DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

20. oktober 2011 *

I de forenede sager C-344/10 P og C-345/10 P,

angående appeller i henhold til artikel 56 i statutten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 7. juli 2010,

Freixenet SA, med hjemsted i Sant Sadurní d'Anoia (Spanien), ved avocats F. de Visscher, E. Cornu og D. Moreau,

appellant,

den anden part i appelsagen:

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

sagsøgt i første instans,

har

* Processprog: fransk.

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, K. Lenaerts, og dommerne J. Malenovský, R. Silva de Lapuerta, G. Arestis (refererende dommer) og T. von Danwitz,

generaladvokat: E. Sharpston
justitssekretær: fuldmægtig K. Malacek,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 18. maj 2011,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

1 I appelsagerne har Freixenet SA (herefter »Freixenet«) nedlagt påstand om ophævelse af domme afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 27. april 2010 i sag T-109/08, Freixenet mod KHIM (hvid slebet flaske) (herefter »dommen i sag T-109/08«), og i sag T-110/08, Freixenet mod KHIM (matslebet sort flaske) (herefter »dommen i sag T-110/08«) (herefter samlet »de appellerede domme«), hvorved Retten frifandt Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM)

(herefter »Harmoniseringskontoret«) i søgsmål, hvori der var nedlagt påstand om annullation af afgørelser truffet af Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret henholdsvis den 30. oktober 2007 (sag R 97/2001-1) og den 20. november 2007 (sag R 104/2001-1) vedrørende ansøgninger om registrering som EF-varemærker af et tegn, der gengiver en slebet hvid flaske, og af et tegn, der gengiver en slebet sort mat flaske (herefter »de omtvistede afgørelser«).

Retsforskrifter

2 Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1) er blevet ophævet ved Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1), der trådte i kraft den 13. april 2009. De foreliggende sager er imidlertid, henset til tidspunktet for sagens faktiske omstændigheder, fortsat reguleret af forordning nr. 40/94.

3 I henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er varemærker, som mangler fornødent særpræg, udelukket fra registrering.

4 I medfør af denne forordnings artikel 7, stk. 3, afskærer den absolutte hindring for registrering, der er omhandlet i forordningens artikel 7, stk. 1, litra b), ikke fra 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.

5 Forordningens artikel 38, stk. 3, bestemmer, at ansøgningen først kan afslås, efter at ansøgeren har haft mulighed for at tilbagetage eller ændre sin ansøgning eller udtale sig.

6 Artikel 73 i forordning nr. 40/94 fastsætter følgende:

»Harmoniseringskontorets afgørelser skal begrundes. De må kun støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om.«

Sagernes faktiske omstændigheder

7 Den 1. april 1996 indgav Freixenet to ansøgninger til Harmoniseringskontoret om registrering som EF-varemærker af de omtvistede gengivelser. Freixenet anførte i disse ansøgninger, at de varemærker, der søges registreret, er omfattet af kategorien »andet«, og at de består af en vares fremtræden. I den ansøgning, som gav anledning til dommen i sag T-109/08, gjorde Freixenet krav på farven »gylden mat« og beskrev varemærket som en »slebet hvid flaske, der, når den er fyldt op med vin, får et gyldent mat skær, som var den rimdækket«. I den ansøgning, som gav anledning til dommen i sag T-110/08, gjorde Freixenet gældende, at det drejede sig om farven »sort mat«, og beskrev varemærket som en »slebet sort mat flaske«. Til disse ansøgninger var der desuden vedlagt en forklaring, hvori Freixenet forsikrede, at »varemærket ikke tager sigte på at opnå privat og eksklusiv beskyttelse af formen på flasken, men snarere af dens overflades specifikke karakter«.

8 De varer, som registreringsansøgningerne vedrører, henhører under klasse 33 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse, nemlig »Mousserende vin«.

9 Ved afgørelser af 29. november 2000 afslog undersøgeren ved Harmoniseringskontoret de fremsatte ansøgninger om registrering af varemærker med den begrundelse, at de pågældende varemærker manglede fornødent særpræg, og at de beviser, som Freixenet havde fremlagt, ikke gjorde det muligt at konkludere, at de omhandlede varemærker havde fået det fornødne særpræg som følge af den brug, der var gjort deraf, i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94's forstand.

10 Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret afslog ved afgørelser af 11. februar 2004 i sagerne R 97/2001-4 og R 104/2001-4 Freixenets klager over undersøgerens afgørelser.

11 Ved domme af 4. oktober 2006 i sag T-190/04, Freixenet mod KHIM (Form af en hvid slebet flaske), og i sag T-188/04, Freixenet mod KHIM (Form af en matslebet sort flaske), annullerede Retten disse afgørelser, idet den fastslog, at appelkammeret havde tilsidesat artikel 73 i forordning nr. 40/94 og princippet om retten til forsvar.

12 Præsidiet for appelkamrene ved Harmoniseringskontoret hjemviste sagerne til Første Appelkammer ved afgørelser truffet den 12. december 2006.

13 Idet Retten havde kritiseret Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret for at have bygget sine afgørelser på beviser, som ikke forudgående var blevet bragt til Freixenets kendskab, tilstillede Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret ved skrivelser af 18. juni 2007 Freixenet de illustrationer af flasker, der var blevet nævnt i de af Retten annullerede afgørelser fra Fjerde Appelkammer, og webadresserne til de i undersøgerens afgørelser af 29. november 2000 nævnte internetlinks.

14 Ved skrivelser af 9. august 2007 fremsatte Freixenet sine bemærkninger til de ovennævnte oplysninger.

15 Ved de anfægtede afgørelser afslog Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret de klager, der var indbragt for det.

Retsforhandlingerne ved Retten og de appellerede domme

16 Ved stævninger indleveret til Rettens Justitskontor den 28. februar 2008 anlagde Freixenet to søgsmål med påstand om annullation af de anfægtede afgørelser og med påstand om, at Retten fastslog, at ansøgningerne om registrering som EF-varemærker af de omtvistede gengivelser opfylder kravene for at blive bekendtgjort i henhold til artikel 40 i forordning nr. 40/94.

17 Til støtte for sine søgsmål gjorde Freixenet tre anbringender gældende vedrørende tilsidesættelsen af henholdsvis artikel 73, artikel 7, stk. 1, litra b), og artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

18 Ved de appellerede domme forkastede Retten disse tre anbringender og frifandt Harmoniseringskontoret.

19 For så vidt angår det første anbringendes første led, som vedrørte tilsidesættelse af begrundelsespligten i artikel 73, første punktum, i forordning nr. 40/94, fastslog Retten

i de appellerede dommes præmis 20 navnlig, at appelkammeret ikke var forpligtet til at foretage nøjagtige henvisninger til akter i sagen, når det udtrykkeligt henviste til almen praktisk erfaring ved markedsføring af forbrugsgoder med henblik på at fastslå, at de varemærker, der søges registreret, mangler fornødent særpræg i henhold til forordningens artikel 7, stk. 1, litra b). Retten forkastede derfor dette første led i dommenes præmis 21.

20 I de appellerede dommes præmis 22 bemærkede Retten vedrørende samme led ligeledes, at appelkammeret med bemærkningen, hvorefter »[d]e illustrationer, der er nævnt i Fjerde Appelkammers afgørelse, og som er blevet sendt til Freixenet, og de illustrationer, som [Freixenet] selv har fundet i forbindelse med sine undersøgelser, bedst beviser dette«, havde understøttet sit synspunkt om, at erfaringen fra dagliglivet bekræfter tesen om, at det er etiketten, som udgør den mousserende vins egentlige varemærke. Retten har i disse dommes præmis 23 fastslået, at samtlige disse illustrationer bekræfter det synspunkt, at den mousserende vins egentlige varemærke udgøres af etiketten, ikke dens emballages form, hvilket er den begrundelse, som appelkammeret har støttet de anfægtede afgørelser på.

21 Hvad angår det første anbringendes andet led, som vedrørte tilsidesættelse af retten til at blive hørt i henhold til artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94, bemærkede Retten i de appellerede dommes præmis 44, at den væsentlige bestanddel, der ifølge Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret gør det muligt for den pågældende forbruger at bestemme produktets oprindelse, snarere er etiketten, som er påsat flasken med mousserende vin, end flaskens form eller ydre karakter. Retten præciserede i disse dommes præmis 45, at denne bedømmelse var udtryk for Harmoniseringskontorets endelige holdning, og at den derfor i princippet ikke skulle sendes til Freixenet til udtalelse. Retten er af den opfattelse, at bedømmelsen ikke byggede på faktiske omstændigheder, som appelkammeret på eget initiativ havde indsamlet, men at den indgik i forlængelse af den af undersøgeren den 19. november 1998 benyttede argumentation, som gjorde Freixenet opmærksom på den omstændighed, at det varemærke, der søges registreret, antager en flaske med mousserende vins sædvanlige udseende, og at det som følge heraf mangler ethvert fornødent særpræg i henhold til forordningens artikel 7, stk. 1, litra b).

22 I de nævnte dommes præmis 46 bemærkede Retten i forbindelse med det første anbringendes andet led endvidere, at de af den praktiske erfaring udledte slutninger — nemlig dels den betydning, som den på en flaske med mousserende vin påsatte etiket har for så vidt angår den pågældende forbrugers mulighed for at bestemme produktets oprindelse, dels variationen af fremtrædener — kan forudsættes bekendt af enhver, herunder Freixenet. Retten er af den opfattelse, at disse slutninger hører under kategorien velkendte kendsgerninger, hvis rigtighed det ikke tilkommer Harmoniseringskontoret at bevise. Retten har i øvrigt bemærket, at denne argumentation, som appelkammeret principalt fremførte i de anfægtede afgørelser, indgik som led i drøftelserne mellem Freixenet og Harmoniseringskontoret for så vidt angår de bestanddele, der skal tages i betragtning med henblik på at godtgøre det fornødne særpræg af de mærker, der søges registreret.

23 Retten fastslog i de appellerede dommes præmis 47, at synspunktet, hvorefter det er etiketten, der udgør referenceelementet for forbrugeren af mousserende vin, idet denne ikke støtter sig til andre elementer såsom farven på flaskens glas eller karakteren af flaskens overflade, udgør den centrale del i Harmoniseringskontorets argumentation og er blot en af den praktiske erfaring udledt konstatering. Idet den er af den opfattelse, at dette synspunkt ikke kan være Freixenet ubekendt, har Retten fastslået, at sidstnævnte var fuldt ud i stand til at tilbagevise det synspunkt, som undersøgeren, og dernæst Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret, gjorde gældende til støtte for påstanden om, at de mærker, der søges registreret, mangler fornødent særpræg, og Freixenet kunne derfor have gjort gældende, at det ikke er etiketten, men den mousserende vins emballage, der sædvanligvis tages i betragtning af den pågældende forbruger, når denne vælger varen.

24 Idet Retten i øvrigt konstaterede, at Freixenet havde haft mulighed for at udtale sig om de i afgørelserne fra Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret nævnte flaskeillustrationer, fastslog den i disse dommes præmis 48, at Freixenet dermed i denne henseende ikke kunne påberåbe sig en tilsidesættelse af artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94.

25 I de appellerede dommes præmis 49 fastslog Retten, at Freixenet har haft lejlighed til at blive hørt i henhold til artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94, for så vidt som virksomheden har haft mulighed for at tage stilling til begrundelserne for, hvorfor Harmoniseringskontoret ville afslå ansøgningerne om registrering af varemærker, i og med at disse mangler det fornødne særpræg, som i den henseende kræves. I disse dommes præmis 50 fastslog Retten derefter, at det således var med urette, at Freixenet havde gjort gældende, at appelkammeret havde tilsidesat denne bestemmelse, idet det ikke havde givet virksomheden lejlighed til at udtale sig om hverken velkendte kendsgerninger, som ikke kunne havde været Freixenet ubekendt, og som udgjorde Harmoniseringskontorets endelige holdning, eller de nævnte flaskeillustrationer. Retten forkastede derfor det første anbringendes andet led.

26 Hvad angår det andet anbringende, som vedrører tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, har Retten i præmis 75 og 74 i dommene i henholdsvis sag T-109/08 og sag T-110/08 bl.a. bemærket, at appelkammeret ved Harmoniseringskontoret vedrørende den egentlige bedømmelse af det fornødne særpræg af de mærker, der søges registreret, fandt, at farven på og matteringen af flaskeglasset ikke kan »fungere som varemærke« for den mousserende vin. Endvidere anførte Retten i præmis 76 og 75 i dommene i henholdsvis sag T-109/08 og sag T-110/08, at Freixenet i denne sammenhæng havde påberåbt sig varemærkernes originale karakter den 1. april 1996, hvilken som sådan ikke er blevet bestridt af det nævnte appelkammer i de anfægtede afgørelser. Retten er imidlertid af den opfattelse, at en sådan originalitet ikke er tilstrækkelig til at godtgøre de nævnte varemærkers fornødne særpræg for så vidt angår de berørte varer og den relevante kundekreds.

27 Retten fastslog i præmis 79 og 78 i dommene i henholdsvis sag T-109/08 og sag T-110/08, at appelkammeret ved Harmoniseringskontorets to bedømmelser af de faktiske omstændigheder, der ikke som sådan er blevet bestridt af Freixenet, og som er begrundet i dels det forhold, at der ikke er blevet solgt nogen flaske uden etiket eller tilsvarende angivelse, dels det forhold, at Freixenet selv anvender varemærket FREIXENET på de flasker, der søges registreret som varemærker, bekræfter den af den praktiske erfaring udledte opfattelse, hvorefter farven på og matteringen af

flaskeglasset ikke kan »fungere som varemærke« for den mousserende vin for så vidt angår den relevante kundekreds.

28 I forbindelse med dette andet anbringende bemærkede Retten i øvrigt i præmis 81 og 80 i dommene i henholdsvis sag T-109/08 og sag T-110/08, at det originale udseende på de varemærker, der søges registreret, ikke er bestridt. Det, som er bestridt, er det forhold, at det store flertal af forbrugerne ikke anser flaskernes udseende for et egnet element til at bestemme den omhandlede mousserende vins oprindelse, men foretrækker at henholde sig til etiketten.

29 For så vidt angår argumentet, hvorefter ingen af illustrationerne af de i de anfægtede afgørelser nævnte flasker med mousserende vin henfører til en flaske, der blev markedsført på det tidspunkt, hvor der blev ansøgt om varemærkeregistrering, fastslog Retten i præmis 82 og 81 i dommene i henholdsvis sag T-109/08 og sag T-110/08 endvidere, at det er tilstrækkeligt at bemærke, at dette argument er uden betydning, idet appelkammeret ved Harmoniseringskontoret i disse afgørelser med rette har bemærket, at »der ikke foreligger fortilfælde af vindyrkende virksomheder, som har tilbudt almenheden vin på flasker uden påskrift, ved udelukkende eller hovedsageligt at have sat deres lid til flaskens form som angivelse for varens industrielle eller kommercielle oprindelse«. Selv om det lægges til grund, at Freixenet var først til at anvende den emballage, for hvilken der er søgt varemærkeregistrering, har Retten under alle omstændigheder konkluderet, at denne emballages originalitet ikke desto mindre ikke er tilstrækkelig, eftersom forbrugeren, til alle tider og i lyset af bl.a. den store variation af fremtrædener, der tilbydes i butikkerne, tager et andet element i betragtning, når vedkommende skal beslutte sig i forbindelse med et køb.

30 I præmis 85 og 84 i dommene i henholdsvis sag T-109/08 og sag T-110/08 fastslog Retten følgelig, at appelkammeret med rette havde fundet, at de varemærker, der søges registreret, mangler fornødent særpræg, og på dette grundlag forkastede Retten det andet anbringende.

31 For så vidt angår det tredje anbringende, som vedrører tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, bemærkede Retten i præmis 113 og 108 i dommene i henholdsvis sag T-109/08 og sag T-110/08 bl.a., at det ikke kan bestrides, at ni af de femten medlemsstater, som Det Europæiske Fællesskab bestod af, da registreringsansøgningerne blev indgivet, ikke var omfattet af de markedsundersøgelser, som Freixenet har fremlagt.

32 Retten præciserede i præmis 122 og 118 i dommene i henholdsvis sag T-109/08 og sag T-110/08 endvidere, at eftersom de varemærker, der søges registreret, udgøres af en vares fremtræden, foreligger der ikke sproglige hindringer for registreringen af disse, og det var således i hele den del af Fællesskabet, hvor det iboende fornødne særpræg manglede, at det i princippet burde være blevet godtgjort, at varemærkerne har fået det fornødne særpræg som følge af den brug, der er gjort deraf, for at disse varemærker kan registreres i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

33 Retten har i præmis 123 og 119 i dommene i henholdsvis sag T-109/08 og sag T-110/08 fastslået, at i mangel af beviser med tilstrækkelig bevisværdi for 14 af de 15 berørte medlemsstater kan erhvervelse af det fornødne særpræg som følge af den brug, der er gjort af varemærket i Spanien, således ikke anses for tilstrækkelig til at opnå registrering af et EF-varemærke, der jo har enhedskarakter og retsvirkninger overalt inden for Fællesskabet. Retten lagde ligeledes til grund, at Freixenet til dette formål ikke analogt kunne påberåbe sig dommen af 6. oktober 2009, PAGO International (sag C-301/07, Sml. I, s. 9429), der vedrører en anmodning om præjudiciel afgørelse vedrørende artikel 9, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 og spørgsmålet om, hvilken beskyttelse der på grundlag af dets renommé ydes til et allerede registreret EF-varemærke. Retten fastslog følgelig, at appelkammeret ved Harmoniseringskontoret med rette havde fundet, at bevismaterialet fra Freixenet ikke var tilstrækkeligt til at påvise det fornødne særpræg som følge af den brug, der er gjort af de varemærker, som søges registreret, og Retten forkastede på denne baggrund det tredje anbringende.

Parternes påstande og retsforhandlingerne for Domstolen

34 Freixenet har nedlagt følgende påstande:

— De appellerede domme ophæves.

— De af Freixenet for Retten nedlagte påstande tages til følge.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

35 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Appellerne forkastes.

— Freixenet tilpligtes at betale sagens omkostninger.

36 Ved kendelse afsagt af præsidenten for Domstolen den 10. november 2010 er sagerne C-334/10 P og C-345/10 P blevet forenet med henblik på den mundtlige forhandling og dommen.

Appellerne

37 Til støtte for sine appeller har Freixenet gjort tre anbringender gældende vedrørende tilsidesættelse af henholdsvis artikel 38, stk. 3, og artikel 73 i forordning nr. 40/94 samt artikel 296 TEUF og artikel 6 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950, for så vidt angår det første anbringende, forordningens artikel 7, stk. 1, litra b), for så vidt angår det andet anbringende og nævnte forordnings artikel 7, stk. 3, for så vidt angår det tredje anbringende. Det andet anbringende skal undersøges først.

Parternes argumenter

38 Ved sit andet anbringende har Freixenet gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, idet den i de appellerede domme fastslog, at appelkammeret ved Harmoniseringskontoret ikke havde pligt til at fremsætte konkrete forhold til støtte for sine afslag på registrering og kunne nøjes med at anføre en angiveligt velkendt kendsgerning for at afvise, at de varemærker, som søges registreret, har fornødent særpræg, på trods af at Freixenet havde fremlagt konkrete og velunderbyggede indicier, der dokumenterede disse varemærkers originale karakter på den relevante dato, idet disse afveg betydeligt fra normen eller branchesædvanen. Eftersom det fremgår af retspraksis, at bedømmelsen af det fornødne særpræg skal

være konkret, er Harmoniseringskontoret forpligtet til at svare konkret på de af ansøgeren fremlagte konkrete forhold og kan ikke nøjes med vage og generelle indsigelser, således som Retten fejlagtigt har anerkendt i de appellerede domme.

39 Freixenet har desuden fremhævet, at de varemærker, der søges registreret, på betydelig vis afveg fra normen i branchen den 1. april 1996, og virksomheden har i denne forbindelse bemærket, at disse varemærkers originale karakter er blevet anerkendt af såvel appelkammeret ved Harmoniseringskontoret som af Retten i præmis 76 og 81 i dommen i sag T-109/08 samt præmis 75 og 80 i dommen i sag T-110/08. Freixenet har gjort gældende, at eftersom det i henhold til retspraksis kun er evnen til at kendetegne varens oprindelse, der er tilstrækkelig til, at den i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 omhandlede hindring for registrering ikke finder anvendelse, og eftersom disse varemærker besidder et minimum af fornødent særpræg, hvilket Retten har erkendt ved at anse dem for originale, begik Retten en retlig fejl i strid med denne bestemmelse, idet den afviste, at de nævnte varemærker havde et fornødent særpræg, selv om beskyttelseskriteriet var opfyldt.

40 Freixenet bebrejder ligeledes Retten for at have tilsidesat artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 som følge af den betydning, den har knyttet til nødvendigheden af at kombinere en ordbestanddel med de varemærker, der søges registreret, i forbindelse med, at den i præmis 82 og 81 i dommene i henholdsvis sag T-109/08 og sag T-110/08 har tilsluttet sig appelkammeret ved Harmoniseringskontorets betragtning, hvorefter »der ikke foreligger fortilfælde af vindyrkende virksomheder, som har tilbudt almenheden vin på flasker uden påskrift ved udelukkende eller hovedsageligt at have sat deres lid til flaskens form som angivelse for varens industrielle eller kommercielle oprindelse«. Retten er således fejlagtigt gået ud fra, at et kendetegn, der ikke indeholder ord, intet fornødent særpræg har, når det ikke anvendes i kombination med en ordbestanddel, på trods af at det hverken af denne forordning eller retspraksis fremgår, at registrering af et varemærke, der udgøres af formen på en vares fremtræden eller dens emballages fremtræden, forudsætter, at der foreligger påskrifter eller ordbestanddele.

41 Harmoniseringskontoret har anfægtet Freixenets argumentation og har gjort gældende, at det andet anbringende må forkastes som ugrundet.

Domstolens bemærkninger

42 Det følger af fast retspraksis, at den omstændighed, at et varemærke har fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, betyder, at varemærket er egnet til at identificere den vare, for hvilken det er søgt registreret, som hidrørende fra en bestemt virksomhed og dermed til at adskille denne vare fra andre virksomheders (jf. bl.a. dom af 29.4.2004, forenede sager C-456/01 P og C-457/01 P, Henkel mod KHIM, Sml. I, s. 5089, præmis 34, af 7.10.2004, sag C-136/02 P, Mag Instrument mod KHIM, Sml. I, s. 9165, præmis 29, og af 25.10.2007, sag C-238/06 P, Develey mod KHIM, Sml. I, s. 9375, præmis 79).

43 Hvorvidt et varemærke har fornødent særpræg, skal dels bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret, dels i forhold til den opfattelse, som den relevante kundekreds har af varemærket (jf. bl.a. dommen i sagen Henkel mod KHIM, præmis 35, dom af 22.6.2006, sag C-25/05 P, Storck mod KHIM, Sml. I, s. 5719, præmis 25, og dommen i sagen Develey mod KHIM, præmis 79).

44 Som Retten har bemærket i præmis 69 og 68 i dommene i henholdsvis sag T-109/08 og sag T-110/08, er det i det foreliggende tilfælde ubestridt, at de omhandlede varer, dvs. mousserende vine, er almindelige forbrugsvarer, og at den tilsigtede kundekreds udgøres af den brede offentlighed i de 15 medlemsstater, som Fællesskabet bestod af, da registreringsansøgningerne blev indgivet.

45 Det fremgår også af fast retspraksis, at kriterierne for bedømmelsen af, om tredimensionale varemærker, der består af selve varens udseende, har fornødent særpræg, ikke er forskellige fra dem, der finder anvendelse på andre typer varemærker (jf. bl.a. dommen i sagen Mag Instrument mod KHIM, præmis 30, dom af 12.1.2006, sag C-173/04 P, Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, Sml. I, s. 551, præmis 27, dommen i sagen Storck mod KHIM, præmis 26, samt dom af 4.10.2007, sag C-144/06 P, Henkel mod KHIM, Sml. I, s. 8109, præmis 36).

46 Ved anvendelsen af disse kriterier skal der imidlertid tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugerens opfattelse ikke nødvendigvis er den samme, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, der består af selve varens udseende, som når der er tale om et ord- eller figurmærke, der består af et tegn, som er uafhængigt af udseendet af de varer, det betegner. Gennemsnitsforbrugerne er nemlig ikke vant til at udlede varers oprindelse af deres form eller emballage uden nogen grafisk eller tekstmæssig bestanddel, og det kan derfor vise sig vanskeligere at bevise, at et sådant tredimensionalt varemærke har særpræg, end at et ord- eller figurmærke har det (jf. bl.a. dommen i sagen Mag Instrument mod KHIM, præmis 30, dommen i sagen Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, præmis 28, og dommen i sagen Storck mod KHIM, præmis 27).

47 Under disse omstændigheder er det kun et varemærke, der afviger betydeligt fra normen eller branchesædvanen og derfor kan opfylde sin grundlæggende oprindelsesfunktion, som ikke mangler fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 (jf. bl.a. dommen i sagen Mag Instrument mod KHIM, præmis 31, dommen i sagen Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, præmis 31, og dommen i sagen Storck mod KHIM, præmis 28).

48 Denne retspraksis, der er udviklet i forbindelse med tredimensionale varemærker, som består af selve varens udseende — eller af emballagen til varer, såsom drikkevarer, der er emballeret i omsætningen af grunde, der er forbundet med selve varens art (jf. dommen i sagen Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, præmis 29, og dommen af 4.10.2007 i sagen Henkel mod KHIM, præmis 38) — finder tilsvarende anvendelse, når det varemærke, der søges registreret — som i det foreliggende tilfælde — er et

»andet« varemærke, der består af det særlige udseende, som overfladen på en flydende vares emballage har. I et sådant tilfælde består varemærket nemlig heller ikke af et tegn, som er uafhængigt af fremtrædelsesformen for den nødvendige emballage for de varer, det betegner (jf. i denne retning dommen i sagen Storck mod KHIM, præmis 29).

49 Selv om Retten i præmis 63-67 og 62-66 i dommene i henholdsvis sag T-109/08 og sag T-110/08 har identificeret de af retspraksis fastlagte kriterier korrekt, fremgår det imidlertid af disse domme, at Retten ikke har fulgt denne praksis i forbindelse med bedømmelsen af de foreliggende sager.

50 I stedet for at undersøge, om de varemærker, der søges registreret, afviger betydeligt fra normen eller branchesædvanen, har Retten nemlig i præmis 79 og 78 i dommene i henholdsvis sag T-109/08 og sag T-110/08 begrænset sig til generelt at fastslå, at eftersom der ikke er blevet solgt nogen flaske uden etiket eller tilsvarende angivelse, er det kun denne ordbestanddel, som gør det muligt at bestemme den omhandlede mousserende vins oprindelse, således at farven på og matteringen af flaskeglasset ikke kan »fungere som varemærke« for den mousserende vin for så vidt angår den relevante kundekreds, når de ikke anvendes i kombination med en ordbestanddel.

51 En sådan bedømmelse fører systematisk til, at de varemærker, der udgøres af udseendet på en vareemballage, som ikke indeholder nogen påskrift eller ordbestanddel, udelukkes fra beskyttelsen i henhold til forordning nr. 40/94.

52 Det følger heraf, at Retten har tilsidesat artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 (jf. i denne retning dom af 20.9.2001, sag C-383/99 P, Procter & Gamble mod KHIM, Sml. I, s. 6251, præmis 45).

53 Under disse omstændigheder bør Freixenets andet anbringende tiltrædes, og de appellerede domme bør ophæves, uden at det er nødvendigt at foretage en undersøgelse af appelsagernes øvrige anbringender.

Søgsmålene for Retten

54 I henhold til artikel 61, stk. 1, andet punktum, i statutten for Domstolen kan Domstolen, når den har ophævet en afgørelse truffet af Retten, selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse. Det bemærkes, at dette er tilfældet i den foreliggende sag.

55 For så vidt angår de af Freixenet for Retten nedlagte krav, som vedrører annullation af de anfægtede afgørelser, og som støttes på tilsidesættelsen af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, skal de tiltrædes af de i denne doms præmis 45-52 anførte grunde. Appelkammeret ved Harmoniseringskontoret har nemlig begået den samme retlige fejl som Retten, idet det i punkt 34-37 og 31-34 i afgørelserne af henholdsvis 30. oktober 2007 og 20. november 2007 fandt, at »det formelle udseende ikke udfylder varemærkets funktion, hvorimod etiketten gør«, og idet det dermed ikke har undersøgt, om de varemærker, der søges registreret, afviger fra normen eller branchesædvanen i en sådan grad, at de har fornødent særpræg.

56 Under disse omstændigheder bør de anfægtede afgørelser annulleres, uden at det er nødvendigt at foretage en undersøgelse af de andre anbringender, som Freixenet har fremsat under retssagerne ved Retten.

Sagens omkostninger

57 I henhold til procesreglementets artikel 122 træffer Domstolen afgørelse om sagens omkostninger, når der gives appellanten medhold, og Domstolen selv endeligt afgør sagen. I henhold til dette reglements artikel 69, stk. 2, der i henhold til nævnte reglements artikel 118 finder anvendelse i appelsager, 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 sagens omkostninger i forbindelse med retsforhandlingerne for Domstolen og Retten i overensstemmelse med Freixenets påstand herom.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Tredje Afdeling):

1) Dommene afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 27. april 2010, Freixenet mod KHIM (hvid matslebet flaske) (sag T-109/08) og Freixenet mod KHIM (matslebet sort flaske) (sag T-110/08), ophæves.

2) Afgørelserne truffet af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) den 30. oktober 2007 (sag R 97/2001-1) og 20. november 2007 (sag R 104/2001-1) annulleres.

3) Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) betaler sagens omkostninger i begge instanser.

Underskrifter