RETTENS DOM (Tredje Afdeling)

15. december 2005 *

I sag T-262/04,

BIC SA, Clichy (Frankrig) ved avocats M.-P. Escande og A. Guillemin,

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 den afgørelse, der blev truffet den 6. april 2004 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 468/2003-4) vedrørende registrering af et tredimensionalt varemærke med form af en lighter med sten som EF-varemærke,

* Processprog: fransk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Jaeger, og dommerne J. Azizi og E. Cremona,

justitssekretær: assisterende justitssekretær B. Pastor,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 25. juni 2004,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 13. september 2004,

efter retsmødet den 11. maj 2005,

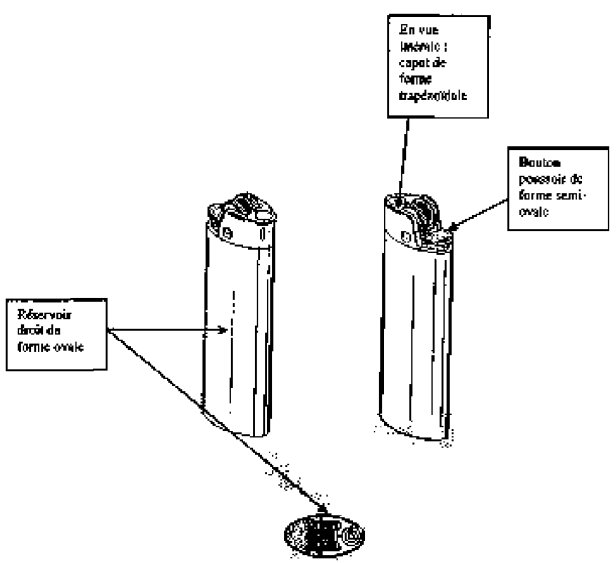
afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder

1 Den 5. juli 2000 indgav sagsøgeren 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 Mærket, for hvilket der er ansøgt om registrering, er det følgende tredimensionale varemærke:



3 De varer, som varemærkeansøgningen vedrører, henhører under klasse 34 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: »Tobak, artikler for rygere, lightere, tændstikker«. Der fremgår ikke krav om registrering af farve i ansøgningen.

4 Den 5. juni 2003 afslog undersøgeren ansøgningen for varerne »artikler for rygere, lightere« med den begrundelse, at det omhandlede tegn manglede fornødent særpræg.

5 Den 29. juli 2003 påklagede sagsøgeren i medfør af artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 undersøgerens afgørelse til Harmoniseringskontoret.

6 Klagen blev afvist ved afgørelse truffet af Fjerde Appelkammer den 6. april 2004 (herefter »den anfægtede afgørelse«). Appelkammeret fandt i det væsentlige, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, og at det med de angivne forhold ikke var godtgjort, at varemærket havde opnået et sådant særpræg ved brug.

Parternes påstande

7 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

8 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger, hvis Harmoniseringskontoret frifindes i det hele.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sine egne omkostninger, hvis den anfægtede afgørelse kun annulleres delvist.

Retlige bemærkninger

9 Sagsøgeren har til støtte for sagen gjort to anbringender gældende, nemlig tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), og af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

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

Parternes argumenter

10 Ifølge sagsøgeren er der ingen tvivl om, at denne lighter, der repræsenterer en markedsandel på 44% i Europa, har fornødent særpræg, når dens form sammenlignes med formen af andre af de mest repræsentative lightere på markedet. Bedømmelsen af det fornødne særpræg skal foretages i forhold til følgende lightere: CRICKET (markedsandel på 16%), TOKAÏ (markedsandel på 16%), TOM FLAME, BAÏDE og PROF (tre varemærker for asiatiske lightere med en markedsandel på 23%), CLIPPER og BRIO (markedsandel på 1%).

11 Sagsøgeren har gjort gældende, at selskabets lighter har en form, der sammenlignet med disse nævnte lightere fremstår som en yderst individualiseret vares form, og adskiller sig således fra andre varers traditionelle former, der befinder sig på det samme marked.

12 Harmoniseringskontorets argumentation indeholder en selvmodsigelse, idet det fastslås, at detaljerne ved den form, der udgør det ansøgte varemærke, er almindelig i handelen, samtidig med at det fastholdes, at disse detaljer adskiller sig fra andre lighteres detaljer, selv om forskellen »næppe er synlig« eller »næppe kan skelnes«.

13 I øvrigt kan Harmoniseringskontorets afgørelse opfattes som udtryk for, at det europæiske lightermarked består af ensartede varer, der hos alle fabrikanter fremstår med ens kendetegn, selv om undersøgeren på sin side gjorde opmærksom på mangfoldigheden af de varer, der findes på markedet.

14 Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at Harmoniseringskontorets bedømmelse udgør en urigtig anvendelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, idet den er baseret på en usammenhængende analyse af den omhandlede form ved en sammenligning af hver af disse detaljer med detaljerne i forskellige af de lightermodeller, der findes på markedet, uden at der henses til måden, hvorpå disse detaljer er udført.

15 Sagsøgeren har i den forbindelse anført, at ingen af de andre lightere, der i øjeblikket udbydes på markedet, har en form med alle de kendetegn, som den i varemærkeansøgningen omhandlede lighter har, navnlig sammensætningen af en lodret, oval beholder, en trapezformet hætte og en semi-oval trykknap. Selv om kendetegnene ved den form, der udgør det ansøgte varemærke, i utilstrækkelig grad adskiller sig fra detaljerne ved andre lighteres former, til særskilt at have fornødent særpræg, står det alligevel ifølge sagsøgeren fast, at sammensætningen er særlig, og at den i sin helhed har det fornødne særpræg, der er nødvendigt for registrering som EF-varemærke. Selv om visse lightere, på grund af lighed ved et enkelt element, nærmer sig den omhandlede form, drejer det sig blot om en efterligning af et af kendetegnene, og ikke af helheden.

16 Lighterens form er i øvrigt ikke bestemt af varens karakter eller anvendelse, og det er ikke godtgjort, at lighterens form ved indgivelsen af registreringsansøgningen vedrørende det tredimensionale varemærke er nødvendig for varen, og at den derfor ikke har et varemærkes fornødne særpræg.

17 Ifølge sagsøgeren bør Harmoniseringskontorets afgørelse på denne baggrund annulleres, i det omfang det deri fastslås, at det ansøgte varemærke umiddelbart mangler fornødent særpræg.

18 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at appelkammeret med rette fastslog, at det ansøgte varemærke i forhold til den relevante kundekreds' opfattelse manglede fornødent særpræg for de angivne varer.

Rettens bemærkninger

19 Som det følger af artikel 4 i forordning nr. 40/94, kan et EF-varemærke bestå af varens form, forudsat at det er egnet til at adskille en virksomheds vare fra andre virksomheders varer. Ifølge samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra b), er det desuden udelukket at registrere »varemærker, som mangler fornødent særpræg«.

20 For det første bemærkes, at ifølge retspraksis er de varemærker, der er omfattet af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, bl.a. varemærker, der set med den relevante kundekreds' øjne almindeligvis anvendes i handelen til at præsentere de pågældende varer eller tjenesteydelser, 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. De tegn, der er omfattet af denne bestemmelse, kan desuden ikke

udfylde varemærkets grundlæggende funktion, nemlig at identificere varens eller tjenesteydelsens oprindelse, således at forbrugeren, der køber den vare eller tjenesteydelse, som varemærket betegner, ved et senere køb kan vælge den samme, hvis det var en positiv erfaring, eller vælge en anden, hvis det var en negativ erfaring (Rettens dom af 3.12.2003, sag T-305/02, Nestlé Waters France mod KHIM (en flaskes form), Sml. II, s. 5207, præmis 28, af 31.3.2004, sag T-216/02, Fieldturf mod KHIM (LOOKS LIKE GRASS... FEELS LIKE GRASS... PLAYS LIKE GRASS), Sml. II, s. 1023, præmis 23 og 24, og af 24.11.2004, sag T-393/02, Henkel mod KHIM (en hvid og gennemsigtig flakons form), Sml. II, s. 4115, præmis 30).

21 Følgelig skal spørgsmålet om, hvorvidt et varemærke har det fornødne særpræg, bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, registreringsansøgningen vedrører, og under hensyn til, hvorledes det opfattes af den relevante kundekreds (Domstolens dom af 29.4.2004, forenede sager C-468/01 P — C-472/01 P, Procter & Gamble mod KHIM, Sml. I, s. 5141, præmis 33, Rettens dom af 30.4.2003, forenede sager T-324/01 og T-110/02, Axions og Belce mod KHIM (formen på en brun cigar og formen på en guldbarre), Sml. II, s. 1897, præmis 30, dommen i sagen om en flaskes form, præmis 29, og dommen i sagen om en hvid og gennemsigtig flakons form, præmis 32).

22 For så vidt angår de varer, der er angivet i registreringsansøgningen, bemærkes, at det anmeldte tegn består af en vares form, nemlig en lighter med sten, der er kendetegnet ved en lodret, oval beholder, en trapezformet hætte og en semi-oval trykknap, således at de varer, der skal tages i betragtning ved bedømmelsen af, om det ansøgte mærke har det fornødne særpræg, er lightere med sten.

23 For så vidt angår den relevante kundekreds må det fastslås, at lightere med sten er almindelige dagligvarer, der er bestemt til alle forbrugere. Spørgsmålet, om det ansøgte varemærke har fornødent særpræg, skal derfor bedømmes under hensyn til

den formodede forventning hos en gennemsnitsforbruger, der er almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet (dommen i sagen Procter & Gamble mod KHIM, præmis 33, dommen i sagen om formen på en brun cigar og formen på en guldbarre, præmis 31, dommen i sagen om en flaskes form, præmis 33, og dommen i sagen om en hvid og gennemsigtig flakons form, præmis 33, jf. også analogt Domstolens dom af 12.2.2004, sag C-363/99, Koninklijke KPN Nederland, Sml. I, s. 1619).

24 Det skal dernæst bemærkes, at ifølge fast retspraksis er kriterierne for bedømmelsen af, om tredimensionale varemærker, der består af selve varens form, har fornødent særpræg, ikke forskellige fra dem, der finder anvendelse på andre varemærkekategorier (dommen i sagen om formen på en brun cigar og formen på en guldbarre, præmis 32, og dommen i sagen om en flaskes form, præmis 35, jf. også analogt Domstolens dom af 18.6.2002, sag C-299/99, Philips, Sml. I, s. 5475, præmis 48, og af 8.4.2003, forenede sager C-53/01 — C-55/01, Linde m.fl., Sml. I, s. 3161, præmis 42 og 46).

25 Der bør dog i forbindelse med anvendelsen af disse kriterier henses til, at den relevante kundekreds' opfattelse ikke nødvendigvis er den samme, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, der består af selve varens form, som når der er tale om et ord- eller figurmærke, der består af et tegn, som er uafhængigt af fremtrædelsesformen for de varer, det betegner. Gennemsnitsforbrugerne er nemlig ikke vant til at udlede varers oprindelse af deres form eller emballage uden nogen geografisk eller tekstmæssig oplysning, og det kan derfor vise sig vanskeligere at bevise, at varemærket har særpræg, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, end når der er tale om et ord- eller figurmærke (Domstolens dom af 29.4.2004, forenede sager C-456/01 P og C-457/01 P, Henkel mod KHIM, Sml. I, s. 5089, præmis 38).

26 På denne baggrund må det fastslås, at 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, at den pågældende form mangler fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Kun et varemærke, der afviger betydeligt fra normen eller branchesædvanen, og derfor opfylder sin grundlæggende oprindelsesfunktion, mangler ikke fornødent særpræg i henhold til nævnte bestemmelse (dommen i sagen Procter & Gamble mod KHIM, præmis 37).

27 Det bør ligeledes bemærkes, at opfattelsen af varemærket i den pågældende kundekreds — i dette tilfælde gennemsnitsforbrugeren — påvirkes af dennes opmærksomhedsniveau, der kan variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om (Rettens dom af 5.3.2003, sag T-194/01, Unilever mod KHIM (en ægformet tablet), Sml. II, s. 383, præmis 42, og dommen i sagen om en flaskes form, præmis 34).

28 I den forbindelse fastslås, at appelkammeret med rette i det væsentlige har anført, at lighteren er en lille genstand, hvis detaljer derfor næppe er synlige. For så vidt angår dagligvarer er gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau i forbindelse med en lighters form ikke skærpet.

29 Det bør for det tredje bemærkes, at det ifølge fast retspraksis er nødvendigt, for at bedømme, om den omhandlede vares form kan opfattes af kundekredsen som en oprindelsesbetegnelse, at bedømme det helhedsindtryk, som formen giver (jf. i denne retning Domstolens dom af 19.9.2002, sag C-104/00 P, DKV mod KHIM, Sml. I, s. 7561, præmis 24). Dette er dog ikke uforeneligt med en undersøgelse af de

forskellige anvendte ydre træk hver for sig (dommen i sagen Procter & Gamble mod KHIM, præmis 45, og dommen i sagen om en ægformet tablet, præmis 54).

30 I den forbindelse skal Retten, som også appelkammeret korrekt har anført i den anfægtede afgørelses punkt 11, bemærke, at beholderens aflange og lige form er en naturlig konsekvens af, at der er tale om en genstand, der skal holdes i hånden, og det er også den mest almindelige form af lightere med sten. Den adskiller sig meget lidt fra formen af de modeller, hvis beholder er let indsnævret ved foden. Hvad angår den ovale form af det ansøgte mærkes beholder fastslår Retten, at denne form næsten ikke adskiller sig fra de almindelige modeller med afrundede sider.

31 Hvad angår den trapezformede hætte bør det, som anført af appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 12, fastslås, at en hætte af denne form adskiller sig meget lidt fra de andre, på markedet forekommende, lighteres rektangulære eller kvadratiske hætter, og at de alle er kendetegnet ved at have fire sider, hvilket gør det usandsynligt, at forbrugeren skulle adskille det ansøgte varemærke.

32 Hvad angår det ansøgte varemærkes semi-ovale trykknap har appelkammeret med rette skønnet, at den næppe adskiller sig fra den klassiske form (halv-cirkelformet eller firkantet) af trykknappen på de andre lightere med sten, der findes i handelen (den anfægtede afgørelses punkt 13).

33 Retten fastslår desuden, at tændingssystemet, uanset formen af lighteren med sten, indeholder et hjul, en hætte og en trykknap, der er placeret i den øverste del af beholderen.

34 På baggrund af det ovenfor anførte fastslås, at det ansøgte tredimensionale varemærke består af en sammensætning af bestanddele, der naturligt melder sig i bevidstheden, og som er typiske for de omhandlede varer. Den omhandlede form adskiller sig nemlig ikke væsentligt fra visse af de berørte varers grundformer, som normalt anvendes i handelen, men den fremtræder snarere som en variation af disse grundformer. Heraf følger, som appelkammeret med rette har anført, at ingen af elementerne i det pågældende varemærke — alene eller sammensat med andre — har fornødent særpræg.

35 Da gennemsnitsforbrugeren desuden normalt næppe er opmærksom på detaljerne ved en lighters form, og kun ser den i sin helhed, gør den omhandlede form det ikke muligt for den relevante kundekreds umiddelbart og sikkert at adskille sagsøgerens lighter med sten fra lightere hidrørende fra andre virksomheder. Følgelig mangler den fornødent særpræg i forhold til disse varer.

36 Det følger af ovenstående overvejelser, at appelkammeret med rette fastslog, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

37 På denne baggrund skal anbringendet om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 forkastes.

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

Parternes argumenter

38 Sagsøgeren har gjort gældende, at alle de kriterier, der er angivet i Domstolens dom af 4. maj 1999, Windsurfing Chiemsee (forenede sager C-108/97 og C-109/97, Sml. I, s. 2779, præmis 51 og 53), til brug for vurderingen af, om det fornødne særpræg er opnået ved brug af varemærket, foreligger i den foreliggende sag. Hvad således angår markedsandelene havde sagsøgeren i 2002 en andel på 44% af det europæiske lightermarked. For så vidt angår intensiteten af brugen har sagsøgeren gjort gældende, at selskabet sælger mere end en tredjedel af lighterne i Den Europæiske Unions medlemsstater.

39 For så vidt angår brugens geografiske udstrækning har sagsøgeren henvist til to markedsundersøgelser, der blev fremlagt under forhandlingerne, der skulle godtgøre, at en stor del af den relevante kundekreds opfatter formen af den lighter, der udgør det varemærke, registreringsansøgningen vedrører, som hidrørende fra sagsøgeren. Selskabet har i øvrigt anført, at lighterens form er registreret som varemærke i 11 lande i Den Europæiske Union, og dette umiddelbart, dvs. uden at det har været fornødent at fremlægge beviser for brugen af varemærket.

40 Hvad angår varigheden af brugen har sagsøgeren bemærket, at selskabets første lighter med sten blev bragt på markedet i Frankrig i 1973.

41 Sagsøgeren har yderligere hævdet, at selskabet har haft en omsætning på mere end 350 mio. EUR, støttet af reklame- og salgsfremmende investeringer, der fra 1993 aldrig har antaget et beløb under 55 mio. EUR. Ifølge sagsøgeren godtgør disse

investeringer, at forbrugeren af denne slags varer, som er set i reklamer, medier og på salgssteder, kan genkende varen som hidrørende fra selskabet.

42 Hvad angår den del af de berørte kundekredse, der identificerer produktet som hidrørende fra en bestemt virksomhed, har sagsøgeren anført, at rygerne er hovedmålgruppen for de lightere, selskabet markedsfører, og at de næsten alle forbinder den form, der udgør det ansøgte varemærke, med selskabet. Sagsøgeren har tillige gjort gældende, at lighteren med årene er blevet en uomgængelig genstand i det 20. århundrede med en stærk identitet, hvilket er et af de elementer der giver den fornødent særpræg. Til støtte for dette argument har sagsøgeren forelagt uddrag fra franske bøger og tidsskrifter.

43 Herudover har sagsøgerens forhandlere, der for størstedelens vedkommende er etableret i landene i Den Europæiske Union, bekræftet, at BIC-lighterne udgør en væsentlig del af deres aktiviteter, og at disse lightere i høj grad genkendes af forbrugerne.

44 Sagsøgeren har anført, at appelkammeret med urette har antaget, at de af sagsøgeren forelagte elementer ikke gjorde det muligt at godtgøre, at det ansøgte varemærke havde opnået fornødent særpræg ved brug, idet appelkammeret lagde til grund, at disse elementer ikke havde en tilstrækkelig påvist forbindelse med det omhandlede varemærke, og at denne forbindelse ikke var blevet fastslået på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen.

45 Hvad for det første angår forbindelsen mellem beviserne og det ansøgte varemærke har sagsøgeren påpeget, at appelkammeret urigtigt har skønnet, at forbindelsen med de tal, der blev forelagt som bevis for størrelsen af selskabets investeringer og det ansøgte varemærke, ikke var tilstrækkelig godtgjort, da de ikke kun omfattede lighterne, men tillige de af sagsøgeren fremstillede barberknive og kuglepenne.

Sagsøgeren har i den forbindelse anført, at det var vanskeligt at fremskaffe særlige tal for lighterne, da selskabet i 30 år har koncentreret sig om fremstilling og markedsføring af tre varer, nemlig kuglepenne, lightere og barberknive, der er kendetegnet ved deres ensartethed, idet de udgør et udsnit af engangsprodukter. Denne særegenhed indebærer, at den mindste reklame- og salgsfremmende investering til fordel for en af de tre varer uundgåeligt kommer de andre til gode.

46 Sagsøgeren har tilføjet, at selv om selskabet ikke har forelagt nøjagtige tal for de med lighterne forbundne investeringer, har det ikke desto mindre fremskaffet oplysninger vedrørende gennemførelsen af investeringerne i form af talrige udklip fra pressen og internationale tidsskrifter, forskellige spots i tv og film samt eksempler på selskabets verdensomspændende sponsorvirksomhed.

47 Sagsøgeren har anført, at man foranlediget af den anfægtede beslutning, for årene efter 1998, har været i stand til at udskille de reklame- og salgsfremmende investeringer for lighterne. Hvad angår årene forud for 1998 har sagsøgerens investeringer været lignende eller større, eftersom sådanne investeringer er afgørende ved lanceringen af en vare.

48 Hvad angår appelkammerets påstand om, at de fleste af de forelagte beviser ikke gør det muligt at bestemme, om de egentlig vedrører det ansøgte varemærke, har sagsøgeren for det første gjort gældende, at appelkammeret urigtigt og uberettiget har fastslået, at tabellen over salgsmængderne var irrelevant. I den forbindelse fastslog appelkammeret, at der ikke var elementer, der påviste, at det drejede sig om lighteren af den form, der udgør det ansøgte varemærke, og at sagsøgerens henvisning til, at selskabet kun markedsførte to kategorier lightere, var utilstrækkelig. Sagsøgeren har i den forbindelse præciseret, at de tal, som selskabet fremsendte i

forbindelse med klagen over undersøgerens afgørelse, kun omfattede kategorien lightere med sten.

49 Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at appelkammeret fejlagtigt fastslog, at forbindelsen mellem den form, der udgjorde det ansøgte mærke og forhandlernes erklæringer, hvorved salget af »BIC-lighter classic« blev bekræftet, ikke var godtgjort. Sagsøgeren har påpeget, at lighteren med sten blev skabt i 1973, mens den elektroniske lighter kom frem i 1991. Det var derfor naturligt og enkelt, at navnet »BIC classic« blev anvendt til at adskille lighteren med sten — der i kundekredse allerede var almindelig og kendt — fra lighteren med en elektronisk tændingsmekanisme.

50 Appelkammerets opfattelse af, at forhandlernes erklæringer kun vanskeligt kunne anerkendes, da forhandlerne og sagsøgeren havde sammenfald af interesser, er ligeledes fejlagtig. Sagsøgeren har i den henseende gjort gældende, at selv om der er forretningsmæssige forbindelser mellem selskabet og dets forhandlere, har forhandlerne ingen interesse i, i strid med deres overbevisning, at bekræfte den omhandlede forms omfattende popularitet, eftersom de i modsat fald nødvendigvis ville gå over til forhandling af en anden vare.

51 Hvad angår appelkammerets påstand om, at det er vanskeligt at identificere de forhold, der gør, at kundekredse genkender varens oprindelse, kunne appelkammeret ifølge sagsøgeren ikke hævde, at det tegn, som registreringsansøgningen vedrører, fremstod med farver og med et logo eller et ordmærke med en særlig adskillelsesevne, således at det var vanskeligt at bestemme det element — eller de elementer — der gjorde det muligt for kundekredse at genkende varen som hidrørende fra sagsøgeren. Ifølge sagsøgeren er logoet og BIC-mærket nemlig næppe synlige, eftersom de er påtrykt lighteren, og farven blot er sekundær.

52 For det andet er begrundelsen for den anfægtede afgørelse, hvorefter de to markedsundersøgelser, som sagsøgeren udførte i Spanien, Frankrig, Italien, Irland, Grækenland, Sverige og Portugal, ikke kunne lægges til grund, da de blev udført (juli og november 2000) efter tidspunktet for indgivelsen af registreringsansøgningen, ifølge sagsøgeren irrelevant.

53 Sagsøgeren har bemærket, at resultaterne fra de to forelagte markedsundersøgelser viser, at formen af det ansøgte varemærke uomtvisteligt har opnået fornødent særpræg ved brug på Den Europæiske Unions område. Sagsøgeren har anført, at det er en følge af den intensive markedsføring af formen på Den Europæiske Unions område i 30 år, at selskabet ved hjælp af de udførte undersøgelser har kunnet bevise, at det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg. Sagsøgeren har hævdet, at resultaterne fra undersøgelsen uden tvivl ville være nogenlunde de samme, hvis de var blevet udført dagen før indgivelsen af registreringsansøgningen.

54 Sagsøgeren konkluderer, at disse elementer samlet set godtgør, at den form, der udgør det ansøgte varemærke, har opnået fornødent særpræg ved brug før tidspunktet for indgivelsen af registreringsansøgningen.

55 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at appelkammerets opfattelse af, at der ikke er opnået fornødent særpræg ved brug af varemærket, både er i overensstemmelse med affattelsen af artikel 3, stk. 3, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), som artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 bør fortolkes i lyset af, og med Rettens praksis.

56 For så vidt angår det geografiske parameter følger det ifølge Harmoniseringskontoret af artikel 7, stk. 2, sammenholdt med stk. 3, i forordning nr. 40/94, at erhvervelsen af fornødent særpræg skal bevises for den del af Fællesskabet, hvor mærket manglede fornødent særpræg.

57 Harmoniseringskontoret er herved af den opfattelse, at det geografiske krav i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 er opfyldt, såfremt det godtgøres, at der er opnået fornødent særpræg i Fællesskabets forskellige »regioner«, eller med andre ord, i de forskellige »dele« af det fælles marked (midt, øst, vest, syd og nord).

58 I det foreliggende tilfælde er der ikke forelagt nogen oplysninger vedrørende opfattelsen af varemærket i den centrale del af Fællesskabet (Tyskland og Østrig) og i en medlemsstat, der er af størrelses- og befolkningsmæssig betydning i den vestlige del (Det Forenede Kongerige).

59 Harmoniseringskontoret er på denne baggrund af den opfattelse, at afslaget på varemærkeansøgningen er begrundet.

Rettens bemærkninger

60 I henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 er de absolutte hindringer 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, for hvilke det søges registreret.

61 For det første fremgår det af retspraksis, at det, for at varemærket har fået fornødent særpræg ved brug, kræves, at i det mindste en betydelig andel af den relevante kundekreds identificerer varen som hidrørende fra en bestemt virksomhed (Rettens dom af 29.4.2004, sag T-399/02, Eurocermex mod KHIM (en ølflaskes form), endnu Sml. II, s. 1391, præmis 42, jf. også analogt Windsurfing Chiemsee-dommen, præmis 52, og Philips-dommen, præmis 61 og 62).

62 For det andet bemærkes, at for at opnå registrering af et varemærke i henhold til 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 nævnte forordnings artikel 7, stk. 1, litra b)-d), (Rettens dom i sagen om en ølflaskes form, præmis 43, og dom af 5.3.2003, sag T-237/01, Alcon mod KHIM — Dr. Robert Winzer Pharma (BSS), Sml. II, s. 411, præmis 52, jf. også i denne retning Rettens dom af 30.3.2000, sag T-91/99, Ford Motor mod KHIM (OPTIONS), Sml. II, s. 1925, præmis 26 og 27).

63 For det tredje bemærkes, at Domstolen i Windsurfing Chiemsee-dommen, jf. præmis 38 ovenfor (præmis 49), har fastslået, at »[v]ed afgørelsen af, om et varemærke har fået særpræg som følge af den brug, der er gjort deraf, skal den kompetente myndighed foretage en samlet vurdering af de elementer, som kan godtgøre, at varemærket er blevet egnet til at identificere den pågældende vare som hidrørende fra en bestemt virksomhed og dermed til at adskille denne vare fra andre virksomheders«.

64 I den forbindelse bør der navnlig tages hensyn til varemærkets markedsandel, intensiteten, den geografiske udstrækning og varigheden af brugen af dette varemærke, størrelsen af de investeringer, som virksomheden har foretaget for at fremme varemærket, den andel af de relevante omsætningskredse, der identificerer varen som hidrørende fra en bestemt virksomhed på grund af varemærket,

erklæringer fra industri- og handelskamre eller andre faglige sammenslutninger samt opinionsundersøgelser (jf. i denne retning dommen i sagen om en ølflaskes form, præmis 44, jf. også analogt Windsurfing Chiemsee-dommen, præmis 51, og Philips-dommen, præmis 60).

65 For det fjerde skal et varemærkes fornødne særpræg, herunder det særpræg, der er opnået som følge af brug deraf, bedømmes i forhold til de varer, for hvilke der er ansøgt om registrering af varemærket, og under hensyntagen til den formodede opfattelse af den pågældende varekategori hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger (jf. analogt Philips-dommen, præmis 59 og 63).

66 Endelig skal et varemærke have fået fornødent særpræg ved brug inden indgivelsen af ansøgningen (Rettens dom af 12.12.2002, sag T-247/01, eCopy mod KHIM (ECOPY), Sml. II, s. 5301, præmis 36, jf. også i denne retning Rettens dom af 13.12.2004, sag T-8/03, El Corte Inglés mod KHIM — Pucci (EMILIO PUCCI), Sml. II, s. 4297, præmis 71 og 72).

67 Det er på baggrund af disse bemærkninger, at det skal undersøges, om appelkammeret i den foreliggende sag har foretaget en urigtig retsanvendelse, da det afviste sagsøgerens argumentation om, at det ansøgte varemærke burde have været godkendt til registrering for de omhandlede varer i medfør af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

68 Den anfægtede afgørelse indeholder ikke nogen fastlæggelse af den del af Fællesskabet, hvor det ansøgte varemærke mangler fornødent særpræg i henhold

til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. 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.

69 Retten har, for så vidt angår beviset for, om der er opnået fornødent særpræg ved brug, fastslået, at beviset skal føres for en væsentlig del af Fællesskabet.

70 Der bør derfor foretages en gennemgang af det bevismateriale, som sagsøgeren har forelagt i denne forbindelse.

71 Hvad for det første angår tabellerne over reklame- og salgsfremmende investeringer til fordel for det ansøgte varemærke har appelkammeret korrekt vurderet, at det forelagte bevismateriale vedrørende investeringerne var utilstrækkeligt. Oplysningerne vedrørende reklame- og salgsfremmende investeringer omfatter nemlig alle varerne sammenblandet og vedrører derfor ikke udelukkende lighterne med sten, hvis form er genstand for det omhandlede varemærke. Sagsøgeren har i den forbindelse medgivet, at selskabet ikke har forelagt tal, der særligt vedrører investeringer til fordel for lighterne. Følgelig er det umuligt at godtgøre en forbindelse mellem de tal, der fremgår af tabellerne, og det ansøgte varemærke.

72 Hvad angår tabellen over de reklame- og salgsfremmende investeringer til fordel for lighterne i årene efter 1998 og skrivelsen af 15. april 2004 fra kuratoren fra Museum of Modern Art, New York, bemærkes, at sagsøgeren indgav disse dokumenter som bilag til stævningen. Appelkammeret er kun forpligtet til at tage hensyn til bevismateriale, der kan være relevant ved bedømmelsen af, om varemærket har

opnået fornødent særpræg ved brug, såfremt varemærkeansøgeren har fremlagt beviset under den administrative behandling ved Harmoniseringskontoret (ECOPY-dommen, præmis 48). Følgelig kan disse dokumenter, der ikke er blevet forelagt under den administrative behandling ved Harmoniseringskontoret, ikke anfægte lovligheden af den anfægtede afgørelse.

73 Tabellen over salgsmængderne af BIC-lighteren fra 1972-2001 samt den tabel, der angiver BIC-lighterens markedsandel, er ligeledes utilstrækkelige, da de oplysninger, der fremgår heraf, vedrører BIC-lightere og ingen angivelser indeholder, der særligt vedrører det i den foreliggende sag ansøgte varemærke. Der er ingen yderligere forhold, der påviser, at det drejer sig om lighteren af den form, der udgør det ansøgte varemærke.

74 Hvad angår tabellen over salgsmængderne af BIC-lighteren (med hjul) fra 1997-2003 bemærkes, at oplysningerne herom omfatter hele Fællesskabet på daværende tidspunkt samt Norge, Polen og Schweiz. Da tabellen helt generelt angiver salgsmængderne i disse lande, uden at sondre mellem de forskellige nationale markeder, kan den ikke inddrages i bedømmelsen af, om varemærket har opnået fornødent særpræg ved brug.

75 Hvad angår registreringen i medlemsstaterne af den form, der udgør det ansøgte mærke, fastslår Retten, at sagsøgeren for appelkammeret har gjort gældende, at disse registreringer fandt sted, uden at der blev ført bevis for, at fornødent særpræg var opnået ved brug, og at dette viser, at mærket i sig selv havde det fornødne særpræg. Heraf følger, at disse registreringer ikke kunne lægges til grund med henblik på anvendelsen af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

76 For så vidt angår artiklerne i den franske presse og uddraget fra bogen »Le Design«, der blev udgivet af det franske forlag SCALA, hvori BIC-lighteren blev beskrevet som en design- eller modegenstand, bemærkes, at de alene vedrører de franske forbrugeres opfattelse af BIC-lighteren, og at de følgelig ikke påviser, at den form, der udgør det ansøgte mærke, har opnået fornødent særpræg ved brug i en væsentlig del af Fællesskabet.

77 Det reklamemateriale, sagsøgeren har forelagt, leder ikke til nogen konkrete resultater vedrørende de i denne doms præmis 64 nævnte forhold. Det udgør i øvrigt ikke bevis for brugen af det ansøgte varemærke, da gengivelsen af den ansøgte form på alle de forelagte billeder er ledsaget af ord- og figurmærker. Som følge heraf er reklamematerialet ikke bevis for, at den relevante kundekreds opfatter det ansøgte varemærke i sig selv, i sin rene, og af BIC-logoet uafhængige form, som en handelsmæssig oprindelsesangivelse for de berørte varer (jf. i denne retning dommen i sagen om en ølflaskes form, præmis 51).

78 For så vidt angår forhandlernes erklæringer, som sagsøgeren fremlagde under forhandlingerne, bemærkes, at for at vurdere et dokuments bevisværdi må sandsynligheden af dets indhold først efterprøves. I den forbindelse skal der bl.a. tages hensyn til dokumentets oprindelse, omstændighederne ved dets udarbejdelse, modtageren af dokumentet, og til spørgsmålet, om dokumentet efter sit indhold forekommer fornuftigt og troværdigt (Rettens dom af 7.6.2005, sag T-303/03, Lidl Stiftung mod KHIM — REWE-Zentral (Salvita), Sml. II, s. 1917, præmis 42).

79 I den foreliggende sag fastslår Retten for det første, at visse af erklæringerne hidrører fra forhandlere som BIC Belgium SPRL, BIC Netherlands BV, BIC UK Ltd, BIC Violex SA, der ifølge sagsøgerens årsrapport fra 2002 er datterselskaber, hvor sagsøgeren besidder mindst 99% af aktiekapitalen (bortset fra BIC Violex, hvor selskabet besidder 50,5% af aktiekapitalen, og BIC Ballograf AB, hvor det besidder 16%). Denne konstatering er i øvrigt ikke blevet anfægtet af sagsøgeren under de mundtlige forhandlinger. Det bemærkes, at erklæringerne følgelig ikke i sig selv kan

udgøre et tilstrækkeligt bevis for, at det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug, henset til de betydelige forbindelser, der er mellem sagsøgeren og datterselskaberne. De udgør blot indicier, der må understøttes af andet bevismateriale. For det andet bemærker Retten, at alle erklæringerne, herunder de fra andre end datterselskaberne, eller fra selskaber, hvor sagsøgeren besidder aktieposter, afgivne, tilsyneladende er blevet dikteret af sagsøgeren, da de alle har ens indhold. Alle erklæringerne fremstår nemlig som fortrykte tekster, der er direkte oversat til flere sprog, og i nogle tilfælde blot er fotokopier med mellemrum, som efterfølgende er blevet udfyldt af forhandlerne. For det tredje fastslår Retten, at erklæringerne i øvrigt ikke henviser til oplysningerne om salgsmængderne på det omhandlede område, og i forbindelse med betydningen af salget af de omhandlede lightere for forhandleren indeholder blot simple, anerkendende udtalelser.

80 Det bør i øvrigt bemærkes, at erklæringerne overvejende blot dokumenterer, at de omhandlede varer forhandles i de lande, hvor forhandlerne er etableret, og godtgør derfor ikke den geografiske udstrækning af salget af de varer, der er angivet i registreringsansøgningen, hvilket blot er et af de forhold der kan henses til under vurderingen af, om det ansøgte varemærke, der alene består i en lighters form, har opnået fornødent særpræg ved brug.

81 På baggrund af ovenstående overvejelser må det fastslås, at de af forhandlerne afgivne erklæringer, som sagsøgeren har forelagt, ikke har tilstrækkelig beviskraft.

82 Endelig, for så vidt angår de to markedsundersøgelser, som sagsøgeren gennemførte efter indgivelsen af ansøgningen om varemærkeregistreringen, men under den administrative behandling, nemlig i juli og november 2002, bemærkes, at ifølge Domstolens praksis kan beviser for brugen af varemærket, der vedrører tiden efter ansøgningsdatoen, kun lægges til grund, hvis de giver mulighed for at drage konklusioner om brugen af varemærket, sådan som den forelå på netop denne dato

(jf. i denne retning Domstolens kendelse af 27.1.2004, sag C-259/02, La Mer Technology, Sml. I, s. 1159, præmis 31, og af 5.10.2004, sag C-192/03 P, Alcon mod KHIM, Sml. I, s. 8993, præmis 41).

83 I den foreliggende sag er Retten af den overbevisning, at de omhandlede undersøgelser ikke gør det muligt at fastslå, at den relevante kundekreds, på grundlag af den form, der udgør varemærket, identificerer varen som hidrørende fra selskabet BIC og ikke et andet selskab.

84 Hvad angår markedsundersøgelsen hos rygere i Frankrig, Italien, Irland, Grækenland, Sverige og Portugal fra november 2002 fastslår Retten, at de adspurgte personer alene har fået fremvist en tegning eller et billede af BIC-lightere uden ord- og figurbestanddele, og at de fik stillet spørgsmålet, hvilket varemærke de forbinder billedet af lighteren mest med. Undersøgelsen kan derfor ikke lægges til grund for, at en væsentlig del af de franske, italienske, irske, græske, svenske og portugisiske forbrugere, ved hjælp af det ansøgte varemærke, identificerer den omhandlede vare som hidrørende fra selskabet BIC, og ikke fra et andet selskab. Sagen ville have stillet sig anderledes, hvis forskellige former af lightere var blevet fremvist under undersøgelsen, i stedet for blot den form, der udgør det ansøgte varemærke. Man kunne således have henset til andelen af personer, der spontant, og uden nogen påvirkning, ville forbinde billedet af den omhandlede form med selskabet BIC.

85 Det bør i øvrigt bemærkes, at i tilfælde, hvor de adspurgte personer ikke kunne besvare spørgsmålet, fik de fremvist en liste over ordmærker (BIC, CLIPPER, TOKAÏ, CRICKET og andre), så de kunne udvælge et svar.

86 Som sagsøgeren korrekt har gjort gældende, var selskabet BIC den første producent på markedet for engangslightere med sten i 1973, og da selskabet er »førende på markedet for lightere«, er det ganske logisk og forventeligt, at det første varemærke,

som de adspurgte personer tænker på, er BIC-varemærket, uafhængigt af, hvilken form der fremvises. Dette er så meget desto mere tilfældet, da spørgsmålet indeholdt en liste med de ordmærker, man kunne forbinde den fremviste form med. I den forbindelse bemærkes, at sagsøgeren under de mundtlige forhandlinger selv har erkendt, at svaret på dette sidstnævnte spørgsmål ganske rigtigt kunne være blevet påvirket.

87 De samme overvejelser gør sig gældende i forbindelse med den undersøgelse, der blev udført i Spanien i juli 2002, der også var rettet mod rygere. I denne undersøgelse blev et billede af formen af lighteren MiniBIC J5, der blot er en mindre udgave af den form, der udgør det ansøgte varemærke, fremvist til de adspurgte personer samtidig med en liste med de forskellige ordmærker (BIC, CLIPPER, BRIO eller TOKAÏ), med henblik på at få oplyst, med hvilket varemærke de forbandt det fremviste billede. Det kan på denne baggrund ikke tiltrædes, at det med undersøgelsen dokumenteres, at en væsentlig del af de spanske forbrugere identificerer den omhandlede vare som hidrørende fra selskabet BIC, og at de adskiller denne vare fra andre varer med en anden handelsmæssig oprindelse.

88 Retten må yderligere konstatere, at billedet af den lighter, der blev fremvist til de adspurgte spanske rygere som led i undersøgelsen, er taget forfra og ikke fra siden, således at de adspurgte personer ikke kunne genkende beholderens ovale form, der ifølge sagsøgeren er et af de tre kendetegn, der adskiller BIC-lighteren fra andre lightere på markedet.

89 Det følger af samtlige de foranstående betragtninger, at appelkammeret med rette fastslog, at sagsøgeren ikke havde godtgjort, at det i den foreliggende sag ansøgte varemærke havde opnået fornødent særpræg ved brug deraf i en væsentlig del af Fællesskabet.

90 Som følge heraf skal det andet anbringende ligeledes forkastes og Harmoniseringskontoret frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

91 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, pålægges selskabet at betale Harmoniseringskontorets omkostninger i overensstemmelse med dettes påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Tredje Afdeling)

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

2) Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Jaeger Azizi Cremona

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 15. december 2005.

E. Coulon H. Legal

Justitssekretær Afdelingsformand