

RETTENS DOM (Tredje Afdeling)

7. februar 2007 *

I sag T-317/05,

Kustom Musical Amplification, Inc., Cincinnati, Ohio (De Forenede Stater), ved
barrister M. Edenborough og solicitor T. Bamford,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design)
(KHIM) ved A. Folliard-Monguiral, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 7. juni 2005 af Andet
Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og
Design) (sag R 1035/2004-2) vedrørende en ansøgning om registrering af et
tredimensionalt varemærke, der har form som en guitar, som EF-varemærke,

* Processprog: engelsk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Jaeger, og dommerne V. Tiili og O. Czúcz,

justitssekretær: fuldmægtig C. Kristensen,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 16. august 2005,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 11. november 2005,

og efter retsmødet den 10. juli 2006,

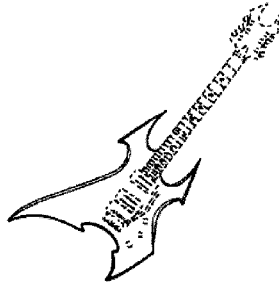
afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

- ¹ Den 28. maj 2003 indgav sagsøgeren i medfør af Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret, en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) vedrørende et tredimen-

sionalt varemærke, der udgøres af formen på en gitarkrop, som gengivet nedenfor:



- 2 Det ansøgte varemærke forestiller kroppen på gitarmodellen »BEAST« fra sagsøgerens produktserie BC Rich.

- 3 Registreringsansøgningen indeholder følgende præcisering:

»[V]aremærket forestiller den fantasifulde form af en gitarkrop. Gribbrættet, hovedet, båndene, pick-up'erne og guitarens øvrige bestanddele er tegnet med en punkteret linje og udgør ikke en del af varemærket.«

- 4 De varer, som varemærkeansøgningen vedrører, henhører under klasse 15 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 til følgende beskrivelse: »strenginstrumenter, navnlig guitarer«.

- 5 Ved afgørelse af 7. september 2004 afslog undersøgeren registreringsansøgningen med den begrundelse, at det ansøgte varemærke savnede fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 (herefter »undersøgerens afgørelse«).

- 6 Den 4. november 2004 påklagede sagsøgeren undersøgerens afgørelse til Harmoniseringskontoret.

- 7 Andet Appellkammer afslog klagen ved afgørelse af 7. juni 2005 (herefter »den anfægtede afgørelse«). Appellkammeret fandt i det væsentlige, at den gennemsnitlige amatørguitar-spiller er vant til at se et stort antal modeller af elektriske guitarer med varierede og ekstravagante former, herunder navnlig talrige former af spidse guitarer, således at den pågældende guitar-spiller ikke vil anse en form, som ikke afviger væsentligt fra formen på andre elektriske guitarer, for en oprindelsesangivelse, men vil opfatte den omhandlede form som en udsmykning.

Parternes påstande

- 8 Sagsøgeren har i stævningen nedlagt følgende påstande:

— Sagen antages til realitetsbehandling.

- Den anfægtede afgørelse annulleres eller, subsidiært, annulleres delvist, idet fortegnelsen over de varer, der er omfattet af registreringsansøgningen, begrænses til »strenginstrumenter, herunder navnlig [til] elektriske guitarer, til professionel brug« i klasse 15 i Nice-arrangementet.

 - Registreringsansøgningen hjemvises til Harmoniseringskontoret med henblik på at formaliteterne i forbindelse med offentliggørelse påbegyndes.

 - Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse med sagen for appelkammeret og undersøgeren.
- 9 Under retsmødet har sagsøgeren ændret sin subsidiære påstand om delvis annulation ved at præcisere, at selskabet ønsker at begrænse fortegnelsen over varer til »strenginstrumenter, herunder navnlig [til] elektriske guitarer«. Desuden har sagsøgeren frafaldet sin påstand om, at Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med sagen for undersøgeren.
- 10 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:
- Sagsøgerens påstande om, at Retten pålægger Harmoniseringskontoret at offentliggøre EF-varemærkeansøgningen, at Retten delvis annullerer den

anfægtede afgørelse på grundlag af den nye fortegnelse over varer, og om at Retten tilpligter Harmoniseringskontoret at betale sagsøgerens omkostninger i forbindelse med sagen for undersøgeren, afvises.

- I tilfælde af, at Retten finder, at stævningen ligeledes omfatter en påstået tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, afvises dette »anbringende«.

- I øvrigt frifindes Harmoniseringskontoret, eventuelt under angivelse af samtlige påstande, såfremt Retten finder, at de kan antages til realitetsbehandling.

- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Formaliteten

- 11 For så vidt angår den tredje påstand om, at Retten pålægger Harmoniseringskontoret at offentliggøre EF-varemærkeansøgningen, har sagsøgeren under retsmødet præciseret, at selskabet ikke nedlægger påstand om, at det ansøgte varemærke offentliggøres, men om at Retten pålægger Harmoniseringskontoret at foretage en fornyet prøvelse af det ansøgte varemærke i lyset af Rettens dom.

- 12 I overensstemmelse med artikel 63, stk. 6, i forordning nr. 40/94 skal Harmoniseringskontoret træffe de foranstaltninger, der er nødvendige til opfyldelse af dommen

fra Fællesskabets retsinstanter. Det tilkommer derfor ikke Retten at give Harmoniseringskontoret et pålæg. Det påhviler dette at drage konsekvenserne af konklusionen og præmisserne i Fællesskabets retsinstanter domme (Rettens dom af 31.1.2001, sag T-331/99, Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld mod KHIM (Giroform), Sml. II, s. 433, præmis 33, af 27.2.2002, sag T-34/00, Eurocool Logistik mod KHIM (EUROCOOL), Sml. II, s. 683, præmis 12, af 21.4.2005, sag T-164/03, Ampafrance mod KHIM — Johnson & Johnson (monBeBé), Sml. II, s. 1401, præmis 24, og af 5.4.2006, sag T-202/04, Madaus mod KHIM — Optima Healthcare (ECHINAID), Sml. II, s. 1115, præmis 14).

13 Sagsøgerens tredje påstand må derfor afvises.

14 Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt den subsidiære påstand, der er indeholdt i den anden påstand, kan antages til realitetsbehandling, vil dette kun blive afgjort, såfremt den principale påstand forkastes.

Realiteten

15 Sagsøgeren har gjort en enkelt anbringende gældende, der i det væsentlige er opdelt i to led vedrørende dels utilstrækkelig begrundelse og tilsidesættelse af retten til at blive hørt, dels tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

Parternes argumenter

- 16 Sagsøgeren har kritiseret Harmoniseringskontoret for i undersøgerens afgørelse og i den anfægtede afgørelse at have gjort brug af et stort antal henvisninger til internetsider uden at have fremsendt det præcise indhold af disse sider i form af en papirudgave.
- 17 I denne henseende har sagsøgeren påpeget, at det ikke var muligt at konsultere to af de internetsteder, som undersøgeren havde henvist til, da sagsøgeren forsøgte at få adgang til dem. Sagsøgeren er af den opfattelse, at alene det at fremsende henvisninger til internetsteder ikke udgør bevis for, at de originale sider foreligger på det omhandlede internetsted, men alene er undersøgerens vidnesbyrd med hensyn til indholdet af dette sted.
- 18 Med hensyn til henvisningerne til de fem internetsteder, som det lykkedes sagsøgeren at konsultere, er selskabet af den opfattelse, at der ikke er nogen vished for, at indholdet af disse sider er det samme som det indhold, hvorpå undersøgeren støttede sine konklusioner, eftersom internetsiderne regelmæssigt opdateres.
- 19 Sagsøgeren har anført, at den forklaring, som appelkammeret gav vedrørende den omstændighed, at nævnte internetsider var utilgængelige, og at indholdet heraf muligvis var blevet ændret, nemlig at »undersøgeren klart [henviste] til internetsteder, som ikke blot fandtes kortvarigt, men som var velrenommerede guitarfabrikanters hjemmesider«, ikke fjerner usikkerheden med hensyn til den information, der var tilgængelig, da undersøgeren konsulterede internetstederne, idet det må antages, at en internetside ændres af og til, uanset hvilket renommé det selskab, der administrerer siden, har.
- 20 Sagsøgeren er af den opfattelse, at det er uacceptabelt, at appelkammeret henviste til og støttede sig på dokumenter, som sagsøgeren ikke var i stand til at udtale sig om, og som ikke blev fremlagt og derfor ikke blev admitteret i sagen.

- 21 Harmoniseringskontoret har med hensyn til sagsøgerens anbringende om, at selskabets ret til at blive hørt er blevet tilsidesat, anført, at selv om dette var tilfældet, ville en sådan tilsidesættelse ikke kunne begrunde annullation af den anfægtede afgørelse, hvis afgørelsen faktisk var korrekt (Domstolens dom af 21.10.2004, sag C-447/02 P, KWS Saat mod KHIM, Sml. I, s. 10107, præmis 60, og Rettens dom af 13.7.2005, sag T-242/02, Sunrider mod KHIM (TOP), Sml. II, s. 2793, præmis 65).
- 22 Harmoniseringskontoret har tilføjet, at eftersom sagsøgeren er erhvervsdrivende i den omhandlede sektor, burde selskabet være bekendt med de former på guitarer, som appelkammeret henviste til. Desuden er tilstedeværelsen af en lang række forskellige former på guitarer, herunder »spidse guitarer«, en velkendt kendsgerning, som enhver kan få kendskab til ved almindeligt tilgængelige kilder (Rettens dom af 22.6.2004, sag T-185/02, Ruiz-Picasso m.fl. mod KHIM — DaimlerChrysler (PICARO), Sml. II, s. 1739, præmis 29). Appelkammerets henvisning til mange forskellige former på guitarer krænkede således ikke sagsøgerens ret til kontradiktion.
- 23 Desuden kunne appelkammerets konklusion om, at det ansøgte tegn er en af mange guitarer med »spidse« former på markedet, støttes på de dokumentbeviser, som sagsøgeren fremlagde ved skrivelse af 13. august 2004.

Rettens bemærkninger

- 24 Indledningsvis bemærkes, at det følger af artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94, at Harmoniseringskontorets afgørelser kun må støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om.

- 25 Et appelkammer ved Harmoniseringskontoret kan efter denne bestemmelse kun støtte afgørelsen på faktiske eller retlige forhold, om hvilke parterne har haft mulighed for at fremkomme med deres bemærkninger. Såfremt appelkammeret ex officio indhenter faktiske oplysninger, der skal danne grundlag for dets afgørelse, er det følgelig forpligtet til at give parterne meddelelse herom, for at de kan fremsætte deres bemærkninger (dommen i sagen KWS Saat mod KHIM, nævnt i præmis 21 ovenfor, præmis 42 og 43, og TOP-dommen, nævnt i præmis 21 ovenfor, præmis 59).
- 26 Ved denne bestemmelse fastslås det generelle princip om beskyttelse af retten til kontradiktion inden for EF-varemærkeretten (Rettens dom af 15.9.2005, sag T-320/03, Citicorp mod KHIM (LIVE RICHLI), Sml. II, s. 3411, præmis 21). I henhold til dette almindelige fællesskabsretlige princip skal adressaterne for offentlige myndigheders beslutninger, der føleligt berører disse adressaters interesser, i rette tid have lejlighed til at fremføre deres synspunkter (Domstolens dom af 23.10.1974, sag 17/74, Transocean Marine Paint mod Kommissionen, Sml. s. 1063, præmis 15, EUROCOOL-dommen, nævnt i præmis 12 ovenfor, præmis 21, og LIVE RICHLI-dommen, præmis 22).
- 27 Retten til at blive hørt omfatter alle forhold af faktisk eller retlig art, som danner grundlag for beslutningsprocessen, og ikke det endelige standpunkt, som administrationen agter at indtage (Rettens dom af 3.12.2003, sag T-16/02, Audi mod KHIM (TDI), Sml. II, s. 5167, præmis 75).
- 28 For så vidt angår det foreliggende tilfælde fremsendte Harmoniseringskontoret for det første internetlinks — uden at have givet indholdet af dem til sagsøgeren i papirudgaver — i to skrivelser, der henholdsvis var dateret den 23. februar 2004 og den 13. maj 2004, hvorved sagsøgeren i overensstemmelse med regel 11, stk. 1, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1) blev oplyst om, at den ansøgte form ikke var egnet til registrering (herefter henholdsvis »den første

meddelelse om registreringshindringer« og »den anden meddelelse om registreringshindringer«. For det andet fremsendte appelkammeret — ligeledes uden at sende papirudgaver til sagsøgeren — tyve internetadresser, hvoraf en adresse var identisk med den, der var nævnt i den anden meddelelse om registreringshindringer.

- 29 I den første meddelelse om registreringshindringer anførte undersøgeren, at den ansøgte form var almindelig inden for den kategori af instrumenter, der normalt er kendt som »spidse guitarer«, og udgjorde derfor ikke en oprindelsesangivelse. Undersøgeren tilføjede, at »en kort søgning på internettet ha[vde] vist, at et stort antal hovedfabrikanter alle producere[de] guitarer med lignende former«. I denne forbindelse nævnte undersøgeren sagsøgerens hjemmeside og også to internetsider, der tilhørte andre fabrikanter. Undersøgeren konkluderede, at »[i] lyset af de indhentede beviser må varemærket anses for at mangle ethvert fornødent særpræg«.
- 30 I den anden meddelelse om registreringshindringer anførte undersøgeren, at »de resultater af søgningen på internettet, som er meddelt sagsøgeren, har udgjort grundlaget for Harmoniseringskontorets afslag på varemærket«. Undersøgeren angav dernæst linkene til fem guitarfabrikanters internetsider og konkluderede, at disse beviser »viser [...], at former, der ligner den ansøgte form meget, anvendes af tredjemand i den relevante sektor«.
- 31 I undersøgerens afgørelse ændrede denne sit standpunkt med hensyn til funktionen og betydningen af de beviser, som bestod af adresser til internetlink, og udgjorde den søgning på internettet, der var nævnt i meddelelserne om registreringshindringer. Undersøgeren anførte:

»[I]nternethenvisninger kan aldrig alene udgøre grundlaget for at modsætte sig registrering. Efter at have taget alle sagens faktiske omstændigheder i betragtning

har Harmoniseringskontoret truffet den afgørelse, at registreringen af det ansøgte varemærke ville være i strid med artikel 7, stk. 1, litra b), [i forordning nr. 40/94], og har angivet begrundelsen for denne afgørelse. Denne begrundelse er underbygget af nogle internethenvisninger, som Harmoniseringskontoret har fundet, men begrundelsen er ikke udelukkende støttet herpå.«

32 Retten kan imidlertid konstatere, at der ikke i undersøgerens afgørelse er anført nogen nye beviser, som udgjorde det faktiske grundlag for analysen, og som trådte i stedet for den søgning på internettet, der var meddelt sagsøgeren i form af nævnte links.

33 Appelkammeret anførte følgende i den anfægtede afgørelses punkt 20:

»[D]e guitarformer, der i øjeblikket udbydes på markedet, er praktisk talt ubegrænsede [...] For det første [...] lader det til, at man ofte finder denne [spidse] stil i [formerne] på forskellige andre elektriske guitarer på markedet, der normalt kaldes »spidse guitarer« [...] For det andet lader det til, at elektriske heavy metal- og hard rock-guitarer sædvanligvis markedsføres med mange forskellige former [...] og med designmæssigt ekstravagante detaljer«. Appelkammeret gav dernæst »visse eksempler med udgangspunkt i de internetsteder, som undersøgeren henviste til«, og angav syv internetlinks.

34 Det fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 21, at »de internetsteder, som undersøgeren henviste til, præsenterede en række guitarmodeller med meget varierede spidse design [...], som mere eller mindre lignede den ansøgte form, og som blev markedsført af forskellige guitarfabrikanter«. For »blot at give nogle få eksempler fra de internetsteder, undersøgeren henviste til«, blev der i den anfægtede afgørelse angivet otte internetlinks.

- 35 I den anfægtede afgørelses punkt 22 tilføjede appelkammeret, at »de internetsteder, der allerede er nævnt af undersøgeren, indeholder flere modeller af »spidse guitarer« [...], som i høj grad ligner eller er identiske med den ansøgte form«, og appelkammeret henviste til yderligere fem internetlinks.
- 36 Sagsøgerens første klagepunkt vedrørende retten til at blive hørt omhandler de syv adresser på internetlinks, der tilhører andre guitarproducenter, og som blev fremsendt i meddelelserne om registreringshindringer, før den anfægtede afgørelse blev truffet. I denne forbindelse har sagsøgeren kritiseret, at der ikke forelå papirudgaver af de sider, som disse links ledte hen til på det tidspunkt, hvor undersøgeren og appelkammeret tog dem i betragtning. Sagsøgeren har med sit andet klagepunkt vedrørende retten til at blive hørt, som omhandler de nitten links, der blev meddelt sagsøgeren for første gang ved den anfægtede afgørelse, ikke alene kritiseret, at der ikke forelå papirudgaver, men også at appelkammeret tog disse internetlinks i betragtning, når de udgjorde faktiske omstændigheder, som sagsøgeren ikke havde haft lejlighed til at tage stilling til, inden den anfægtede afgørelse blev truffet.
- 37 For så vidt angår sagsøgerens første klagepunkt, som selskabet allerede fremførte i forbindelse med sagen for appelkammeret, om at sagsøgeren ikke kunne konsultere flere af de links, der var fremsendt af undersøgeren, fordi der ikke var adgang til dem, og om at sagsøgeren, selv hvis det havde været muligt at få adgang til disse links, ikke var sikker på at finde de samme former på guitarer, som undersøgeren havde støttet sin afgørelse på, anførte appelkammeret følgende i den anfægtede afgørelses punkt 39:

»[D]et er korrekt, at hvis der er tale om henvisninger til internetsider, som blot findes kortvarigt, skal en papirudgave være tilgængelig for ansøgeren [om EF-varemærket], såfremt denne anmoder om en. Ikke desto mindre henviste undersøgeren i det foreliggende tilfælde klart til internetsteder, som ikke blot fandtes kortvarigt, men som var velrenommerede guitarfabrikanter's hjemmesider.«

- 38 Det bemærkes, at Harmoniseringskontoret under retsmødet bekræftede, at indholdet af de pågældende internetlinks var blevet ændret i mellemtiden, og at visse af de internetsider, som linkene ledte hen til, var forsvundet. Harmoniseringskontoret oplyste ligeledes, at kontoret ikke var i besiddelse af papirudgaver, som det kunne fremlægge for Retten.
- 39 Det følger heraf, at de argumenter, Harmoniseringskontoret fremførte i den anfægtede afgørelses punkt 39, på ingen måde imødegår sagsøgerens første klagepunkt vedrørende retten til at blive hørt.
- 40 For så vidt angår Harmoniseringskontorets argument om, at sagsøgeren burde være bekendt med de former på guitarer, som undersøgeren og appelkammeret henviste til, eftersom selskabet er erhvervsdrivende i den omhandlede sektor, bemærkes, at Harmoniseringskontoret under retsmødet medgav, at den eneste måde, hvorpå de former på guitarer, som undersøgeren og appelkammeret havde henvist til, kunne identificeres, var ved at åbne det pågældende link.
- 41 Det står imidlertid klart, at denne måde at identificere den pågældende form på er nytteløs i et tilfælde, hvor det omhandlede link er utilgængeligt, og udelukker ikke muligheden for, at det anførte link på et senere tidspunkt leder hen til en anden guitar end den, der blev taget i betragtning af undersøgeren eller appelkammeret.
- 42 Hvad angår visse tilgængelige links, der leder hen til en række former på guitarer, bekræftede Harmoniseringskontoret under retsmødet, at identifikationen af den specifikke form, der blev taget i betragtning af appelkammeret, kun kunne ske ved at tage kontakt til appelkammerets referent.

- 43 For så vidt angår sagsøgerens første klagepunkt vedrørende retten til at blive hørt må Retten følgelig konstatere, at den fremgangsmåde, hvorefter der alene blev fremsendt adresser på internetlinks i de to meddelelser om registreringshindringer, uden at der blev vedlagt papirudgaver af de sider, som disse links ledte hen til, ikke gjorde det muligt for sagsøgeren at identificere de former på guitarer, der var taget i betragtning af appelkammeret, før den anfægtede afgørelse blev truffet.
- 44 Hvad angår sagsøgerens andet klagepunkt skal det ligeledes bemærkes, at sagsøgeren end ikke teoretisk set havde mulighed for, før den anfægtede afgørelse blev truffet, at få adgang til de 19 links, der først blev meddelt sagsøgeren ved den anfægtede afgørelse (jf. præmis 33-35 ovenfor).
- 45 Følgelig må det konkluderes, at appelkammeret ved vedtagelsen af den anfægtede afgørelse tog hensyn til faktiske omstændigheder, som ikke var blevet meddelt sagsøgeren forud for vedtagelsen af nævnte afgørelse.
- 46 Appelkammeret har dermed tilsidesat artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94.
- 47 Det skal derfor undersøges, om denne tilsidesættelse af retten til at blive hørt vedrører de faktiske forhold, som danner grundlag for den anfægtede afgørelse.
- 48 I denne henseende har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at konklusionen om at give afslag på ansøgningen var støttet på en analyse, der var uafhængig af den omhandlede søgning på internettet. I denne forbindelse har Harmoniseringskon-

toret anført, at tilstedeværelsen af en lang række forskellige former på guitarer, herunder »spidse guitarer«, er en velkendt kendsgerning, og at konklusionen om, at det ansøgte tegn er en af mange »spidse« former på markedet, er støttet på de dokumentbeviser, der er fremlagt af sagsøgeren. Under retsmødet har Harmoniseringskontoret præciseret, at den anfægtede afgørelses punkt 15, 24, 25 og 29, der udgør grundlaget for afgørelsen om afslag, ikke har forbindelse til den søgning på internettet, som blev foretaget af undersøgeren og appelkammeret.

49 Det bemærkes, at ovennævnte punkter i det væsentlige indeholder to påstande. For det første, at der findes en lang række forskellige former på guitarer på markedet, hvilket således forhindrer forbrugerne i at anse formen på guitarer for en oprindelsesangivelse. For det andet, at den ansøgte form ikke afviger væsentligt fra de andre former på heavy metal-guitarer på markedet og derfor ikke gør det muligt for forbrugerne at anse den for en identifikation med hensyn til oprindelsen.

50 Det må i denne henseende konstateres, at Harmoniseringskontoret blot har gjort gældende, at det er en velkendt kendsgerning, at der er en lang række forskellige former på guitarer på markedet, og at det forhold, at den ansøgte form er omfattet af kategorien spidse guitarer, ifølge Harmoniseringskontoret fremgår af de dokumenter, som sagsøgeren har fremlagt under den administrative procedure. Derimod har Harmoniseringskontoret på ingen måde hævdet, at dets påstand om, at den ansøgte form ligner de andre former på guitarer på markedet, er en sådan velkendt kendsgerning.

51 Retten er i denne henseende af den opfattelse, at bedømmelsen af, hvorvidt der er lighed mellem den ansøgte form og de andre eksisterende former, nødvendigvis kræver en sammenlignende undersøgelse af den ansøgte form og hver af de andre specifikke modeller, der ligner den. Identifikationen af de andre modeller, der tjener som reference for bedømmelsen af denne lighed, var derfor i denne henseende et uundværligt element i appelkammerets analyse. Harmoniseringskontoret har imidlertid ikke bestridt, at internethenvisningerne i meddelelserne om registre-

ringshindringer og i den anfægtede afgørelse skulle bruges til at identificere de specifikke modeller fra andre guitarfabrikanter, som blev taget i betragtning af undersøgeren og appelkammeret.

- 52 Dertil kommer, at undersøgeren udtrykkeligt bekræftede i den anden meddelelse om registreringshindringer, at »de resultater af søgningen på internettet, som er meddelt sagsøgeren, har udgjort grundlaget for Harmoniseringskontorets afslag på varemærket«.
- 53 Det skal ligeledes bemærkes, at den anfægtede afgørelses punkt 24, 25 og 29 efterfølger punkt 20-22, hvor der henvises til de forskellige modeller, som undersøgeren og appelkammeret tog i betragtning, og gentager de faktuelle konklusioner, der drages i punkt 20-23 af undersøgelsen af de modeller, der var præsenteret på de omhandlede internetsider, herunder bl.a. konstateringen af, at den ansøgte form ligner eller er identisk med de andre former på markedet.
- 54 Retten er følgelig af den opfattelse, at den omhandlede søgning på internettet ikke er bekræftende — eller overflødig — i forhold til den analyse, appelkammeret foretog, men udgør udgangspunktet herfor.
- 55 Retten må herefter konstatere, at konklusionen i den anfægtede afgørelse om at give afslag på det ansøgte varemærke er baseret på faktiske forhold, som ikke er blevet meddelt sagsøgeren forud for afgørelsens vedtagelse. Tilsidesættelsen af sagsøgerens ret til at blive hørt påvirker således selve den anfægtede afgørelses konklusion.

- 56 For fuldstændighedens skyld bemærkes, at det følger af artikel 73, første punktum, i forordning nr. 40/94, at Harmoniseringskontorets afgørelser skal begrundes. Denne forpligtelse har samme rækkevidde som forpligtelsen i artikel 253 EF (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).
- 57 I denne henseende fremgår det af fast retspraksis, at forpligtelsen til at begrunde individuelle afgørelser har det dobbelte formål dels, at den berørte part kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, således at vedkommende kan forsvare sine rettigheder, dels at Fællesskabets retsinstanser kan efterprøve afgørelsens lovlighed (Domstolens dom af 14.2.1990, sag C-350/88, Delacre m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 395, præmis 15, Rettens dom af 6.4.2000, sag T-188/98, Kuijer mod Rådet, Sml. II, s. 1959, præmis 36, og af 23.10.2002, sag T-388/00, Institut für Lernsysteme mod KHIM — Educational Services (ELS), Sml. II, s. 4301, præmis 59). Spørgsmålet om, hvorvidt begrundelsen for en afgørelse opfylder disse krav, skal ikke blot vurderes i forhold til afgørelsens ordlyd, men ligeledes i forhold til den sammenhæng, hvori den indgår, samt alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (Domstolens dom af 29.2.1996, sag C-122/94, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 881, præmis 29, og dommen i sagen VITATASTE og METABALANCE 44, nævnt i præmis 56 ovenfor, præmis 73).
- 58 Med hensyn til det foreliggende tilfælde bemærkes, at Harmoniseringskontoret under retsmødet medgav, at flere af de internetlinks, der blev meddelt sagsøgeren ved de to meddelelser om registreringshindringer samt ved den anfægtede afgørelse, var blevet utilgængelige, at indholdet af dem var blevet ændret i mellemtiden, og for så vidt angik de links, der ledte hen til en række former på guitarer, at det kun var muligt at identificere den form, appelkammeret tog i betragtning, ved at tage kontakt til appelkammerets referent. Det skal også bemærkes, at Retten under dens behandling af sagen alene kunne få adgang til to af de syv links, der ledte hen til de andre guitarproducenters hjemmesider, som fremgik af de to meddelelser om registreringshindringer, og alene til otte af de nitten links, der blev nævnt for første gang i den anfægtede afgørelse.

- 59 Retten konstaterer i denne henseende, at meddelelsen af faktiske forhold, som danner grundlag for en afgørelse fra appelkammeret, i form af internetlinks, der er utilgængelige på det tidspunkt, hvor Retten behandler sagen, eller i form af tilgængelige links, hvis indhold har ændret sig eller kan have ændret sig siden undersøgerens eller appelkammerets undersøgelse, ikke udgør en tilstrækkelig begrundelse som omhandlet i den retspraksis, der er nævnt i præmis 57 ovenfor, da den ikke gør det muligt for Retten at efterprøve lovligheden af den anfægtede afgørelse.
- 60 Henset til det ovenfor anførte må det konkluderes, at den anfægtede afgørelse udgør en tilsidesættelse af artikel 73 i forordning nr. 40/94, idet den både udgør en tilsidesættelse af begrundelsespligten og retten til at blive hørt i henhold til denne artikel, og at denne tilsidesættelse påvirker det grundlag, som den anfægtede afgørelse om afslag på det ansøgte varemærke hovedsagelig er støttet på.
- 61 Første led af sagsøgerens eneste anbringende skal derfor tages til følge, og den anfægtede afgørelse annulleres, uden at der er grund til at tage stilling til sagsøgerens øvrige argumenter.

Sagens omkostninger

- 62 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Harmoniseringskontoret har tabt sagen, idet den anfægtede afgørelse annulleres, og bør derfor pålægges at betale sagsøgerens omkostninger i overensstemmelse med dennes påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Tredje Afdeling)

- 1) **Afgørelsen truffet den 7. juni 2005 af Andet Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 1035/2004-2) annulleres.**
- 2) **Harmoniseringskontoret bærer sine egne omkostninger og betaler sagsøgerens omkostninger.**

Jaeger

Tiili

Czúcz

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 7. februar 2007.

E. Coulon

Justitssekretær

M. Jaeger

Afdelingsformand