærke blev afslået, påvirker følgelig hverken gyldigheden eller beskyttelsen af den ældre nationale registrering på det tyske område. Det følger heraf, at Harmoniseringskontoret — i modsætning til det af sagsøgeren anførte — ikke har frataget den ældre nationale registrering dennes beskyttelse på det tyske område ved at træffe den anfægtede afgørelse, og det har derfor ikke af denne grund tilsidesat Pariserkonventionens artikel 6e.
- 26 For så vidt som sagsøgeren med det foreliggende anbringende har kritiseret Harmoniseringskontoret for ikke at have antaget det ansøgte varemærke til registrering i medfør af Pariserkonventionens artikel 6e, punkt A, stk. 1, skal det i lighed med Harmoniseringskontoret for det andet bemærkes, at samme artikels punkt B, nr. 2, giver mulighed for at afslå registrering i tilfælde, hvor det ansøgte varemærke savner fornødent særpræg. Det følger heraf, at Harmoniseringskontoret ikke har tilsidesat Pariserkonventionens artikel 6e, punkt A, stk. 1, alene ved at have modsat sig registrering af det ansøgte varemærke på grundlag af den absolutte registreringshindring i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, der forbyder registrering af tegn, som mangler fornødent særpræg. Da spørgsmålet om rigtigheden af appelkammerets konklusion om, at det ansøgte varemærke mangler fornødent særpræg, er genstanden for det fjerde anbringende, skal dette spørgsmål ikke behandles i forbindelse med det foreliggende anbringende.
- 27 Det følger heraf, at det andet anbringende skal forkastes.

Tredje anbringende om tilsidesættelse af artikel 73 i forordning nr. 40/94, Pariserkonventionens artikel 6e og TRIPs-aftalens artikel 2

Parternes argumenter

28 Sagsøgeren er af den opfattelse, at Harmoniseringskontoret ikke i tilstrækkelig grad har undersøgt den registrering, der tidligere er foretaget af Deutsches Patent- und Markenamt vedrørende et tegn, der er identisk med det, der er omfattet af det ansøgte varemærke. Ifølge sagsøgeren er EF-varemærker og nationale registreringer forbundne som følge af muligheden for at påberåbe sig sidstnævntes anciennitet. Sagsøgeren har på det grundlag konkluderet, at Harmoniseringskontoret skal tage hensyn til de ældre nationale registreringer. Subsidiært har sagsøgeren anført, at det følger af sammenhængen mellem det retsgrundlag, der udgøres af Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1) og af forordning nr. 40/94, at Harmoniseringskontoret og den berørte nationale myndighed skal anvende de samme kriterier i henhold til de to tekster, og at Harmoniseringskontoret derfor har pligt til at forklare, hvorfor det har anvendt disse kriterier forskelligt fra den nationale myndighed, idet denne pligt følger af forordning nr. 40/94, Pariserkonventionen samt TRIPs-aftalen.

29 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at henvisningen til Pariserkonventionen og TRIPs-aftalen er irrelevant, eftersom disse tekster ikke vedrører begrundelsespligten. Harmoniseringskontoret har dernæst påpeget, at begrundelsen for en afgørelse på en klar og entydig måde skal give udtryk for de betragtninger, der er lagt til grund af den kompetente myndighed. Ifølge Harmoniseringskontoret overholder den anfægtede afgørelse disse krav, da appelkammeret påpegede, at den ældre nationale registrering ikke havde bindende virkning inden for EF-varemærkesystemet.

Rettens bemærkninger

- 30 Indledningsvis skal sagsøgerens henvisning til Pariserkonventionen og TRIPs-aftalen forkastes. Til forskel fra forordning nr. 40/94 indeholder disse to traktater således ikke bestemmelse om begrundelsespligt for afgørelser og er af denne grund uden relevans i forbindelse med det foreliggende anbringende.
- 31 Sagsøgerens argument om, at indehaveren af et nationalt varemærke kan påberåbe sig dettes anciennitet i forbindelse med en ansøgning om registrering som EF-varemærke, eller i forbindelse med et EF-varemærke, der omhandler det samme tegn og varer og tjenesteydelser af samme art, må ligeledes forkastes. Som sagsøgeren har anført, følger det ganske vist af artikel 34 og 35 i forordning nr. 40/94, at såfremt indehaveren af et EF-varemærke, der har påberåbt sig et identisk ældre nationalt varemærkes anciennitet, giver afkald på det ældre varemærke eller lader det udslette, anses den pågældende for fortsat at have de samme rettigheder, som han ville have haft, hvis dette ældre varemærke fortsat havde været registreret. Nævnte bestemmelser kan imidlertid ikke have til formål eller til følge, at indehaveren af et nationalt varemærke garanteres registrering af dette varemærke som EF-varemærke, uafhængigt af om der foreligger en absolut eller relativ registreringshindring.
- 32 Hvad dernæst angår den påståede manglende undersøgelse af den ældre tyske registrering bemærkes, at EF-varemærkesystemet er et selvstændigt system, der består af en helhed af regler og forfølger formål, som er særegne for systemet, og dets anvendelse er uafhængig af alle nationale systemer. Spørgsmålet, om et tegn er egnet til at kunne registreres som EF-varemærke, skal således kun bedømmes på grundlag af de relevante fællesskabsretlige bestemmelser, således at Harmoniseringskontoret og i givet fald Fællesskabets retsinstanter derfor ikke er bundet af en mellemkommende afgørelse fra en medlemsstat, hvorefter det samme tegn kan registreres som et nationalt varemærke. Det samme er tilfældet, selv hvis en sådan afgørelse er truffet i henhold til en national lovgivning, der er harmoniseret ved

direktiv 89/104 (Rettens dom af 27.2.2002, sag T-106/00, Streamserve mod KHIM (STREAMSERVE), Sml. II, s. 723, præmis 47).

33 Registreringer, der allerede er foretaget i medlemsstaterne, er imidlertid forhold, som — uden at være bestemmende — kan tages i betragtning ved registreringen af et EF-varemærke (Rettens dom af 16.2.2000, sag T-122/99, Procter & Gamble mod KHIM (formen på en sæbe), Sml. II, s. 265, præmis 61, af 31.1.2001, sag T-24/00, Sunrider mod KHIM (VITALITE), Sml. II, s. 449, præmis 33, og af 19.9.2001, sag T-337/99, Henkel mod KHIM (rund tablet i rød og hvid), Sml. II, s. 2597, præmis 58). De nævnte registreringer kan således udgøre et støtteargument ved vurderingen af en ansøgning om registrering af et EF-varemærke (Rettens dom af 26.11.2003, sag T-222/02, HERON Robotunits mod KHIM (ROBOTUNITS), Sml. II, s. 4995, præmis 52).

34 Det bemærkes, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 55 konstaterede følgende:

»[...] registreringen af det ansøgte varemærke i det tyske varemærkeregister [...] har ingen bindende virkning for EF-varemærkesystemet, der udgør en selvstændig retlig institution, der er uafhængig af de nationale varemærkesystemer. De registreringer, der findes i medlemsstaterne, udgør i øvrigt et forhold, der blot kan tages i betragtning i forbindelse med registreringen af et EF-varemærke uden at være afgørende. Desuden angiver de registreringsdokumenter, der er fremlagt af ansøgeren, ikke grundene til, at registreringen af det omhandlede tegn er blevet accepteret [...]«

35 Appelkammeret tog således på behørig vis hensyn til tilstedeværelsen af den nationale registrering uden i øvrigt at kunne undersøge de præcise grunde til, at

Deutsches Patent- und Markenamt godkendte registreringen af det nationale varemærke. Da disse grunde var appelkammeret ubekendt, kunne de ikke udgøre et støtteargument ved vurderingen.

36 Hvad endelig angår begrundelsespligten, hvis rækkevidde er omtalt i præmis 18 ovenfor, bemærkes, at der i den anfægtede afgørelses punkt 55, der er nævnt i præmis 34 ovenfor, på en klar og entydig måde er gjort rede for de grunde, der ledte appelkammeret til ikke at følge Deutsches Patent- und Markenamts afgørelse. Det skal tilføjes, at denne begrundelse har gjort det muligt dels for sagsøgeren at få kendskab til grundlaget for den anfægtede afgørelse med henblik på gøre sine rettigheder gældende, hvilket sagsøgerens klagepunkter i forbindelse med det andet og tredje anbringende i sagen vidner om, dels for Retten at efterprøve lovligheden af den anfægtede afgørelse.

37 Det følger af ovenstående, at det tredje anbringende skal forkastes.

Fjerde anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

38 Sagsøgeren er af den opfattelse, at det ansøgte varemærke i den foreliggende sag indeholder det minimum af fornødent særpræg, der er påkrævet i henhold til retspraksis. Sagsøgeren har i denne forbindelse anført, at det helhedsindtryk, som det ansøgte varemærke fremkalder, er karakteriseret ved en smal flaskehals, en flad og bred flaskekrop, hvis største del set forfra og bagfra er hvælvet, ved at den underste del slutter i en hvælving, og ved fordybninger, der er anbragt symmetrisk ned af siderne på flaskens krop.

- 39 Sagsøgeren har dernæst bestridt Harmoniseringskontorets konstatering af, at det ansøgte varemærke kun er en ubetydelig og beskeden variation af de almindelige former, og at dette varemærke ikke frembyder yderligere karaktertræk, der vil kunne anses for bemærkelsesværdige, særlige eller originale. Sagsøgeren har påpeget, at hverken særegenhed eller originalitet er kriterier for et varemærkes fornødne særpræg. Tværtimod er et minimum af særpræg tilstrækkeligt til, at varemærket kan gøres til genstand for registrering. Sagsøgeren har tilføjet, at der ikke er grund til at anvende et strengere kriterium ved vurderingen af et tredimensionalt varemærkes særpræg.
- 40 Sagsøgeren har ligeledes bestridt udtalelsen om, at forbrugeren, når denne træffer sit valg, orienterer sig i forhold til den etiket eller det logo, der er påsat varen, og ikke i forhold til flaskens form. Sagsøgeren er af den opfattelse, at forbrugeren i forbindelse med købet vil træffe sit valg i forhold til flaskens form, og at han først efter at have identificeret den ønskede vare vil kontrollere sit valg ved hjælp af etiketten. Sagsøgeren har i denne forbindelse tilføjet, at gennemsnitsforbrugeren helt og holdent er i stand til at opfatte formen på de omhandlede varers emballage som en angivelse af disse varers handelsmæssige oprindelse.
- 41 Subsidiært har sagsøgeren gjort gældende, at ingen af varemærkets karaktertræk har en teknisk funktion.
- 42 Harmoniseringskontoret har anført, at forbrugeren generelt set ikke skaber en forbindelse mellem en vares form eller indpakning og varens oprindelse, men sædvanligvis holder sig til de etiketter, der er påsat emballagen, for at genkende den handelsmæssige oprindelse.

- 43 Harmoniseringskontoret har tilføjet, at de af sagsøgeren påberåbte karaktertræk ved det ansøgte varemærke for det første kun er almindelige designmæssige kendetegn, og for det andet først vil kunne opfattes af den berørte forbruger efter en analytisk gennemgang, som forbrugeren ikke vil give sig i kast med. Harmoniseringskontoret har på dette grundlag konkluderet, at det ansøgte varemærke vil blive opfattet som en variant af den almindelige emballageform til en tilsvarende vare, og ikke som en angivelse af varens handelsmæssige oprindelse.
- 44 Endelig har Harmoniseringskontoret anført, at spørgsmålet om, hvorvidt de designmæssige kendetegn isoleret set opfylder tekniske eller ergonomiske funktioner, ikke har nogen betydning ved undersøgelsen af det fornødne særpræg.

Rettens bemærkninger

- 45 Indledningsvis bemærkes, at spørgsmålet, om et varemærke har fornødent særpræg, skal bedømmes i forhold til de varer og tjenesteydelser, registreringsansøgningen vedrører, og under hensyn til, hvorledes det opfattes af den relevante kundekreds (Rettens dom af 3.12.2003, sag T-305/02, Nestlé Waters France mod KHIM (en flaskes form), Sml. II, s. 5207, præmis 29, og af 29.4.2004, sag T-399/02, Eurocermex mod KHIM (en ølflaskes form), Sml. II, s. 1391, præmis 19). Kriterierne for bedømmelsen af, om tredimensionale varemærker, der består af selve varens form, har fornødent særpræg, er ikke forskellige fra dem, der finder anvendelse på andre varemærke kategorier (dommen i sagen om en flaskes form, præmis 35, og dommen i sagen om en ølflaskes form, præmis 22). Inden for rammerne af vurderingen af et varemærkes særpræg skal det helhedsindtryk, varemærket fremkalder, desuden analyseres (jf. dommen i sagen om en flaskes form, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).

46 I den foreliggende sag er de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke, levnedsmidler til almindeligt forbrug. Den berørte kundekreds består følgelig af alle forbrugere. Det ansøgte varemærkes fornødne særpræg skal således bedømmes under hensyntagen til den formodede forventning hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger (dommen i sagen om en flaskes form, præmis 33, og dommen i sagen om en ølflaskes form, præmis 19 og 20).

47 Hvad for det første angår sagsøgerens påstand om, at forbrugeren, når der er tale om varer som de omhandlede, træffer sit valg i forhold til indpakningens form snarere end ved hjælp af etiketten, bemærkes, at gennemsnitsforbrugerne ikke er vant til at udlede varers oprindelse af deres form eller emballage uden nogen grafisk eller tekstmæssig oplysning (jf. Domstolens dom af 7.10.2004, sag C-136/02 P, Mag Instrument mod KHIM, Sml. I, s. 9165, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis). Desuden tillægger disse forbrugere i første omgang de flasker, som sådanne varer er indeholdt i, en ren indpakningsfunktion (Rettens dom af 28.1.2004, forenede sager T-146/02 — T-153/02, Deutsche SiSi-Werke mod KHIM (stående pose), Sml. II, s. 447, præmis 38). Da sagsøgeren ikke har fremlagt beviser, der taler mod anvendelsen af denne retspraksis på den foreliggende sag, må selskabets opfattelse forkastes.

48 Det skal tilføjes, at Harmoniseringskontorets konstatering — som sagsøgeren har anfægtet — ikke er uforenelig med det forhold, som sagsøgeren har gjort gældende, at gennemsnitsforbrugeren helt og holdent er i stand til at opfatte formen på dagligvarers emballage som en angivelse af deres handelsmæssige oprindelse (dommen i sagen om en flaskes form, præmis 34). Selv om dette er rigtigt, betyder denne generelle konstatering ikke, at alle former for indpakning til en sådan vare har det særpræg, der kræves for at kunne blive registreret som EF-varemærke. Spørgsmålet om, hvorvidt et tegn har det fornødne særpræg, skal således vurderes i hver enkelt sag i lyset af de kriterier, der er nævnt i præmis 45 og 46 ovenfor.

- 49 Hvad for det andet angår de fire kendetegn, der ifølge sagsøgeren bidrager til flaskens særpræg, skal det først bemærkes, at den blotte omstændighed, at en form er en variant af en af de almindelige former, der anvendes til en given vare, ikke er tilstrækkelig til at fastslå, at et varemærke, der består af denne form, ikke savner fornødent særpræg. Det skal stadig efterprøves, om et sådant varemærke gør det muligt for en almindelig oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger, uden at foretage undersøgelser eller sammenligninger og uden at udvise særlig opmærksomhed, at adskille den omhandlede vare fra andre virksomheders varer (dommen i sagen Mag Instrument mod KHIM, præmis 32). Jo mere den form, der søges registreret, ligner den form, som der er størst sandsynlighed for, at den omhandlede vare vil antage, desto mere sandsynligt er det nemlig, at den pågældende form mangler fornødent særpræg (dommen i sagen Mag Instrument mod KHIM, præmis 31).
- 50 For så vidt angår den langstrakte hals og den flade krop må det konstateres, at det ansøgte varemærkes parametre ikke afviger fra den sædvanlige form på en flaske, der indeholder varer som dem, der er omfattet af det ansøgte varemærke. Hverken halsens længde, dens diameter eller størrelsesforholdet mellem flaskens bredde og tykkelse skiller sig ud på nogen måde.
- 51 Det samme gør sig gældende for hvælvingen. Der er nemlig tale om et almindeligt designmæssigt karaktertræk for flasker, der markedsføres inden for den pågældende sektor.
- 52 Det eneste kendetegn, der adskiller det ansøgte varemærke fra den sædvanlige form, består i fordybningerne i siden. Til forskel fra de eksempler, der er fremlagt af

Harmoniseringskontoret, har det ansøgte varemærke således skarpe kurver, der næsten giver indtryk af halvcirkler.

- 53 Selv hvis dette karaktertræk måtte anses for usædvanligt, er det ikke i sig selv tilstrækkeligt til at få indflydelse på helhedsindtrykket af det ansøgte varemærke i et sådant omfang, at varemærket vil afvige betydeligt fra normen eller branchesædvanen og derfor vil kunne opfylde sin grundlæggende oprindelsesfunktion (dommen i sagen Mag Instrument mod KHIM, præmis 31).
- 54 Set som helhed skaber de fire ovennævnte kendetegn derfor ikke et helhedsindtryk, der kan rejse tvivl om denne konstatering. Det følger heraf, at det ansøgte varemærke — vurderet i forhold til helhedsindtrykket af det — mangler det fornødne særpræg.
- 55 Denne konklusion er ikke i modstrid med det forhold, der er gjort gældende af sagsøgeren, at hverken særegenhed eller originalitet er kriterier for et varemærkes fornødne særpræg. Selv om tilstedeværelsen af særlige eller originale karaktertræk ikke er en betingelse sine qua non for registrering, forholder det sig ikke desto mindre således, at tilstedeværelsen heraf derimod kan tilføje den påkrævede grad af særpræg til et varemærke, der ellers ville mangle det. Det er derfor, at appelkammeret efter at have undersøgt helhedsindtrykket af flasken og i den anfægtede afgørelses punkt 45 at have konstateret, at »[k]unden vil ikke udlede nogen angivelse af den handelsmæssige oprindelse af flasken i sig selv«, undersøgte, om det ansøgte varemærke var i besiddelse af særlige kendetegn, der kunne give varemærket det påkrævede minimum af fornødent særpræg. Efter i den anfægtede

afgørelses punkt 49 at have konstateret, at dette ikke var tilfældet, fastslog appelkammeret med rette, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg.

56 Hvad for det tredje angår den af sagsøgeren påberåbte omstændighed, at det ansøgte varemærkes særlige karaktertræk ikke har en teknisk eller ergonomisk funktion, bemærkes, at denne omstændighed — såfremt den anses for godtgjort — ikke kan have indflydelse på det ansøgte varemærkes mangel på fornødent særpræg. Det forhold, at tegnet på samme tid opfylder eller ikke opfylder en anden funktion end angivelse af den handelsmæssige oprindelse — f.eks. en teknisk funktion — er således uden betydning for dets fornødne særpræg, for så vidt som den relevante kundekreds opfatter tegnet som en angivelse af varens eller tjenesteydelsens handelsmæssige oprindelse (jf. i denne retning Rettens dom af 9.10.2002, sag T-173/00, KWS Saat mod KHIM (orange nuance), Sml. II, s. 3843, præmis 30).

57 Det følger heraf, at det fjerde anbringende ligeledes skal forkastes, og Harmoniseringskontoret skal derfor frifindes.

Sagens omkostninger

58 I henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling)

- 1) **Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) frifindes.**

- 2) **Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.**

Pirrung

Meij

Pelikánová

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 15. marts 2006.

E. Coulon

Justitssekretær

J. Pirrung

Afdelingsformand