

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

29. april 2004 *

I sag T-399/02,

Eurocermex SA, Evere (Belgien), ved avocats A. Bertrand og T. Reisch,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM)
ved S. Laitinen og A. Rassat, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 21. oktober 2002 af Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret (sag R 188/2002-1) vedrørende en ansøgning om registrering af et tredimensionalt varemærke (flaske med lang hals, hvori der er isat en citronskive) som EF-varemærke,

* Processprog: fransk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, J. Pirrung, og dommerne A.W.H. Meij og N.J. Forwood,

justitssekretær: fuldmægtig J. Palacio González,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 31. december 2002,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 24. april 2003,

og efter retsmødet den 25. november 2003,

afsagt følgende

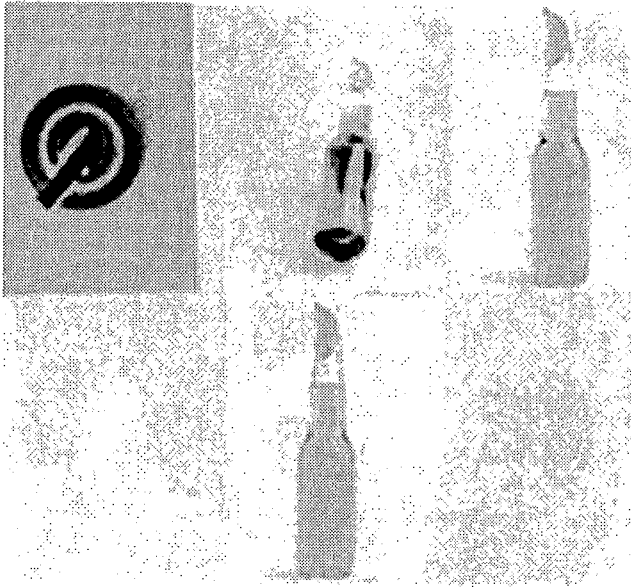
Dom

Twistens baggrund

- 1 Den 27. november 1998 indgav sagsøgeren, hvis virksomhed består i markedsføring og forhandling af den mexicanske øl CORONA på det europæiske område, i henhold til 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«).

- 2 Varemærket, der ønskes registreret, er en tredimensional form med krav om farverne gul og grøn. Det fremgår af den grafiske gengivelse, således som den foreligger i bilaget til registreringsansøgningen (gengivet nedenfor i sort og hvid), at varemærket består af en gennemsigtig langhalset flaske, der er fyldt med en gul væske, hvori der i flaskehalsen er isat en citronskive med grøn skal.



- 3 De varer og tjenesteydelser, som varemærkeansøgningen vedrører, henhører under klasse 16, 25, 32 og 42 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 16: »Papir, pap og varer heraf; tryksager, bogbinderiartikler, fotografier; papirhandlervarer; klæbemidler, klæbemidler til papirvarer og til husholdningsbrug; kontorartikler (med undtagelse af møbler); plasticmateriale til emballeringsbrug (ikke indeholdt i andre klasser), tryktyper; klicheer«.

- Klasse 25: »Beklædningsgenstande af enhver slags, T-shirts, korte bukser og bukser af enhver slags; fodtøj af enhver slags; hovedbeklædning af enhver slags«.

- Klasse 32: »Øl; mineralvand og kulsyreholdige drikke; frugtsaft«.

- Klasse 42: »Restauranter, barer, snackbarer«.

4 Ved skrivelse af 18. oktober 1999 gjorde undersøgeren sagsøgeren opmærksom på, at hun fandt, at det ansøgte varemærke savnede ethvert fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

- 5 Ved skrivelse af 17. februar 2000, der blev sendt ved telefax den 22. februar 2000, fremsendte sagsøgeren sine bemærkninger i denne forbindelse og gjorde gældende, at ordmærket CORONA var almindeligt kendt. Der henvistes i skrivelsen til medfølgende bilag, heriblandt en artikel med titlen »Den mexicanske øl«, der var offentliggjort i avisen *Le Monde* den 31. august 1997. Disse bilag var imidlertid ikke indeholdt i appelkammerets sagsakter, der blev fremlagt for Retten.

- 6 Ved skrivelse af 25. september 2001 gentog undersøgeren sin opfattelse, hvorefter det ansøgte varemærke savnede ethvert fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, og opfordrede sagsøgeren til inden for en frist på to måneder at fremkomme med beviser for, at dette varemærke havde opnået fornødent særpræg som følge af den brug, der var gjort heraf.

- 7 Ved afgørelse af 21. december 2001 afslog undersøgeren varemærkeansøgningen i medfør af artikel 38 i forordning nr. 40/94 for varer og tjenesteydelser i klasse 32 og 42 med den begrundelse, at det ansøgte varemærke savnede ethvert fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Undersøgeren konstaterede, at sagsøgeren ikke inden for den herfor fastsatte frist var fremkommet med beviser for, at dette varemærke havde opnået fornødent særpræg som følge af den brug, der var gjort heraf.

- 8 Den 20. februar 2002 indgav sagsøgeren i medfør af artikel 59 i forordning nr. 40/94 en klage til Harmoniseringskontoret over undersøgerens afgørelse. Ved afgørelse af 21. oktober 2002, der blev meddelt sagsøgeren den 24. oktober 2002 (herefter »den anfægtede afgørelse«), annullerede Første Appelkammer delvist undersøgerens afgørelse, for så vidt som denne afgørelse havde afslået varemærkeansøgningen for varer benævnt »mineralvand« i klasse 32. Appelkammeret afviste i øvrigt klagen.

Parternes påstande

9 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

- Den anfægtede afgørelse omgøres, idet undersøgerens afgørelse annulleres med hensyn til varerne og tjenesteydelserne benævnt »øl; kulsyreholdige drikke; frugtsaft; restauranter, barer og snackbarer«, og idet sagen hjemvises til undersøgeren til fornyet behandling.

- Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

10 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.

- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

11 Til støtte for søgsmålet har sagsøgeren anført to anbringender om tilsidesættelse af henholdsvis artikel 7, stk. 1, litra b), og artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

Det første anbringende om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

- 12 Sagsøgeren har kritiseret appelkammerets analyse, hvorefter forbrugeren er vant til formen på den flaske, der udgør det ansøgte varemærke, såvel til øl som til kulsyreholdige drikke og frugtsaft. Ifølge sagsøgeren bliver alene visse mexicanske øl solgt i flasker med denne form, mens de øl, der markedsføres i Europa — undtagen visse, der med held har været gjort til genstand for retsforfølgninger om tilsidesættelse af varemærker — forefindes på flasker, hvis former adskiller sig væsentligt fra den form, der udgør det ansøgte varemærke.
- 13 For så vidt angår frugtsaft har sagsøgeren anført, at den klassiske flaske til disse drikkevarer adskiller sig fra den omhandlede flaske navnlig ved at have en anden størrelse og en kortere flaskehals. Med hensyn til kulsyreholdige drikke har sagsøgeren gjort gældende, at forbrugeren ikke er vant til flasker på 33 cl, sådan som den omtvistede flaske, da kulsyreholdige drikke normalt markedsføres i flasker på 75 cl eller en liter.
- 14 Endelig har sagsøgeren under henvisning til en avisartikel anført, at den omstændighed, at der er isat et stykke citron i flaskehalsen, er en særegenhed ved det ansøgte varemærke, der giver den relevante kundekreds mulighed for at identificere den forretningsmæssige oprindelse af de varer, der har dette kendetegn. Sagsøgeren har tilføjet, at appelkammeret ikke har begrundet sit standpunkt for så vidt angår frugtsaft og kulsyreholdige drikke, eftersom det ikke er sædvanligt at pynte denne type drikkevarer med et stykke citron.

- 15 Harmoniseringskontoret har bemærket, at man helt naturligt kommer til at tænke på formen på den flaske, der udgør det ansøgte varemærke. Særligt for så vidt angår den omhandlede flaskehals' langstrakte form har Harmoniseringskontoret ved at give visse eksempler gjort gældende, at talrige øl bliver markedsført i flasker, der overordnet set har den samme udformning. Med hensyn til den omstændighed, at der er isat en citronskive i halsen på flasken, er Harmoniseringskontoret af den opfattelse, at dette udgør en simpel tilføjelse af en banal detalje, der desuden er almindeligt anvendt til visse typer øl. Harmoniseringskontoret har konkluderet, at det ansøgte varemærkes forskellige bestanddele isoleret set er almindeligt anvendt til markedsføringen af de omhandlede varer, og at der er konkrete forhold, der gør det muligt at konkludere, at disse bestanddele set som en helhed ligeledes er almindeligt anvendt på området for den pågældende type virksomhed eller er egnede til at blive anvendt.

Rettens bemærkninger

- 16 Ifølge artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er det udelukket at registrere »varemærker, som mangler fornødent særpræg«.
- 17 Det forhold, at et varemærke har særpræg i henhold til nævnte bestemmelse, betyder, at varemærket er egnet til at identificere den vare, for hvilken der ansøges om registrering, som hidrørende fra en bestemt virksomhed, og dermed til at adskille denne vare fra andre virksomheders varer (Domstolens dom af 18.6.2002, sag C-299/99, Philips, Sml. I, s. 5475, præmis 35, og af 8.4.2003, forenede sager C-53/01 — C-55/01, Linde m.fl., Sml. I, s. 3161, præmis 40).
- 18 De af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 omfattede varemærker er navnlig de varemærker, der ud fra den relevante kundekreds' synspunkt er almindeligt anvendt i omsætningen til at præsentere de pågældende varer eller

tenesteydelser, eller i forhold til hvilke der i det mindste findes konkrete forhold, der gør det muligt at konkludere, at de kan anvendes på denne måde (Rettens dom af 2.7.2002, sag T-323/00, SAT.1 mod KHIM (SAT.2), Sml. II, s. 2839, præmis 37, og af 5.3.2003, sag T-194/01, Unilever mod KHIM (ægformet tablet), Sml. II, s. 383, præmis 39).

- 19 Spørgsmålet, om et varemærke har fornødent særpræg, skal bedømmes i forhold til dels de varer og tjenesteydelser, for hvilke der er ansøgt om registrering af mærket, dels opfattelsen hos den berørte kundekreds, der normalt består af forbrugere af disse varer eller tjenesteydelser (Linde m.fl.-dommen (jf. præmis 17 ovenfor), præmis 41). Der er herved tale om den opfattelse, som en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger af den pågældende vare- eller tjenesteydelseskategori må formodes at have (jf. analogt Domstolens dom af 16.7.1998, sag C-210/96, Gut Springenheide og Tusky, Sml. I, s. 4657, præmis 31, og Philips-dommen (jf. præmis 17 ovenfor), præmis 63).
- 20 Den kundekreds, der er berørt af det ansøgte varemærke, er samtlige endelige forbrugere. Øl, kulsyreholdige drikke og frugtsaft udgør nemlig dagligvarer. Det forholder sig på samme måde med de tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkeansøgningen.
- 21 For så vidt angår varer, for hvilke registrering af varemærket er blevet afslået i den foreliggende sag, nemlig øl, kulsyreholdige drikke og frugtsaft, udgøres det ansøgte varemærke af deres emballage, dvs. flasken, samt af et tilbehør til denne emballage, dvs. citronskiven. Eftersom drikkevarer, som andre væsker, ikke har en egentlig form, og eftersom markedsføringen heraf kræver en emballage, der giver varen form, skal denne emballage ved undersøgelsen af en ansøgning om registrering som varemærke sidestilles med varens form.

- 22 I denne henseende fremgår det af retspraksis, at kriterierne for bedømmelsen af, om tredimensionale varemærker, der består af en vares form, har fornødent særpræg, er de samme som dem, der gælder for andre typer varemærker. Artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 foretager nemlig ingen sondring vedrørende forskellige typer varemærker ved bedømmelsen af, om de har et fornødent særpræg [jf. for så vidt angår formen på varen dommen i sagen om en ægformet tablet (jf. præmis 18 ovenfor), præmis 44, samt for så vidt angår artikel 3, stk. 1, litra b), i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1) Linde m.fl.-dommen (jf. præmis 17 ovenfor), præmis 42-49].
- 23 Ikke desto mindre er den relevante kundekreds' opfattelse ikke nødvendigvis den samme, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, der består af en vares indpakning, som når der er tale om et ordmærke, figurmærke eller et tredimensionalt varemærke, der består af et tegn, som er uafhængigt af fremtrædelsesformen for de varer, det betegner. Gennemsnitsforbrugerne er ikke vant til at udlede en vares oprindelse ud fra dens emballages form uden noget grafisk eller tekstmæssigt element, og det kan således vise sig vanskeligt at bevise, at varemærket har særpræg, når der er tale om et tredimensionalt varemærke (jf. analogt Linde m.fl.-dommen (jf. præmis 17 ovenfor), præmis 48, Domstolens dom af 6.5.2003, sag C-104/01, Libertel, Sml. I, s. 3793, præmis 65, og dommen i sagen om en ægformet tablet (jf. præmis 18 ovenfor), præmis 45).
- 24 Da emballeringen af en flydende vare er påkrævet for markedsføringen, tillægger gennemsnitsforbruger i første omgang emballagen en ren indpakkingsfunktion. Et tredimensionalt varemærke, der udgøres af en sådan emballage, har kun fornødent særpræg i den i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 anvendte betydning, hvis det gør det muligt for en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger af en sådan vare, uden at foretage undersøgelser eller sammenligninger og uden at udvise særlig opmærksomhed, at adskille den omhandlede vare fra andre virksomheders varer.

- 25 Da sagsøgeren har ansøgt om registrering af et varemærke, der består af flere bestanddele (eller et sammensat varemærke), skal varemærket med henblik på bedømmelsen af, hvorvidt det har fornødent særpræg, bedømmes ud fra helhedsindtrykket. Dette er imidlertid ikke uforeneligt med en undersøgelse hver for sig af de forskellige bestanddele, som varemærket består af (dommen i sagen om en ægformet tablet (jf. præmis 18 ovenfor), præmis 54).
- 26 Hvad først angår det ansøgte varemærkes tredimensionale form, fremstår varemærket som en glasflaske, hvis øverste del er lidt kegleformet, og som har en langstrakt flaskehals.
- 27 Appellkammeret har i denne henseende i den anfægtede afgørelses punkt 13 korrekt fremhævet, at ikke alene adskillige øl, men ligeledes kulsyreholdige drikkevarer og frugtsaft, bliver markedsført i flasker, hvis former er meget lig den i denne sag omhandlede form. Harmoniseringskontoret har som bilag til dets svar fremlagt flere billeder af ølflasker, der bekræfter denne påstand. Derimod er sagsøgeren ikke fremkommet med nogen beviser til støtte for sin påstand om, at der med held var ført retssager mod anvendelsen af lignende flasker til europæiske øl. Hvad angår kulsyreholdige drikkevarer og frugtsaft er det almindeligt kendt, at disse drikkevarer bliver markedsført i flasker af forskellige størrelser og ikke kun i flasker på 75 cl eller en liter, som sagsøgeren har anført. Desuden varierer formerne på disse flasker betydeligt. Den tredimensionale form på den omhandlede flaske er følgelig almindeligt anvendt, eller er i det mindste egnet til at blive anvendt, til at præsentere samtlige omhandlede varer.
- 28 Hvad dernæst angår limeskiven viser de henvisninger til internetsider, der fremgår af fodnoten til punkt 15 i den anfægtede afgørelse, og de yderligere angivelser, der er fremlagt af Harmoniseringskontoret som bilag til dets svar, i fornødent omfang, at denne del af varemærket er almindeligt anvendt i omsætningen til at præsentere øl. For så vidt angår de andre omhandlede varer er det almindeligt kendt, at citronen er almindeligt anvendt i omsætningen til at præsentere forskellige slags levnedsmidler. Dette gælder ligeledes den omstændighed, at

skiver eller stykker af citron hyppigt tilføjes til kulsyreholdige drikke eller andre ikke-alkoholholdige drikke, når disse drikke indtages, og at limefrugten ligeledes anvendes på denne måde. Disse omstændigheder udgør konkrete holdepunkter, der gør det muligt at konkludere, at citronen og limefrugten er egnede til at blive almindeligt anvendt i omsætningen til at præsentere de omhandlede varer.

- 29 Med hensyn til de ansøgte farver fremgår det af den grafiske gengivelse af det ansøgte varemærke, at det drejer sig om dels farven på det gule indhold af flasken, der i sig selv er gennemsigtig, dels farverne på citronskivens grønne skal og på frugtkødet, der er gulgrønt med en meget lys nuance. Den gule farve svarer imidlertid til farven på øl og til farven på visse kulsyreholdige drikke, nemlig limonader, mens de to grønne nuancer, der fremgår af gengivelsen af varemærket, svarer til den naturlige farve på limefrugtens skal og frugtkød. Endvidere er farverne gul og grøn grundfarver, der er almindeligt anvendt i omsætningen til at præsentere alle slags levnedsmidler og i særdeleshed drikkevarer.
- 30 Det følger heraf, at det ansøgte varemærke består af en kombination af bestanddele, hvor hver enkelt bestanddel — der er egnet til at blive almindeligt anvendt i omsætningen til at præsentere de varer, der er omhandlet i varemærkeansøgningen — mangler fornødent særpræg i forhold til disse varer.
- 31 Det fremgår af retspraksis, at når et sammensat varemærke udelukkende er sammensat af elementer uden det fornødne særpræg i forhold til de pågældende varer og tjenesteydelser, kan varemærket i sin helhed ligeledes antages at være egnet til at blive almindeligt anvendt i handelen ved præsentationen af disse varer og tjenesteydelser (SAT.2-dommen (jf. præmis 18 ovenfor), præmis 49). Denne antagelse fraviges kun i det tilfælde, hvor konkrete omstændigheder, eksempelvis måden hvorpå elementerne er sammensat, viser, at det sammensatte varemærke set i sin helhed udgør mere end summen af de enkelte elementer (jf. i denne retning generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse i forbindelse med Domstolens dom af 12.2.2004, sag C-363/99, Koninklijke KPN Nederland, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, punkt 65).

- 32 I det foreliggende tilfælde synes der ikke at foreligge sådanne særlige omstændigheder. Det ansøgte varemærke, der hovedsageligt er karakteriseret ved kombinationen af en flaskes tredimensionale form med på den ene side farverne grøn og gul, og på den anden side en skive lime, er egnet til at blive almindeligt anvendt i omsætningen ved præsentationen af de varer, som er omfattet af varemærkeansøgningen. Hvad særligt angår det ansøgte varemærkes opbygning, der er karakteriseret ved, at der er sat en citronskive ned i flaskens hals, er det vanskeligt at forestille sig andre muligheder for at kombinere disse bestanddele i en enkelt tredimensional enhed. Desuden er det den eneste måde, hvorpå man kan pynte en drikkevare med en skive eller et stykke citron, når drikkevaren bliver drukket direkte fra flasken. Det følger heraf, at den måde, hvorpå det foreliggende sammensatte varemærkes bestanddele er kombineret, ikke er egnet til at give varemærket det fornødne særpræg.
- 33 Det skal tilføjes, at eventuelle forskelligheder mellem formen og farven på det ansøgte varemærke og formen og farven på andre flasker, der anvendes som emballage til de omhandlede varer, ikke vil kunne påvirke denne konklusion. Set som helhed adskiller det ansøgte varemærke sig således ikke væsentligt fra de grundformer for emballering af de omhandlede varer, der er almindeligt anvendt i omsætningen, men fremstår nærmere som en variant af disse former.
- 34 Gennemsnitsforbrugeren foretager ikke en detaljeret gennemgang af formen og farven på de pågældende drikkevarers emballage, og en sådan forbruger ofrer dem kun en ret ringe grad af opmærksomhed.
- 35 Det ansøgte varemærke, således som det opfattes af en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger, er følgelig ikke egnet til at individualisere de varer, som varemærkeansøgningen omhandler, og til at adskille dem fra varer af en anden handelsmæssig oprindelse. Det mangler derfor fornødent særpræg i forhold til disse varer.

- 36 Vedrørende de tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkeansøgningen, nemlig restauranter, barer og snackbarer, bemærkes, at disse tjenesteydelser navnlig har til formål at markedsføre de omhandlede varer. Som det er fastslået ovenfor er det ansøgte varemærke egnet til at blive almindeligt anvendt i omsætningen til at præsentere disse varer. Denne omstændighed udgør imidlertid et konkret forhold, der gør det muligt at konkludere, at dette varemærke ligeledes er egnet til at blive almindeligt anvendt i omsætningen til at præsentere disse tjenesteydelser. Det mangler følgelig fornødent særpræg i forhold til disse tjenesteydelser.
- 37 Det følger heraf, at anbringendet om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 må forkastes.

Det andet anbringende om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

- 38 Sagsøgeren har anført, at selskabet i vidt omfang har benyttet det ansøgte varemærke ved markedsføringen af øllen CORONA på hele Fællesskabets område, og at dette varemærke har været gjort til genstand for seriøs, vedholdende og kontinuerlig reklame. Ifølge sagsøgeren er varemærket følgelig egnet til at identificere de omhandlede varer som hidrørende fra sagsøgerens virksomhed.
- 39 Til støtte for sin påstand har sagsøgeren som bevis for det første vedlagt stævningen de dokumenter, som selskabet allerede fremlagde som bilag til begrundelsen for klagen ved Harmoniseringskontoret, dateret den 19. april 2002,

for det andet artiklen »Den mexicanske øl« fra avisen *Le Monde*, som sagsøgeren henviste til under sagsbehandlingen for undersøgeren, for det tredje fem fotografier af flasker og for det fjerde en artikel med titlen »Fakta om øl«.

- 40 Harmoniseringskontoret har anført, at de beviser, som blev fremlagt af sagsøgeren under sagens behandling ved appelkammeret, er utilstrækkelige til at godtgøre, at det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg som følge af den brug, der er gjort heraf, og at de beviser, som blev fremlagt første gang sammen med stævningen for Retten, skal lades ude af betragtning.

Retten's bemærkninger

- 41 I henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 er de absolutte registreringshindringer i samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra b)-d), ikke til hinder for en registrering af et varemærke, hvis mærket som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg for de varer og tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret. I den i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 omhandlede situation er den omstændighed, at det tegn, der danner det omhandlede mærke, faktisk af den relevante kundekreds opfattes som en angivelse af en vares eller en tjenesteydelses handelsmæssige oprindelse, et resultat af varemærkeansøgerens økonomiske indsats. Denne omstændighed gør det berettiget at se bort fra de almene interesser, der ligger til grund for samme artikels stk. 1, litra b)-d), hvorefter det kræves, at de af disse bestemmelser omhandlede varemærker frit skal kunne anvendes af alle, således at det undgås, at der skabes en uberettiget konkurrencefordel for én erhvervsdrivende (SAT.2-dommen, præmis 36).
- 42 For det første fremgår det af retspraksis vedrørende fortolkningen af artikel 3, stk. 3, i direktiv 89/104, som indholdsmæssigt stort set er identisk med artikel 7,

stk. 3, i forordning nr. 40/94, at det, for at varemærket har fået fornødent særpræg ved brug, kræves, at i det mindste en betydelig andel af den relevante kundekreds identificerer de omhandlede varer eller tjenesteydelser som hidrørende fra en bestemt virksomhed. De omstændigheder, der skal være til stede, for at betingelsen om, at varemærket har fået fornødent særpræg ved brug, kan anses for opfyldt, kan dog ikke udelukkende godtgøres på grundlag af almindelige og abstrakte oplysninger, såsom bestemte procentsatser (jf. i denne retning Domstolens dom af 4.5.1999, forenede sager C-108/97 og C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Sml. I, s. 2779, præmis 52, og Philips-dommen (jf. præmis 17 ovenfor), præmis 61).

43 For det andet bemærkes, at for at opnå registrering af et varemærke i medfør af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, skal det særpræg, der er opnået som følge af brugen af dette mærke, kunne påvises i den væsentlige del af Fællesskabet, hvor mærket manglede særpræg efter samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra b), c) og d), (Rettens dom af 30.3.2000, sag T-91/99, Ford Motor mod KHIM (OPTIONS), Sml. II, s. 1925, præmis 27).

44 Der skal for det tredje i en sag som den foreliggende ved vurderingen af, om varemærket har fået fornødent særpræg ved brug, tages hensyn til faktorer som bl.a. varemærkets markedsandel, intensiteten, den geografiske udstrækning og varigheden af brugen af dette varemærke og størrelsen af de investeringer, som virksomheden har foretaget for at fremme varemærket. Passende bevismidler i denne henseende er bl.a. erklæringer fra industri- og handelskamre eller andre faglige sammenslutninger samt forbrugerundersøgelser (jf. i denne retning Windsurfing Chiemsee-dommen (jf. præmis 42 ovenfor), præmis 51 og 53, og Philips-dommen (jf. præmis 17 ovenfor), præmis 60).

45 Varemærket skal for det fjerde have fået fornødent særpræg ved brug inden indgivelsen af varemærkeansøgningen (Rettens dom af 12.12.2002, sag T-247/01, eCopy mod KHIM (ECOPY), Sml. II, s. 5301, præmis 36).

- 46 Det er på baggrund af disse bemærkninger, at det skal undersøges, om appelkammeret i den foreliggende sag har overtrådt artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 ved at fastslå, at det ansøgte varemærke ikke kan registreres i henhold til denne bestemmelse.
- 47 Den anfægtede afgørelse indeholder ikke nogen fastlæggelse af den del af Fællesskabet, hvor det ansøgte varemærke mangler fornødent særpræg. Når der imidlertid er tale om varemærker, der ikke er ordmærker — som det varemærke, der er omhandlet i denne sag — må det antages, at bedømmelsen af deres fornødne særpræg er den samme i hele Fællesskabet, medmindre der er konkrete holdepunkter for det modsatte. Eftersom det i den foreliggende sag ikke fremgår af sagsakterne, at dette er tilfældet, må det fastslås, at den registreringshindring, der er omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, er til stede — for så vidt angår det ansøgte varemærke — i hele Fællesskabet. Det er derfor i hele Fællesskabet, at dette varemærke skal have opnået fornødent særpræg ved brug for at kunne registreres i henhold til samme forordnings artikel 7, stk. 3.
- 48 Under den administrative sagsbehandling ved Harmoniseringskontoret har sagsøgeren i begrundelsen for klagen dateret den 19. april 2002 faktisk hævdet, at det ansøgte varemærke havde opnået fornødent særpræg ved brug i hele Fællesskabet, og sagsøgeren har fremlagt årsrapporten over det mexicanske selskab Grupo Modelo SA de CV's salg og eksport for 1999, reklamemateriale, samt fotografier af flasker.
- 49 Det skal derfor undersøges, om appelkammeret med rette fandt, at de beviser, der blev fremlagt for det, var utilstrækkelige til at godtgøre, at det ansøgte varemærke havde opnået fornødent særpræg ved brug på ansøgningsdatoen.

50 For så vidt angår for det første rapporten om det mexicanske selskab Grupo Modelo SA de CV's salg og eksport har Harmoniseringskontoret med rette anført, at de flasker, der er gengivet heri, ikke alle er identiske med den flaske, der udgør det ansøgte varemærke, og at flaskerne alle bærer en etiket, hvorpå der er angivet ordbestanddele såsom »corona«, »corona extra«, »coronita«, eller endda »estrella«. De finansielle resultater vedrørende perioden 1990-1999, der er angivet på dokumentets side 4 og 5, sonder hverken mellem de forskellige varemærker, som selskabet benytter, eller mellem de forskellige geografiske markeder. De afsnit i dokumentet, der vedrører det europæiske marked, angiver alene på en generel og upræcis måde, at de af selskabet Grupo Modelo SA de CV benyttede varemærkers position er blevet styrket i 1999 i Frankrig, Italien, Belgien, Tyskland, Grækenland og i andre lande, at der er sket en betydelig vækst i Østrig, og at indtrængningen på markedet er forbedret i Det Forenede Kongerige. Hvad særligt vedrører det spanske marked er det i det væsentligste angivet i dokumentet, at der er indledt omfattende reklamekampagner, og at salgstallet er steget med 12% i forhold til 1998, hvilket således styrker varemærket Coronita's position som indehaver af den største markedsandel blandt de importerede øl. Dokumentet indeholder derimod ingen præcis angivelse af det ansøgte varemærkes markedsandel og om omfanget af de investeringer, som virksomheden har foretaget for at fremme varemærket. Dette dokument gør det derfor ikke muligt at konkludere, at i det mindste en betydelig andel af den relevante kundekreds inden for Fællesskabet opfatter det ansøgte varemærke som en angivelse af de omhandlede varers og tjenesteydelsers handelsmæssige oprindelse.

51 Det forholder sig på samme måde med det reklamemateriale, der er fremlagt af sagsøgeren, eftersom materialet ikke muliggør nogen konkret konstatering af de faktorer, der er fastlagt i præmis 44 ovenfor. Desuden indeholder det reklamemateriale, der er fremlagt af sagsøgeren, intet bevis for brugen af varemærket, således som der er ansøgt om det. På alle de billeder, der er fremlagt, er gengivelsen af den ansøgte form og de ansøgte farver således ledsaget af sagsøgerens ordmærker. Følgelig er dette materiale ikke bevis for, at den berørte kundekreds opfatter det ansøgte varemærke som en angivelse af de omhandlede varers og tjenesteydelsers handelsmæssige oprindelse som sådan og uafhængigt af de ordmærker og figurmærker, som varemærket er ledsaget af i reklamerne og ved salget af varerne.

- 52 Det skal tilføjes, at sagsøgeren ikke med henblik på at godtgøre, at det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg, kan gøre de beviser gældende, som selskabet har fremlagt for første gang i et bilag til stævningen. Appellammeret er således kun forpligtet til at tage hensyn til et bevis, der kan være relevant ved bedømmelsen af, om varemærket har opnået fornødent særpræg ved brug, såfremt varemærkeansøgeren har fremlagt beviset under den administrative sagsbehandling ved Harmoniseringskontoret (ECOPY-dommen (jf. præmis 45 ovenfor), præmis 47). Beviser, der ikke er blevet fremlagt under den administrative sagsbehandling ved Harmoniseringskontoret, kan derfor ikke anfægte lovligheden af den anfægtede afgørelse.
- 53 Hvad endelig angår artiklen »Den mexicanske øl« fra avisen *Le Monde*, som sagsøgeren har henvist til under sagsbehandlingen for undersøgeren, og med hensyn til hvilken det ikke klart fremgår af sagen, om den faktisk er blevet fremlagt for Harmoniseringskontoret, er det tilstrækkeligt at bemærke, at denne artikel alene vedrører det franske marked og derfor ikke godtgør, at det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg i hele Fællesskabet.
- 54 Sagsøgeren har følgelig ikke godtgjort, at det ansøgte varemærke har fået fornødent særpræg i hele Fællesskabet som følge af den brug, der er gjort deraf, i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94. Det andet anbringende om tilsidesættelse af denne bestemmelse må derfor forkastes.
- 55 Det følger heraf, at Harmoniseringskontoret må frifindes.

Sagens omkostninger

- 56 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, 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

RET TEN (Anden Afdeling)

- 1) Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) frifindes.
- 2) Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.

Pirrung

Meij

Forwood

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 29. april 2004.

H. Jung

Justitssekretær

J. Pirrung

Afdelingsformand