RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

6. marts 2003 *

I sag T-128/01,

DaimlerChrysler Corporation, Auburn Hills, Michigan (USA), ved avocat T. Cohen Jehoram, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved A. von Mühlendahl og O. Waelbroeck, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 21. marts 2001 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 309/1999-2),

* Processprog: engelsk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, og dommerne V. Tiili og P. Mengozzi,

justitssekretær: ekspeditionssekretær J. Palacio González,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 23. oktober 2002,

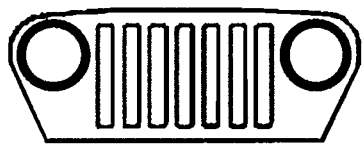
afsagt følgende

Dom

Sagens forhistorie

1 Den 29. april 1997 indgav sagsøgeren en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret.

2 Det varemærke, der er blevet ansøgt om registrering af, er det nedenfor gengivne figurmærke:



3 De varer, der er blevet ansøgt om registrering af, henhører under klasse 12 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret. Varerne er beskrevet på følgende måde: »køretøjer; befordringsmidler til brug på land, i luften eller i vandet; og reservedele hertil«.

4 Ved meddelelse af 7. juli 1998 underrettede undersøgeren ved Harmoniseringskontoret sagsøgeren om, at han mente, at det omtvistede tegn ikke kunne registreres, idet tegnet for så vidt angik en del af de i varemærkeansøgningen nævnte varer, nemlig »køretøjer; befordringsmidler til brug på land; og reservedele hertil«, manglede fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

5 Ved skrivelse af 5. januar 1999 fremlagde sagsøgeren flere dokumenter, herunder F.E Hoadleys ekspertudtalelse af 26. juni 1998 om den historiske udvikling for kølergitre, navnlig for det kølergitter, der er genstand for det varemærke, der er ansøgt om, med henblik på at godtgøre dets særlige karakter og omdømme.

6 Ved afgørelse af 7. april 1999 afslog undersøgeren ved Harmoniseringskontoret delvis varemærkeansøgningen i henhold til artikel 38 i forordning nr. 40/94 med den begrundelse, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg for »køretøjer; befordringsmidler til brug på land; og reservedele hertil«. Derimod

imødekom undersøgeren varemærkeansøgningen for så vidt den omfattede »befordringsmidler til brug i luften eller i vandet; og reservedele hertil«. Endvidere fandt undersøgeren ikke, at sagsøgeren havde godtgjort, at tegnet som følge af brug havde fået fornødent særpræg som omhandlet i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

7 Den 4. juni 1999 indgav sagsøgeren i medfør af artikel 59 i forordning nr. 40/94 en klage til Harmoniseringskontoret over undersøgerens afgørelse.

8 Ved afgørelse af 21. marts 2001 (herefter »den anfægtede afgørelse«), som blev meddelt sagsøgeren den 26. marts 2001, afviste Andet Appelkammer klagen.

9 Appelkammeret fandt i det væsentlige, at undersøgerens afgørelse var begrundet, idet tegnet, der repræsenterer kølergitteret foran på et køretøj, som udgangspunkt mangler fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, og at de beviser, sagsøgeren har fremlagt, ikke godtgør, at tegnet som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg som omhandlet i samme forordnings artikel 7, stk. 3.

Retsforhandlinger og parternes påstande

10 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 6. juni 2001 anlagde sagsøgeren den foreliggende sag.

11 Den 17. september 2001 indleverede Harmoniseringskontoret sit svarskrift.

12 På Rettens opfordring som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse besvarede Harmoniseringskontoret den 14. oktober 2002 de af Retten stillede spørgsmål og fremlagde de dokumenter, som sagsøgeren havde vedlagt sit indlæg af 5. januar 1999.

13 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Det pålægges Harmoniseringskontoret at fastsætte en registreringsdato for det EF-varemærke, der er ansøgt om.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

14 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Sagsøgerens påstand om, at det skal pålægges Harmoniseringskontoret at fastsætte en registreringsdato for det ansøgte EF-varemærke, afvises.

— I øvrigt frifindes Harmoniseringskontoret.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

15 Under retsmødet frafaldt sagsøgeren sin anden påstand om, at det skulle pålægges Harmoniseringskontoret at fastsætte en registreringsdato for det EF-varemærke, der var ansøgt om. Retten tog dette frafald til efterretning i protokollatet vedrørende retsmødet.

Retlige bemærkninger

Spørgsmålet, om de beviser, der først blev fremlagt for Retten, kan tillades

16 Sagsøgeren har med sin stævning fremlagt beviser, der ikke er blevet behandlet af appelkammeret, navnlig en markedsundersøgelse udført i Nederlandene om genkendelse af kølergitre. Endvidere har sagsøgeren foreslået at fremlægge markedsundersøgelser, der er gennemført i andre medlemsstater, hvis Retten finder, at de er relevante.

17 Harmoniseringskontoret finder ikke, at beviserne, der fremlægges for første gang for Retten, kan tages i betragtning.

18 Retten bemærker, at sigtet med den sag, der er indbragt for den, er at få efterprøvet lovligheden af afgørelser fra Harmoniseringskontorets appelkamre i henhold til artikel 63 i forordning nr. 40/94. Det er således ikke Rettens opgave at foretage en ny undersøgelse af de faktiske omstændigheder i lyset af beviser, der først fremlægges for Retten. Endvidere ville det være i strid med procesreglementets artikel 135, stk. 4, hvorefter der ikke i parternes processkrifter må foretages

nogen ændring af sagsgenstanden, som den har foreligget for appelkammeret, at tillade disse beviser. De nye beviser, der er fremlagt for Retten for første gang, samt det bevis, som sagsøgeren har foreslået fremlagt, skal derfor forkastes.

Realiteten

19 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort to anbringender gældende. Det første anbringende er, at der er sket tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, og det andet, at der er sket tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

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

— Parternes argumenter

20 Sagsøgeren har gjort gældende, at en tegning af et kølergitter kan registreres som et EF-varemærke i overensstemmelse med artikel 4 i forordning nr. 40/94, hvilket bekræftes af Harmoniseringskontorets registrering af ni EF-varemærker, der viser tegninger af kølergitre til motorkøretøjer, som henhører under klasse 12 i Nice-arrangementet.

21 Endvidere har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammerets analyse, hvorefter offentligheden ikke er vant til at opfatte et kølergitter som henvisning til en vares oprindelse, anvender strengere betingelser end dem, der stilles krav om i henhold til forordning nr. 40/94. Idet appelkammeret har anerkendt, at det omhandlede

kølergitter ikke er helt almindeligt (»the grille device is not exactly commonplace«), må det anerkendes, at det varemærke, der er ansøgt om, har det minimum af særpræg, der er nødvendigt.

22 Ifølge sagsøgeren er den form, det i sagen omhandlede varemærke har, ikke funktionel, som det er blevet bekræftet i den ekspertudtalelse, F.E. Hoadley har fremlagt for Harmoniseringskontoret.

23 I øvrigt finder sagsøgeren ikke, at appelkammeret har bedømt originaliteten, den unikke, usædvanlige og således særprægede karakter, som kølergitteret i varemærkeansøgningen har, der ikke bruges i noget andet køretøj til brug på land.

24 Sagsøgeren har gjort gældende, at den tilsigtede kundekreds er gennemsnitskøberen af køretøjer til brug på land, der erhverver et køretøj af denne type efter at være blevet korrekt informeret. Sagsøgeren finder i den forbindelse, at forbrugernes valg styres af køretøjets tekniske data samt dets udseende, hvori kølergitteret er et afgørende element.

25 Endelig har appelkammeret ifølge sagsøgeren med urette i den anfægtede afgørelses punkt 15 fundet, at kunderne ikke er vant til at opfatte det ansøgte varemærke som en angivelse af varens oprindelse.

26 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at appelkammeret ligesom undersøgeren med rette fastslog, at det omtvistede tegn som udgangspunkt mangler særpræg for de omhandlede varer, idet tegnet ifølge Harmoniseringskontoret består af almindelige og enkle geometriske elementer, der sædvanligvis anvendes ved udformningen af forlygterne og gitteret, der samlet udgør et kølergitter.

27 Harmoniseringskontoret finder, at det omtvistede tegn holder sig inden for det, som gennemsnitsforbrugeren er vant til at se som kølergitre på køretøjer til brug på land, hvorfor det ikke har nogen fantasifuld eller original karakter. Tegnet opfattes først og fremmest som en del af køretøjet og ikke som en angivelse af oprindelse.

28 Endvidere har Harmoniseringskontoret fastholdt, at den omstændighed, at det omhandlede kølergitter ikke skulle have en funktionel karakter, ikke i sig selv er tilstrækkelig til konkludere, at tegnet har fornødent særpræg.

29 Med hensyn til de ni EF-varemærker, der viser kølergitre på motorkøretøjer, har Harmoniseringskontoret i sine svar af 14. oktober 2002 samt i forklaringerne under retsmødet gjort gældende, at kølergitrene, der omfattes af disse registreringer, er usædvanlige, idet de er sammensat af to symmetriske rammer.

— Rettens bemærkninger

30 Ifølge artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 udelukkes »varemærker, som mangler fornødent særpræg«, fra registrering.

31 De af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 omfattede tegn er tegn, der er uegnede til at udføre varemærkets væsentligste funktion, nemlig at angive varens eller tjenesteydelsens oprindelse, således at kunden, der erhverver den vare eller tjenesteydelse, som varemærket betegner, ved en senere erhvervelse kan

gentage oplevelsen, hvis den er positiv, eller undgå den, hvis er negativ (Rettens dom af 27.2.2002, sag T-79/00, Rewe-Zentral mod KHIM (LITE), Sml. II, s. 705, præmis 26).

32 Et varemærkes fornødne særpræg skal bedømmes dels i forhold til de varer eller tjenesteydelser, der er ansøgt om registrering for, dels i forhold til opfattelsen hos den tilsigtede kundekreds, der består af kunderne til disse varer eller tjenesteydelser.

33 Det fremgår endelig af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, at det er tilstrækkeligt med et minimum af særpræg for, at registreringshindringen i denne artikel ikke finder anvendelse (Rettens dom af 27.2.2002, sag T-34/00, Eurocool Logistik mod KHIM (EUROCOOL), Sml. II, s. 683, præmis 39).

34 Målgruppen i den foreliggende sag må anses at være en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger (jf. i denne retning Domstolens dom af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 26, og Rettens dom af 7.6.2001, sag T-359/99, DKV mod KHIM (EuroHealth), Sml. II, s. 1645, præmis 27). De omhandlede varer (køretøjer; befordringsmidler til brug på land; og reservedele hertil) er imidlertid efter deres art bestemt til almindeligt forbrug i hele Den Europæiske Union.

35 For det første bemærkes med hensyn til sagsøgerens argument om, at et kølergitter ifølge definitionen af et EF-varemærke, der findes i artikel 4 i forordning nr. 40/94, kan registreres, at der ikke findes en kategori af varemærker, der har fornødent særpræg i kraft af deres art eller ved den brug, der er gjort heraf, men som ikke kan adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders (jf. i denne retning Domstolens dom af 18.6.2002, sag C-299/99, Philips, Sml. I, s. 5475, præmis 39).

36 I øvrigt kan det med hensyn til det fornødne særpræg i det konkrete tilfælde ikke på forhånd udelukkes, at den grafiske gengivelse af kølergitteret, selv hvis den er virkelighedstro, kan have et fornødent særpræg (jf. i denne retning Rettens dom af 19.9.2001, sag T-30/00, Henkel mod KHIM (gengivelse af et vaskemiddelprodukt), Sml. II, s. 2663, præmis 44 og 45).

37 For så vidt angår det af sagsøgeren fremlagte bevis, der omhandler Harmoniseringskontorets registrering af ni EF-varemærker, som viser tegninger af kølergitre på motorkøretøjer, bemærkes imidlertid, at selv om der er grund til at fastslå, at Harmoniseringskontorets administrative praksis ikke giver klare oplysninger med hensyn til kontorets anvendelse af kriterier for analysen af absolutte registreringshindringer for varemærker, der viser kølergitre til køretøjer, skal lovligheden af appelkamrenes afgørelser udelukkende bedømmes på grundlag af forordning 40/94, således som den er fortolket af Fællesskabets retsinstanser, og ikke på grundlag af appelkamrenes tidligere praksis (Rettens dom af 27.2.2002, sag T-106/00, Streamserve mod KHIM (STREAMSERVE), Sml. II, s. 723, præmis 79). Dermed er sagsøgerens argument, der bygger på Harmoniseringskontorets registrering af ni EF-varemærker for kølergitre til motorkøretøjer, irrelevant.

38 For det andet skal det med hensyn til sagsøgerens argument om, at det i den foreliggende sag af appelkammeret anvendte kriterium er ukorrekt og meget strengere end betingelserne i forordning nr. 40/94, bemærkes, at artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ikke sondrer mellem forskellige varemærkekategorier, hvorfor kriterierne, der anvendes ved bedømmelse af det fornødne særpræg for figurmærker, der udgøres af en gengivelse af selve varen eller af en af dens bestanddele, ikke må være anderledes end dem, der finder anvendelse på andre varemærkekategorier (jf. i denne retning dommen om gengivelse af et vaskemiddelprodukt, præmis 48).

39 For det tredje bemærkes vedrørende sagsøgerens påstand om, at appelkammeret med urette i den anfægtede afgørelse fandt, at kunderne ikke er vant til at opfatte det omtvistede varemærke som en henvisning til varens oprindelse (jf. den

anfægtede afgørelses punkt 15), at der skal tages hensyn til det forhold, at bedømmelsen af et varemærkes fornødne særpræg indebærer, at der tages hensyn til alle relevante forhold, der er forbundet med sagens konkrete omstændigheder. Blandt disse forhold kan det ikke udelukkes, at arten af tegnet såvel som arten af de varer, der omfattes af varemærkeansøgningen, kan påvirke den opfattelse, som kunderne vil få af varemærket.

40 Det bemærkes i denne sammenhæng, at køretøjer og befordringsmidler til brug på land er fysisk store varer, for hvilke det kan være hensigtsmæssigt ikke kun at anvende et ordmærke, men også figurative eller tredimensionale mærker med henblik på at gøre det muligt for den tilsigtede kundegruppe at genkende varen med øjet.

41 Det må fastslås, at det er længe siden, at kølergitrene kun havde en rent teknisk funktion, hvilket også er anført i F.E. Hoadleys ekspertudtalelse. Dette var også tilfældet på datoen for varemærkeansøgningens indgivelse, der udgør det relevante tidspunkt for afgørelsen af, om der findes absolutte registreringshindringer. Hertil kommer, at kølergitrenes form, i modsætning til de andre dele, som et motorkøretøj er sammensat af, i visse tilfælde forbliver uændret over tiden og anvendes af samme konstruktør til forskellige modeller.

42 Kølergitteret er således blevet et væsentligt element i køretøjernes udseende og er også afgørende for adskillelsen mellem modellerne på markedet, som er fremstillet af forskellige bilkonstruktører. Der er således tale om elementer, der kan være reelt nødvendige i forbindelse med den visuelle individualisering af en model, af en modelserie eller af samtlige modeller fremstillet af en og samme bilkonstruktør i forhold til andre modeller.

43 Denne konklusion kan ikke afkræftes af F.E. Hoadleys konstatering, der går ud på, at et kølergitter også kan afkøle køretøjets motor og give dets frontparti en vis stabilitet. I den forbindelse bemærkes, at den omstændighed, at et tegn opfylder flere funktioner samtidig, er uden indflydelse på, om varen har det fornødne

særpræg (jf. i denne retning Rettens dom af 9.10.2002, sag T-36/01, Glaverbel mod KHIM (En glasplades overflade), Sml. II, s. 3887, præmis 24), navnlig hvis den særlige funktion er fremtrædende i forhold til de andre funktioner.

44 For så vidt angår det omtvistede tegn har Harmoniseringskontoret fundet, at forbrugerne er vant til at se kølergitre på køretøjer til brug på land, hvori indgår elementer, der er identiske eller sammenlignelige med dem, der findes i det omtvistede tegn. Harmoniseringskontoret fandt imidlertid, at kølergitterets form ikke er helt almindeligt (»the grille device is not exactly commonplace«) (den anfægtede afgørelses punkt 15).

45 Sagsøgeren har gjort gældende, at det ansøgte varemærke er klart forskelligt fra kølergitterudformningerne på alle andre køretøjer til brug på land. Harmoniseringskontoret har heroverfor anført, at det omtvistede tegn forbliver inden for det, gennemsnitskunden er vant til at se som kølergitter på køretøjer til brug på land, hvorfor det ikke har nogen fantasifuld eller original karakter.

46 I den forbindelse bemærkes, at det omtvistede tegn gengiver fronten på et køretøj. Det har en uregelmæssig form, der i tegnets midte består af syv brede vertikale åbninger og foroven på hver side en cirkel, der forestiller køretøjets forlygter. Denne figur udgjorde på tidspunktet for varemærkeansøgningens indgivelse et usædvanligt kølergitterdesign, der fremkalder et billede af et kølergitter, der hører fortiden til, og en simpel form, der ikke under de omstændigheder, der gjorde sig gældende på datoen for varemærkeansøgningens indgivelse, kan anses for helt almindelig.

47 Dermed kan det omtvistede tegn ikke anses som et billede, der naturligt tænkes på som den typiske gengivelse af et moderne kølergitter. Det er derfor ikke muligt at opretholde Harmoniseringskontorets konstatering om, at det omtvistede tegn har de elementer, der sædvanligvis anvendes til at gengive et kølergitter.

48 Under disse omstændigheder må det antages, at det omhandlede kølergitter kan indvirke den målgruppens hukommelse som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse og således adskille og individualisere motorkøretøjer, der har det nævnte kølergitter, fra køretøjer, der hidrører fra andre virksomheder.

49 Herefter må det antages, at det omtvistede tegn har det minimum af særpræg, der er nødvendigt for ikke at blive ramt af den absolutte registreringshindring i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Denne konklusion bestyrkes i øvrigt af Harmoniseringskontorets konstatering, der er nævnt ovenfor i præmis 44, og hvorefter kølergitteret ikke er helt almindeligt (»the grille device is not exactly commonplace«).

50 Det fremgår af samtlige ovenfor nævnte betragtninger, at Harmoniseringskontoret med urette fandt, at det varemærke, der blev ansøgt om, manglede fornødent særpræg.

51 Derfor skal den anfægtede afgørelse annulleres, uden at det er nødvendigt at undersøge, om det andet anbringende, sagsøgeren har gjort gældende, er begrundet.

Sagens omkostninger

52 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Harmoniseringskontoret har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagsøgerens omkostninger i overensstemmelse med sagsøgerens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Afdeling)

1) **Afgørelsen truffet den 21. marts 2001 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 309/1999-2) annulleres.**

2) **Harmoniseringskontoret betaler sagens omkostninger.**

Vilaras Tiili Mengozzi

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 6. marts 2003.

H. Jung

Justitssekretær

M. Vilaras

Afdelingsformand