Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Ottende Afdeling)

24. februar 2016 *

»EF-varemærker — ansøgning om et tredimensionalt varemærke — formen på en flaske med konturer uden riller — absolut registreringshindring — mangel på fornødent særpræg — artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning (EF) nr. 207/2009 — fornødent særpræg ikke opnået ved brug — artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009«

I sag T-411/14,

The Coca-Cola Company, Atlanta, Georgia (De Forenede Stater), ved solicitors D. Stone og A. Dykes og barrister S. Malynicz,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 27. marts 2014 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 540/2013-2) vedrørende en sag om registrering af et tredimensionalt tegn, der udgøres af formen på en flaske med konturer, som EF-varemærke,

har

RETTEN (Ottende Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, D. Gratsias, og dommerne M. Kancheva og C. Wetter (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig I. Dragan,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 10. juni 2014,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 22. oktober 2014,

efter retsmødet den 16. september 2015,

afsagt følgende

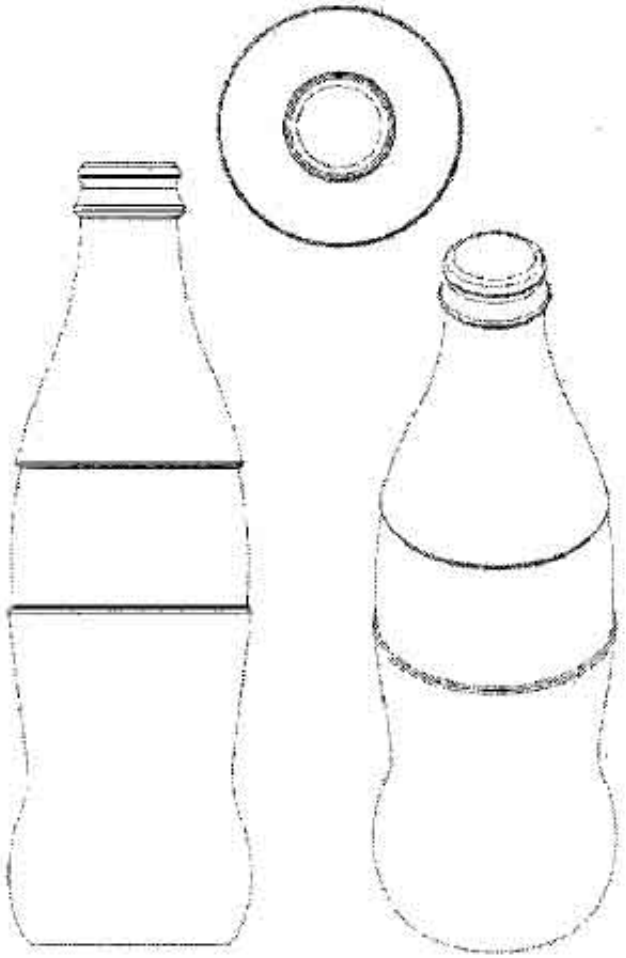
* Processprog: engelsk.

Dom

Sagens baggrund

1 Den 29. december 2011 indgav sagsøgeren, The Coca-Cola Company, en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1).

2 Det varemærke, der er blevet søgt registreret, er det nedenfor gengivne tredimensionale tegn:



3 De varer, som varemærkeansøgningen vedrører, henhører under klasse 6, 21 og 32 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker af 15. juni 1957, som revideret og ændret, og svarer i hver enkelt af disse klasser til følgende beskrivelse:

— klasse 6: »uædle metaller og legeringer heraf; byggematerialer af metal; klejnsmedearbejder, små genstande af metal (isenkramvarer); varer af uædle metaller ikke indeholdt i andre klasser; metalflasker«

— klasse 21: »husholdnings- og køkkenredskaber samt beholdere; uforarbejdet eller halvforarbejdet glas (undtagen glas til bygningsbrug); glasvarer, porcelæn og keramik, ikke indeholdt i andre klasser; glas- og plastikflasker«

— klasse 32: »øl; mineralvand og kulsyreholdige vande samt andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke«.

4 Den 23. januar 2012 oplyste undersøgeren sagsøgeren om, at denne agtede at give afslag på registreringsansøgningen for en del af de omhandlede varer på grundlag af artikel 7, stk. 1, litra b), nr. 207/2009, dvs. følgende varer:

— klasse 6: »varer af uædle metaller ikke indeholdt i andre klasser; metalflasker«

— klasse 21: »husholdnings- og køkkenredskaber samt beholdere; uforarbejdet eller halvforarbejdet glas (undtagen glas til bygningsbrug); glasvarer, porcelæn og keramik, ikke indeholdt i andre klasser; glas- og plastikflasker«

— klasse 32: »øl; mineralvand og kulsyreholdige vande samt andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke«.

5 Den 23. marts 2012 meddelte sagsøgeren Harmoniseringskontoret, at selskabet fastholdt sin ansøgning om registrering for alle de omhandlede varer, idet det hævdede, at det tegn, for hvilket der var ansøgt om registrering, havde opnået fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009. Efter at have opnået en forlængelse af fristen for at samle og fremlægge al den nødvendige dokumentation til støtte for sine påstande fremførte sagsøgeren den 19. oktober 2012 sine argumenter mod undersøgerens oprindelige standpunkt.

6 Den 23. januar 2013 gav undersøgeren afslag på ansøgningen om registrering. Undersøgeren fandt efter at have undersøgt de af sagsøgeren fremlagte argumenter og beviser, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg for de omhandlede varer. Efter at undersøgeren havde lagt til grund, at EF-varemærkeansøgningen var omfattet af de absolutte registreringshindringer som fastlagt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, gav denne ligeledes afslag på sagsøgerens anmodning i henhold til samme forordnings artikel 7, stk. 3.

7 Den 20. marts 2013 påklagede sagsøgeren undersøgerens afgørelse til Harmoniseringskontoret.

8 Ved afgørelse af 27. marts 2014 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Andet Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen med den begrundelse, at det ansøgte varemærke i forhold til de omhandlede varer manglede fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009.

9 Appelkammeret fandt, at de omhandlede varer var bestemt til almindeligt forbrug, og at de hovedsageligt var rettet mod den brede offentlighed. Under hensyntagen til den omstændighed, at de pågældende varer masseproduceres, fandt appelkammeret, at gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer ikke er særligt opmærksom, og at det er »sandsynligt, at denne har en ufuldkommen erindring af mærkevarer«.

10 Hvad angår det fornødne særpræg beskrev appelkammeret i første omgang det ansøgte varemærke. Derefter sammenlignede appelkammeret varemærket med de billeder, der var indeholdt i undersøgerens meddelelse om registreringshindringer, og konkluderede, at det var med rette, at undersøgeren havde fundet, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg i forhold til de pågældende varer.

11 Appelkammeret fandt, at summen af den pågældende beholders karakteristika ikke gav det ansøgte varemærke fornødent særpræg, for så vidt som disse karakteristika var fælles for formen på de pågældende varer, der er indeholdt i klasse 6 og 21, og for emballeringen af de pågældende varer i klasse 32. Appelkammeret tiltrådte således undersøgerens konklusion, hvorefter den omhandlede form ikke var væsentligt forskellig fra de grundlæggende former på de pågældende varer og deres emballage.

12 På baggrund af sagsøgerens argument, ifølge hvilket det ansøgte varemærke burde betragtes som »flasken med konturer uden riller«, som den relevante kundekreds vil forbinde med sagsøgerens berømte ikoniske flaske (herefter »flasken med konturer med riller«), eftersom det ansøgte varemærke efter denne kundekreds' opfattelse udgør en videreudvikling af sidstnævnte, foretog appelkammeret en sammenligning af disse to flasker.

13 Imens appelkammeret anerkendte, at de to flasker udviste lighedspunkter, konkluderede det i det væsentlige, at helhedsindtrykket af flaskerne var forskelligt. I denne forbindelse lagde appelkammeret særligt vægt på rillerne som et iøjnefaldende element ved flasken med konturer med riller. Således forkastede appelkammeret det argument, hvorefter det ansøgte varemærke skulle betragtes som en naturlig videreudvikling af flasken med konturer med riller. Appelkammeret fandt, at det ansøgte varemærke burde bedømmes under hensyntagen til den relevante kundekreds' opfattelse af dette tegn uden at antage, at den nævnte kundekreds ville knytte en direkte og umiddelbar forbindelse mellem dette tegn og flasken med konturer med riller, som sagsøgeren nyder anerkendelse for over hele verden.

14 På baggrund af disse betragtninger konkluderede appelkammeret, idet det undersøgte det ansøgte varemærkes karakteristika, at sidstnævnte ikke i tilstrækkelig grad afveg fra den pågældende branches normer og sædvaner til at gøre det muligt for den relevante kundekreds umiddelbart og direkte at identificere varernes handelsmæssige oprindelse. Følgelig fandt appelkammeret, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009.

15 Hvad angår artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009 fandt appelkammeret, at sagsøgeren ikke havde godtgjort, at det ansøgte varemærke havde opnået fornødent særpræg ved brug.

16 Appelkammeret gav udtryk for alvorlig tvivl om, hvorvidt de af sagsøgeren tilvejebragte undersøgelser var pålidelige og navnlig med hensyn til disses kilde med den begrundelse, at de ikke var blevet udarbejdet af det anerkendte markedsundersøgelsesselskab som angivet i de nævnte undersøgelser, men af en tidligere direktør for det nævnte selskab, der nu var en uafhængig konsulent inden for markedsundersøgelser. Appelkammeret fandt ligeledes, at undersøgelserne indeholdt ledende spørgsmål, og at tallene i forhold til procentdelene ikke gav det rigtige resultat (ifølge appelkammeret oversteg summen ved sammenlægning af visse procentdele 100%). Ud over disse tvivlspunkter fandt appelkammeret, at undersøgelserne var blevet foretaget i mindre end halvdelen af Den Europæiske Unions medlemsstater. Det noterede også, at undersøgelserne var blevet foretaget efter tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om varemærkeregistrering.

17 Hvad angår de omsætningstal og salgsmængder, som sagsøgeren fremlagde, fandt appelkammeret, at disse – selv under hensyntagen til vidneerklæringen fra marketingrådgiveren for sagsøgerens filial i Frankrig – vedrørte sagsøgerens samlede aktiviteter og ikke det ansøgte varemærke.

18 Hvad angår reklamematerialet fandt appelkammeret, at størstedelen heraf ikke vedrørte det ansøgte varemærke, men sagsøgerens andre flasker eller dåser og navnlig sagsøgerens berømte flaske med konturer med riller.

19 Sagsøgerens argument, hvorefter det ansøgte varemærker havde opnået fornødent særpræg som følge af den brug, der blev gjort af det som en del af et andet varemærke, blev ligeledes forkastet af appelkammeret. Sidstnævnte præciserede, at den foreliggende sag adskilte sig fra de sager, som

sagsøgeren havde påberåbt sig i denne sammenhæng. Appelkammeret tilføjede, at den relevante forbrugers opfattelse ikke nødvendigvis var den samme for så vidt angår forme og hvad angår ordbestanddele.

20 Appelkammeret konkluderede under hensyntagen til det ansøgte varemærkes karakteristika, de pågældende varers art og den markedsføringsstrategi, der var fremlagt i bevismaterialet, at det ikke var uden betydning i den foreliggende sag, at flasken med konturer uden riller kunne blive solgt med en etiket. I denne forbindelse erkendte appelkammeret, at en reklamestrategi stilet mod et varemærke ikke kunne være til hinder for erhvervelsen af det fornødne særpræg, men bemærkede, at de fremlagte beviser viste, hvordan de pågældende varer var blevet markedsført under det ansøgte varemærke i forhold til den relevante kundekreds. Ifølge appelkammeret kunne der ikke ses bort fra disse betragtninger angående markedsføringsstrategien i forbindelse med vurderingen af denne kundekreds' opfattelse af det ansøgte varemærke.

21 Selv om appelkammeret anerkendte, at sagsøgerne havde foretaget betydelige investeringer i forhold til markedsføring, og at de fremlagte salgstal var meget høje, fandt appelkammeret, at beviserne i deres helhed var utilstrækkelige og lidet overbevisende for så vidt angår den relevante kundekreds' reelle opfattelse af det ansøgte varemærke.

22 Appelkammeret anførte, at der, for så vidt angik de pågældende varer ud over ikke-alkoholholdige drikke, stort set ikke forelå beviser for, at det fornødne særpræg var opnået ved brug. I denne forbindelse understregede appelkammeret, at der ikke var blevet fremlagt noget bevis vedrørende køb af »glas- og plastikflasker« og »køkkenredskaber«.

23 Appelkammeret fandt også, at sagsøgerens dokumenter vedrørende ikke-alkoholholdige drikkes historik viste billeder af flasken med konturer med riller og for størstedelens vedkommende syntes at indeholde billeder, der var taget uden for Unionen (navnlig i USA) eller på ukendte steder, eller at der var tale om tekstpassager, der var skrevet uden for Unionen eller på ukendte steder, og at disse dokumenter følgelig ikke kunne godtgøre, at det ansøgte varemærke havde opnået fornødent særpræg inden for Unionen.

Parternes påstande

24 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

25 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse i det hele.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

26 Sagsøgeren har fremført to anbringender til støtte for søgsmålet. Det første anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, og det andet tilsidesættelse af nævnte forordnings artikel 7, stk. 3.

Det første anbringende om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009

27 Sagsøgeren har foreholdt appelkammeret, at dette ikke i overensstemmelse med Rettens praksis tog hensyn til normerne og sædvanerne i branchen. I denne forbindelse har sagsøgeren hævdet, at idet markedet for de omhandlede varer er konkurrencepræget og omfatter mange erhvervsdrivende, kan dette være et stærkt incitament for visse af disse erhvervsdrivende til at udforme emballagen til deres varer på en sådan måde, at den skiller sig ud fra de andre erhvervsdrivendes emballage og tiltrækker forbrugerens opmærksomhed, således at forbrugeren kan huske denne særlige udformning i forbindelse med et senere køb.

28 Dette er ifølge sagsøgeren tilfældet inden for drikkevarebranchen. Sagsøgeren har hævdet, at selv om flasker kan være rent funktionelle – i kraft af en lang cylinderformet del og en flaskehals – er en lang række flaskeformer udformet i det øjemed at tiltrække forbrugerens opmærksomhed og adskille en bestemt virksomheds varer. Forbrugerne er således ifølge sagsøgeren vant til, at udformninger, der adskiller sig fra den sædvanlige form på en flaske, er registreret som varemærker. Dette er tilfældet i den foreliggende sag.

29 Appelkammeret begik ligeledes en fejl ved ikke at foretage en helhedsvurdering af det ansøgte varemærke og af den måde, hvorpå dets forskellige bestanddele er blevet sammensat, med henblik på at sammenligne varemærket med de sædvanlige udformninger på markedet.

30 Derudover har sagsøgeren gjort gældende, at det ansøgte varemærke dels afviger fra de eksempler, som undersøgeren fandt på internettet, der i øvrigt alene omfattede Irland, dels tiltrækker forbrugerens opmærksomhed og gør det muligt for denne at huske det.

31 Sagsøgeren mener også, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 35 begik den samme fejl som den, der blev konstateret i dom af 20. oktober 2011, Freixenet mod KHIM (C-344/10 P og C-345/10 P, Sml., EU:C:2011:680, præmis 49). Appelkammeret antog nemlig fejlagtigt, at varens form, dersom varen også omsættes under et karakteristisk ordmærke – i den foreliggende sag en etiket – nødvendigvis mister ethvert fornødent særpræg. En sådan tilgang svarer til at mene, at ingen form kan have særpræg, idet ingen form bliver præsenteret på markedet uden et ordmærke eller en anden varemærketype.

32 Harmoniseringskontoret har bestridt sagsøgerens argumenter.

33 Ifølge artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 er varemærker, som mangler fornødent særpræg, udelukket fra registrering.

34 Det følger af fast retspraksis, at den omstændighed, at et varemærke har fornødent særpræg i henhold til denne bestemmelse, betyder, at varemærket er egnet til at identificere den vare eller tjenesteydelse, for hvilken det er søgt registreret, som hidrørende fra en bestemt virksomhed og dermed til at adskille denne vare fra andre virksomheders (jf. dom Freixenet mod KHIM, nævnt i præmis 31 ovenfor, EU:C:2011:680, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

35 Dette fornødne 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, der består af forbrugerne af disse varer eller tjenesteydelser, har af varemærket (jf. dom Freixenet mod KHIM, nævnt i præmis 31 ovenfor, EU:C:2011:680, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).

36 Ligeledes fremgår det 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 varemærke (jf. dom Freixenet mod KHIM, nævnt i præmis 31 ovenfor, EU:C:2011:680, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).

37 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 verbal eller grafisk 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. dom Freixenet mod KHIM, nævnt i præmis 31 ovenfor, EU:C:2011:680, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis).

38 Da emballeringen af en flydende vare er påkrævet for markedsføringen, tillægger gennemsnitsforbrugeren nærmere bestemt i første omgang emballagen en ren indpakningsfunktion. Et tredimensionalt varemærke, der udgøres af en sådan emballage, har kun fornødent særpræg, hvis det gør det muligt for en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger af en sådan vare, uden at foretage undersøgelser eller sammenligninger og uden at udvise særlig opmærksomhed, at adskille den omhandlede vare fra andre virksomheders varer (dom af 12.2.2004, Henkel, C-218/01, Sml., EU:C:2004:88, præmis 53, og af 29.4.2004, Eurocermex mod KHIM (En ølflaskes form), T-399/02, Sml., EU:T:2004:120, præmis 24).

39 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. 207/2009 (jf. dom Freixenet mod KHIM, nævnt i præmis 31 ovenfor, EU:C:2011:680, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

40 I lyset af det ovenstående skal det undersøges, hvorvidt det ansøgte varemærke adskiller sig væsentligt fra den pågældende branches normer og sædvaner.

41 Indledningsvis skal det bemærkes, at det, som appelkammeret med rette har konstateret, ikke er bestridt, at de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke, er normale forbrugsvarer, der henvender sig til den brede offentlighed. Det skal ligeledes bemærkes, at opmærksomhedsniveauet for den relevante kundekreds må anses for at være almindeligt i betragtning af, at de pågældende varer er bestemt til almindeligt forbrug, hvilket ikke er ubestridt og også i det væsentlige er blevet lagt til grund af appelkammeret.

42 I denne henseende består det ansøgte varemærke ifølge den beskrivelse, som sagsøgeren har fremlagt, af en flad bund, der buer udad for at give et afrundet udseende, en konisk del, der spidser til indad og udvider sig udad indtil den første vandrette linje for at give en trapezform, af en fremspringende midterdel, der er let indfældet, og som har et fladt udseende, såvel som sider med en let kurve for at give en glat profil, og en øvre del, der spidser til opefter som en tragt, og som er let buet i flaskehalsen.

43 Heraf følger, at det ansøgte varemærke er et sammensat tegn, der består af flere karakteristika.

44 Følgelig skal det ansøgte varemærke med henblik på bedømmelsen af, hvorvidt det har fornødent særpræg, bedømmes ud fra helhedsindtrykket. Dette er imidlertid ikke uforeneligt med en undersøgelse hver for sig af de forskellige bestanddele, som varemærket består af (dom af 5.3.2003, Unilever mod KHIM (Ægformet tablet), T-194/01, Sml., EU:T:2003:53, præmis 54, og dom Eurocermex mod KHIM (En ølflaskes form), nævnt i præmis 38 ovenfor, EU:T:2004:120, præmis 25).

45 Hvad for det første angår den nederste del af det ansøgte varemærke skal det bemærkes, at denne del af flasken ikke har nogen karakteristika, der gør det muligt at skelne den fra andre flasker, der findes på markedet. Det er velkendt, at formen på den nedre del af en flaske kan være meget varieret. Imidlertid gør sådanne variationer det i hovedreglen ikke muligt for gennemsnitsforbrugeren at udlede de omhandlede varers handelsmæssige oprindelse.

46 Hvad derefter angår den midterste del af det ansøgte varemærke skal det bemærkes, at denne heller ikke har nogen særlige kendetegn i forhold til det, der findes på markedet. Som appelkammeret med rette har anført, tjener denne del af det ansøgte varemærke under normale handelsmæssige forhold til at bære en etiket, hvorpå varemærket, oplysninger om ingredienser til forbrugerne, flaskekapaciteten og navnet på producenten og distributøren er angivet. Den omstændighed, at denne del er let kurvet, medfører ikke, at den giver det ansøgte varemærke fornødent særpræg, der gør det muligt for forbrugerne at udlede dets handelsmæssige oprindelse.

47 Hvad endelig angår den øverste del af det ansøgte varemærke, der er sammensat af en let buet tragt i flaskehalsen, skal det bemærkes, at det er velkendt, at de flasker, der findes på markedet, mere eller mindre har de samme karakteristika som det ansøgte varemærke. Den øverste del af en flaske er nemlig generelt udformet som en tragt og omfatter en flaskehals. Heraf følger det, at selv om man antager, at denne bestanddel har en vis originalitet, kan den ikke anses for at adskille sig væsentligt fra branchens normer eller sædvaner.

48 Således består det ansøgte varemærke af en kombination af bestanddele, hvor hver enkelt bestanddel – der er egnet til at blive almindeligt anvendt i omsætningen af de varer, der er omhandlet i ansøgningen om registrering – mangler fornødent særpræg i forhold til disse varer (jf. i denne retning og analogt dom Eurocermex mod KHIM (En ølflaskes form), nævnt i præmis 38 ovenfor, EU:T:2004:120, præmis 30).

49 Det fremgår af retspraksis, at når et sammensat varemærke udelukkende er sammensat af elementer uden det fornødne særpræg i forhold til de pågældende varer, kan varemærket i sin helhed som hovedregel antages at mangle fornødent særpræg. Denne antagelse fraviges kun i det tilfælde, hvor konkrete omstændigheder, såsom måden, hvorpå elementerne er sammensat, viser, at det sammensatte varemærke set i sin helhed udgør mere end summen af de enkelte elementer (jf. i denne retning dom Eurocermex mod KHIM (En ølflaskes form), nævnt i præmis 38 ovenfor, EU:T:2004:120, præmis 31).

50 I det foreliggende tilfælde synes der ikke at foreligge sådanne særlige omstændigheder. Det ansøgte varemærke er nemlig karakteriseret ved sin form, der har et kurvet omrids. Imidlertid udgør denne form, ikke mere end summen af de enkelte elementer – dvs. en flaske, der ligner de fleste flasker på markedet. En sådan form er nemlig almindeligt anvendt inden for handelen med de varer, der er omfattet af registreringsansøgningen. Det følger heraf, at den måde, hvorpå det foreliggende sammensatte varemærkes bestanddele er kombineret, heller ikke er egnet til at give varemærket det fornødne særpræg (jf. i denne retning dom Eurocermex mod KHIM (En ølflaskes form), nævnt i præmis 38 ovenfor, EU:T:2004:120, præmis 32).

51 Det ansøgte varemærke udgør således alene en variant af de omhandlede varers udformning og emballage, der ikke gør det muligt for gennemsnitsforbrugeren at adskille de omhandlede varer fra andre virksomheders (jf. i denne retning dom af 17.12.2008, Somm mod KHIM (Skyggegivende halvtag), T-351/07, EU:T:2008:591, præmis 27, og af 16.9.2009, Alber mod KHIM (Håndtag), T-391/07, EU:T:2009:336, præmis 60).

52 Følgelig begik appelkammeret ikke en fejl ved at finde, at gennemsnitsforbrugeren i Unionen alene opfatter det omtvistede varemærke i sin helhed som en variant af formen og emballagen på de varer, for hvilke det nævnte varemærke er søgt registreret.

53 Denne løsning kan ikke drages i tvivl af det argument, hvorefter appelkammeret ikke foretog en helhedsvurdering af det ansøgte varemærke. Det fremgår nemlig bl.a. af den anfægtede afgørelses punkt 27, at appelkammeret bedømte det ansøgte varemærke under hensyntagen til »summen af [sagsøgerens] beholders karakteristika«. Appelkammeret angav ligeledes i den anfægtede afgørelses punkt 35, at »det generelle indtryk af de [af sagsøgeren] angivne karakteristika ikke [gav] et helhedsindtryk, der kunne give det ansøgte tegn fornødent særpræg«.

54 Hvad angår det argument, hvorefter appelkammeret undlod at tage hensyn til den omstændighed, at den pågældende branche er kendetegnet ved skærpet konkurrence, og at det er almindeligt, at aktørerne på et sådant marked søger at adskille deres varer ved hjælp af disses emballering, skal det bemærkes, at disse omstændigheder ikke i sig selv er tilstrækkelige til at give det ansøgte varemærke fornødent særpræg. Desuden tog appelkammeret netop hensyn til markedsvilkårene i forbindelse med dets helhedsvurdering af det ansøgte varemærke. Det følger bl.a. af den anfægtede afgørelses punkt 28, at appelkammeret fandt, at eftersom graden af frihed i forbindelse med flaskers udformning ikke er særligt høj, kan minimale variationer i de sædvanlige former ikke registreres som varemærker, fordi kundekredsen ikke vil opfatte dem som en angivelse af oprindelsen.

55 Hvad endelig angår sagsøgerens kritik af den henvisning, som appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 35 for fuldstændighedens skyld foretog til den omstændighed, at slutbrugeren generelt snarere ville rette sin opmærksomhed mod varens etiket eller mod dens emballage og det navn, billede eller den tegning, der figurerer herpå, end alene mod emballagens udformning som sådan, er denne kritik under alle omstændigheder ikke egnet til at skabe tvivl om rigtigheden af appelkammerets betragtninger (jf. i denne retning dom af 30.4.2013, Boehringer Ingelheim International mod KHIM (RELY-ABLE), T-640/11, EU:T:2013:225, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis). Inden for rammerne af appelkammerets bedømmelse af det ansøgte varemærkes særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 undersøgte appelkammeret nemlig det ansøgte varemærke under hensyntagen til alle dets relevante karakteristika og støttede i tilstrækkelig grad sin konklusion på det ansøgte varemærke – dvs. den rene form af flasken med konturer (jf. i denne retning dom af 16.7.2014, Langguth Erben mod KHIM (Gengivelse af en flaske til alkoholholdige drikkevarer), T-66/13, EU:T:2014:681, præmis 66 og 67).

56 Heraf følger, at det første anbringende skal forkastes som ubegrundet.

Det andet anbringende om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009

57 Sagsøgeren har gjort gældende, at det ansøgte varemærke under alle omstændigheder har opnået fornødent særpræg ved brug. Sagsøgeren mener at have bevist, at det nævnte varemærke har opnået fornødent særpræg, ved at fremlægge et betydeligt antal beviser for Harmoniseringskontorets instanser.

58 De beviser, som sagsøgeren har fremlagt i forbindelse med den administrative procedure for Harmoniseringskontoret, er bl.a. følgende:

— en historik over den måde, hvorpå det ansøgte varemærke er blevet brugt, herunder den kontekst og de vilkår, under hvilke dette varemærke er blevet brugt inden for Unionen

— oplysninger baseret på undersøgelser såvel som undersøgelserne selv, der blev foretaget i ti medlemsstater i Unionen, med henblik på at påvise, at størstedelen af de adspurgte personer forbandt det ansøgte varemærke med sagsøgeren og dennes Coca-Cola-drikkevarer

— beviser såsom virksomhedens adfærdskodeks i forhold til markedsundersøgelser med henblik på at godtgøre, at de ovenfor nævnte oplysninger blev frembragt på grundlag af korrekte og uafhængige undersøgelser, der omfattede ca. 5 000 personer, der repræsenterede den relevante kundekreds i de ti medlemsstater

— salgstal vedlagt en tabel, der indeholdt markedsandelene opdelt efter Unionens medlemsstater og en erklæring på tro og love fra marketingrådgiveren for Coca-Cola (Europa) med henblik på at vise, at sagsøgeren havde solgt et stort antal flasker med konturer med og uden riller i Unionen i løbet af årene 2009-2011

— tabeller, der angav de investeringer, der er blevet foretaget i markedsføring og kommunikation mellem 2009 og 2011, for at vise, at sagsøgerens Coca-Cola-, Coca-Cola Light- og Coca-Cola Zero-drikke blev markedsført i hele Unionen

— beviser i form af fotos, artikler og uddrag fra internettet med henblik på at godtgøre, at det ansøgte varemærke er blevet brugt i forbindelse med kommerciel kommunikation, internetpublikationer, »Pop Art« såvel som publikationer foretaget af tredjemand og i andre medier.

59 For det første har sagsøgeren i det væsentlige gjort gældende, at appelkammerets tvivl for så vidt angår undersøgelsernes kilde, pålidelighed og uafhængighed er ugrundede. Sagsøgeren har ligeledes foreholdt appelkammeret, at dette ikke har fortolket undersøgelserne korrekt under hensyntagen til de heri indeholdte forklaringer. Sagsøgeren har på baggrund af disse fejl hævdet, at appelkammeret ikke forstod de oplysninger, som det fik fremlagt, og den måde, hvorpå undersøgelserne var blevet foretaget, på trods af de forklaringer, der blev givet i de nævnte undersøgelser samt i den begrundelse, som blev fremsat for Harmoniseringskontoret.

60 For det andet mener sagsøgeren i det væsentlige, at appelkammeret begik en retlig fejl, for så vidt som det ikke anerkendte, at det ansøgte varemærke havde opnået fornødent særpræg som følge af den brug, der var gjort heraf, som en del af et registreret varemærke eller sammen med dette. Sagsøgeren har gjort gældende, at det ansøgte varemærke har været anvendt i betydeligt omfang som del af formen på sagsøgerens flaske med konturer med riller. Sagsøgeren har i denne forbindelse påberåbt sig dom af 7. juli 2005, Nestlé (C-353/03, Sml., EU:C:2005:432), i hvilken Domstolen fandt, at et varemærkes fornødne særpræg, som omhandlet i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009, kunne følge af både brugen af en bestanddel af et registreret varemærke – som en del af dette – og brugen af et særskilt varemærke sammen med et registreret varemærke.

61 Ifølge sagsøgeren kan det ikke med rette bestrides, at flasken med konturer med riller har været anvendt i betydeligt omfang. Flasken med konturer med eller uden riller er blevet solgt i meget store mængder over mange år. Derudover har flasken med konturer med eller uden riller været genstand for omfattende markedsføring.

62 Ifølge sagsøgeren taler forskellige argumenter for, at det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg som en del af flasken med konturer med riller. For det første fremgår det klart, at den form, der udgør det ansøgte varemærke (dvs. det ansøgte varemærke isoleret set), er todimensional. Beviserne viser det ansøgte varemærke todimensionalt set fra siden, der er blevet gengivet på reklamer, der er opstillet på salgssteder, i reklamemateriale eller på produkter såsom flasker eller dåser. Der er ikke nogen bestemmelse inden for EU-varemærkeretten, der er til hinder for, at tredimensionale varemærkers fornødne særpræg kan opnås i kraft af anvendelsen af todimensionale varemærker.

63 For det andet har der været flasker, der udgjorde særlige udgaver, som var udformet på en sådan måde, at rillerne var maskerede, der som helhed gav indtrykket af en flaske med konturer uden riller. Disse produkter eksisterer i tredimensionale og todimensionale versioner. Sagsøgeren har anerkendt, at disse flasker blev lavet til særlige lejligheder, men har gjort gældende, at der var mange af dem, og at disse flasker var genstand for omfattende markedsføring.

64 For det tredje har sagsøgeren henvist til den måde, hvorpå det ansøgte varemærke er blevet anvendt af tredjemand i forskellige kulturelle udtryksformer. Sagsøgeren har hævdet, at såfremt offentligheden ikke anså det ansøgte varemærke for at være karakteristisk for Coca-Cola-virksomheden, måtte man blive i tvivl om det mål, som visse kunstnere forfølger igennem deres arbejder, idet deres værker ifølge sagsøgeren klart henviser til Coca-Cola-flasken.

65 Harmoniseringskontoret har bestridt sagsøgerens argumenter.

66 I henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009 er de absolutte registreringshindringer i samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra b)-d), ikke til hinder for en registrering af et varemærke, hvis dette som følge af den brug, der er gjort deraf, har opnået fornødent særpræg for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret. I den i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009 omhandlede situation er den omstændighed, at det tegn, der danner det omhandlede varemærke, faktisk af den relevante kundekreds opfattes som en angivelse af en vares eller en tjenesteydelses handelsmæssige oprindelse, nemlig et resultat af varemærkeansøgerens økonomiske indsats. Denne omstændighed gør det berettiget at se bort fra de almene interesser, der ligger til grund for samme artikels stk. 1, litra b)-d), hvorefter det kræves, at de af disse bestemmelser omhandlede varemærker frit skal kunne anvendes af alle, således at det undgås, at der skabes en uberettiget konkurrencefordel for én erhvervsdrivende (dom af 21.4.2010, Schunk mod KHIM (Gengivelse af en del af en centrérpatron), T-7/09, EU:T:2010:153, præmis 38, og af 22.3.2013, Bottega Veneta International mod KHIM (Formen på en håndtaske), T-409/10, EU:T:2013:148, præmis 74).

67 Det følger af retspraksis, at det særpræg, der er opnået som følge af brugen af et varemærke, for at det tillades registrering i medfør af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009, skal påvises i den del af Unionen, hvor det manglede særpræg efter artikel 7, stk. 1, litra b)-d), i den nævnte forordning. I øvrigt skal et varemærke have fået fornødent særpræg ved brug inden indgivelsen af ansøgningen om registrering (domme Schunk mod KHIM (Gengivelse af en del af en centrérpatron), nævnt i præmis 66 ovenfor, EU:T:2010:153, præmis 40, og Bottega Veneta International mod KHIM (Formen på en håndtaske), nævnt i præmis 66 ovenfor, EU:T:2013:148, præmis 76).

68 Når der endvidere er tale om varemærker, der ikke er ordmærker – som det varemærke, der er omhandlet i denne sag – antages det, at bedømmelsen af deres fornødne særpræg er den samme i hele Unionen, medmindre der er konkrete holdepunkter for det modsatte. Eftersom det i den foreliggende sag ikke fremgår af det første anbringende, at dette er tilfældet, må det fastslås, at den registreringshindring, der er omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, for så vidt angår det ansøgte varemærke er til stede i hele Unionen. Det er således i hele Unionen, at dette varemærke skal have fået fornødent særpræg ved brug for at kunne registreres i henhold til samme forordnings artikel 7, stk. 3 (jf. dom af 12.9.2007, Glaverbel mod KHIM (En glasoverflades struktur), T-141/06, EU:T:2007:273, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

69 Det fremgår desuden 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 på grund af varemærket identificerer de omhandlede varer eller tjenesteydelser som hidrørende fra en bestemt virksomhed. De omstændigheder, der skal være til stede, for at betingelsen om, at varemærket har fået fornødent særpræg ved brug, kan anses for opfyldt, kan dog ikke udelukkende godtgøres på grundlag af almindelige og abstrakte oplysninger, såsom bestemte procentsatser (domme Schunk mod KHIM (Gengivelse af en del af en centrérpatron), nævnt i præmis 66 ovenfor, EU:T:2010:153, præmis 39, og Bottega Veneta International mod KHIM (Formen på en håndtaske), nævnt i præmis 66 ovenfor, EU:T:2013:148, præmis 75).

70 For med henblik på i en konkret sag at vurdere, om varemærket har fået fornødent særpræg ved brug, kan der derudover 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, samt erklæringer fra industri- og handelskamre eller andre faglige sammenslutninger. Såfremt de relevante omsætningskredse eller i det mindste en betydelig andel af disse på grundlag af sådanne elementer som følge af varemærket identificerer varen som hidrørende fra en bestemt virksomhed, skal det fastslås, at den i artikel 7, stk. 3, i direktiv 207/2009 fastsatte betingelse for, at varemærket kan registreres, er opfyldt (dom Schunk mod KHIM (Gengivelse af en del af en centrérpatron), nævnt i præmis 66 ovenfor, EU:T:2010:153, præmis 41, og dom Bottega Veneta International mod KHIM (Formen på en håndtaske), EU:T:2013:148, præmis 77).

71 I henhold til retspraksis skal et varemærkes fornødne særpræg, herunder det særpræg, der er opnået ved brug heraf, ligeledes bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke der er ansøgt om registrering af varemærket, og under hensyntagen til den formodede opfattelse af den pågældende vare- eller tjenesteydelseskategori hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger (domme Schunk mod KHIM (Gengivelse af en del af en centrérpatron), nævnt i præmis 66 ovenfor, EU:T:2010:153, præmis 42, og Bottega Veneta International mod KHIM (Formen på en håndtaske), EU:T:2013:148, præmis 78).

72 Endelig følger det af retspraksis, at der ikke kan føres bevis for det fornødne særpræg opnået ved brug alene ved at fremlægge salgstal og reklamemateriale. Tilsvarende er alene den omstændighed, at tegnet er blevet brugt på Unionens område i et stykke tid, heller ikke tilstrækkelig til at godtgøre, at den kundekreds, som de omhandlede varer er rettet mod, opfatter det som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse (jf. i denne retning dom Glaverbel mod KHIM (En glasoverflades struktur), nævnt i præmis 68 ovenfor, EU:T:2007:273, præmis 41 og 42).

73 Det er i lyset af disse betragtninger, at det i den foreliggende sag skal undersøges, om appelkammeret begik en fejl ved at finde, at det ansøgte varemærke ikke havde opnået fornødent særpræg som følge af den brug, der var gjort af det, som omhandlet i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009.

74 Indledningsvis skal det bemærkes, at den tvivl, som appelkammeret har givet udtryk for angående undersøgelsernes pålidelighed, ikke er begrundet. Det fremgår nemlig af sagsakterne, at de adspurgte personer alene så et billede, der forestillede én af de pågældende flasker, og ikke billeder af de to flasker, som appelkammeret havde fundet. Tilsvarende konkluderede appelkammeret fejlagtigt, at tallene i forhold til procentdelene var ukorrekte. Ligeledes skal den tvivl, som appelkammeret gav udtryk for, i forhold til den person, der var ansvarlig for gennemførelsen af undersøgelserne, anses for ugrundet. Disse konklusioner bestrides i øvrigt ikke af Harmoniseringskontoret.

75 Imidlertid fremgår det af den anfægtede afgørelse, at appelkammeret til trods for dets urigtige konstatering af de i præmis 16 ovenfor beskrevne mangler ved undersøgelserne ikke forkastede disse som beviser, men undersøgte dem med henblik på at fastslå, om de påviste, at det ansøgte varemærke havde opnået fornødent særpræg i de ti medlemsstater, hvor undersøgelserne var blevet foretaget. Det fremgår nemlig af den anfægtede afgørelses præmis 51 og 52, at appelkammeret fandt, at undersøgelserne omfattede mindre end halvdelen af medlemsstaterne, og at appelkammeret vurderede undersøgelserne sammen med de andre beviser, som sagsøgeren havde fremlagt. Heraf følger, at de fejl, som appelkammeret begik i forhold til undersøgelsernes pålidelighed, ikke berører den anfægtede afgørelses lovlighed.

76 Det skal derefter bemærkes, at et tredimensionalt varemærke, som sagsøgeren har gjort gældende, i givet fald kan få fornødent særpræg ved brug, selv om det er anvendt sammen med et ordmærke eller et figurmærke. I begge tilfælde er det tilstrækkeligt, at de relevante omsætningskredse som følge af denne brug faktisk opfatter den vare eller tjenesteydelse, som alene det varemærke, der søges registreret, betegner, som hidrørende fra en bestemt virksomhed (dom Nestlé, nævnt i præmis 60 ovenfor, EU:C:2005:432, præmis 30). I denne forbindelse bemærkede Retten, at det ansøgte varemærke – til forskel fra det varemærke, der var omhandlet i den sag, der gav anledning til dom Nestlé, nævnt i præmis 60 ovenfor (EU:C:2005:432) – ikke klart kan adskilles fra det varemærke, som det indgår som en del af. I den foreliggende sag står det ikke på grundlag af de af sagsøgeren fremlagte beviser og navnlig af reklamematerialet klart, hvorvidt den flaske, der figurerer heri, er en gengivelse af flasken med konturer med riller, eller om det drejer sig om det ansøgte varemærke. Tilsvarende gælder for så vidt angår de beviser, hvori flasker med konturer uden riller er gengivet. Det ansøgte varemærke anvendes nemlig ikke sammen med det varemærke, som det indgår som en del af, men absorberer det, eller – omvendt – absorberes selv af det, eftersom omridsene – såvel det ansøgte varemærkes omrids som omridset af det varemærke, som det indgår som en del af, overlapper

hinanden. Under disse omstændigheder skal det undersøges, hvorvidt beviserne godtgør, at det ansøgte varemærke i den relevante kundekreds' øjne kan genkendes som en angivelse af de omhandlede varers forretningsmæssige oprindelse.

77 Hvad angår det område, hvori det fornødne særpræg skal godtgøres, skal det bemærkes, at EF-varemærket i henhold til artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 har enhedskarakter, hvilket indebærer, at det har samme retsvirkninger overalt inden for Unionen. Det følger af EF-varemærkets enhedskarakter, at det er en betingelse for registrering, at et tegn har fornødent særpræg i hele Unionen. Det forholder sig følgelig således, at et varemærke i henhold til artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, sammenholdt med stk. 2 i samme artikel, skal udelukkes fra registrering, hvis det mangler fornødent særpræg i en del af Unionen, og den del af Unionen, som er omhandlet i stk. 2, kan i givet fald bestå af en enkelt medlemsstat (jf. i denne retning dom af 22.6.2006, Storck mod KHIM, C-25/05 P, Sml., EU:C:2006:422, præmis 81-83, og af 29.9.2010, CNH Global mod KHIM (Kombination af farverne rød, sort og grå for en traktor), T-378/07, Sml., EU:T:2010:413, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).

78 Artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009, der tillader registrering af tegn, som har opnået fornødent særpræg ved brug, skal ses i lyset af denne betingelse. Ifølge den praksis, der er henvist til ovenfor i denne doms præmis 68, er det nødvendigt at fastslå, at der er opnået fornødent særpræg som følge af brugen i hele det område, hvor varemærket manglede et sådant særpræg. Imidlertid ville det gå for vidt at kræve, at beviset for, at et varemærke har fået fornødent særpræg ved brug som omhandlet i den retspraksis, der er anført i denne doms præmis 66-68, skal føres for hver enkelt medlemsstat (jf. i denne retning dom af 24.5.2012, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli mod KHIM, C-98/11 P, Sml., EU:C:2012:307, præmis 62).

79 Følgelig skal det undersøges, hvorvidt sagsøgeren, henset til den retspraksis, der er nævnt i præmis 66-68 ovenfor, har kunnet godtgøre, at det pågældende tegn, inden sagsøgeren indgav ansøgningen om registrering, havde opnået fornødent særpræg ved brug i hele Unionen hos en væsentlig del af den relevante kundekreds. I denne forbindelse har sagsøgeren haft mulighed for at fremlægge forskellige beviser for Harmoniseringskontoret, herunder dem, der er angivet i præmis 59 ovenfor.

80 Hvad for det første angår de undersøgelser, som sagsøgeren har påberåbt sig, skal det bemærkes, at det er med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 51 konstaterede, at undersøgelserne ikke kunne bevise, at det ansøgte varemærke havde opnået fornødent særpræg i hele Unionen hos en væsentlig del af den relevante kundekreds. Undersøgelserne blev nemlig gennemført i ti medlemsstater, nemlig Danmark, Tyskland, Estland, Grækenland, Spanien, Frankrig, Italien, Polen, Portugal og Det Forenede Kongerige, selv om Unionen bestod af 27 medlemsstater på det tidspunkt, hvor registreringsansøgningen blev indgivet. Det er ganske vist rigtigt, at de pågældende undersøgelser når frem til, at det ansøgte varemærke havde opnået fornødent særpræg i de ti medlemsstater, hvor de blev gennemført, idet den genkendelsesprocent, der blev opnået, var mellem 48% (Polen) og 79% (Spanien), men undersøgelserne godtgør ikke, at dette var tilfældet i de 17 andre medlemsstater. Resultatet af disse undersøgelser kan nemlig ikke udvides til de 17 medlemsstater, i hvilke der ikke er gennemført undersøgelser. I denne forbindelse skal det for så vidt bl.a. angår de lande, som blev medlem af Unionen efter 2004, bemærkes, at undersøgelserne stort set ikke giver nogen oplysninger om opfattelsen hos den relevante kundekreds i disse medlemsstater. Selv om der blev gennemført undersøgelser i Polen og Estland, er det ikke muligt at udvide konklusionerne fra disse to lande til også at gælde de andre medlemsstater, som blev medlem af Unionen efter 2004. I øvrigt har sagsøgeren ikke påvist, at visse markeder i de medlemsstater, som var omfattet af undersøgelserne, er sammenlignelige med andre markeder, og at resultaterne af disse undersøgelser ville kunne ekstrapoleres til disse, og det tilkommer ikke Retten at gøre antagelser i denne retning.

81 I betragtning af det ovenstående må det konkluderes, at undersøgelserne ikke i sig selv i fornødent omfang beviser, at det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug i hele Unionen hos en væsentlig del af den relevante kundekreds.

82 Hvad for det andet angår de investeringer, der er gjort i markedsføring og kommunikation, følger det af retspraksis, at størrelsen på de investeringer, som en virksomhed har foretaget for at promovere et varemærke, kan tages i betragtning med henblik på at fastslå, hvorvidt varemærket har kunnet opnå fornødent særpræg ved brug. I den foreliggende sag må det imidlertid konstateres, at de tal, der i denne forbindelse er blevet fremlagt, ikke specifikt vedrører det ansøgte varemærke. Ifølge erklæringen på tro og love fra marketingrådgiveren for sagsøgerens filial i Frankrig vedrører de fremlagte tal alene Coca-Cola-, Coca-Cola Light- og Coca-Cola Zero-drikkene uden at præcisere, hvilken emballage det drejer sig om. Det er således ikke muligt ud fra disse oplysninger at drage nogen konklusioner for så vidt angår spørgsmålet, hvorledes det omstridte varemærke opfattes.

83 Hvad for det tredje angår salgstallene og reklamematerialet skal det først bemærkes, at disse alene udgør sekundære beviser, som i givet fald kan underbygge de direkte beviser vedrørende fornødent særpræg opnået ved brug, således som disse er fremlagt i de af sagsøgeren indgivne undersøgelser.

84 Salgstal og reklamemateriale i sig selv påviser nemlig ikke, at den kundekreds, som de omhandlede varer er rettet mod, opfatter det ansøgte varemærke som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse.I forhold til de medlemsstater, for hvilke der ikke er fremlagt nogen undersøgelse, kan det derfor i princippet ikke alene ved hjælp af fremlæggelse af salgstal og reklamemateriale godtgøres, at der er opnået fornødent særpræg ved brug. Dette er særligt tilfældet i den foreliggende sag, for så vidt som det lader til, at de fremlagte salgstal ikke er pålidelige.

85 Selv om der i denne forbindelse ikke hersker nogen tvivl om, at salgstallene viser, at sagsøgeren har solgt store mængder af drikkevarer inden for Unionen, må det konstateres, at disse beviser, som sagsøgeren under retsmødet har erkendt, indeholder uoverensstemmelser. F.eks. må det bemærkes, at salgstallene for Belgien og Luxembourg, der tilsammen har en befolkning på ca. 12 mio. indbyggere, næsten er de samme som for Tyskland, om end dette land har en befolkning på ca. 80 mio. indbyggere. Tilsvarende svarer de salgstal, der er opnået i Litauen, der har en befolkning på ca. 3 mio. indbyggere, til det dobbelte af de salgstal, der blev opnået i Polen, selv om dette land har en befolkning på ca. 38 mio. indbyggere. I øvrigt fordobledes omsætningen i Letland mellem 2009 og 2010. Disse uoverensstemmelser, som sagsøgeren har bekræftet under retsmødet, har sidstnævnte ikke kunnet give en forklaring på. Sammenfattende må det fastslås, at disse beviselementer ikke har nogen beviskraft.

86 Derudover er det ikke på baggrund af de af sagsøgeren tilvejebragte oplysninger – selv i lyset af erklæringen på tro og love fra marketingrådgiveren for sagsøgerens filial i Frankrig – muligt at udlede, at salgstallene specifikt vedrører det ansøgte varemærke. I den nævnte erklæring på tro og love angives det nemlig, at salgstallene vedrører »flasker med konturer« uden at præcisere, hvorvidt det drejer sig om det ansøgte varemærke, flasken med konturer med riller eller dem begge to. Det er således ikke muligt at udlede nogen som helst konklusion i forhold til, hvorledes det ansøgte varemærke opfattes af den relevante kundekreds.

87 Følgelig var det med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 57 konkluderede, at de nævnte beviser var utilstrækkelige og lidet overbevisende for så vidt angår den reelle opfattelse af det ansøgte varemærke.

88 Hvad angår de beviser, der indeholder fotos, artikler og uddrag fra internettet med henblik på at godtgøre, at det ansøgte varemærke er blevet brugt i forbindelse med kommerciel kommunikation, internetpublikationer, »Pop Art« såvel som publikationer foretaget af tredjemand og i andre medier, skal det konstateres, at det er med rette, at appelkammeret konkluderede, at stort set ingen af disse beviser vedrørte det ansøgte varemærke. Det er nemlig på grundlag af disse beviser ikke nemt at afgøre, om den flaske, der figurerer heri, er en gengivelse af flasken med konturer med riller, eller om

der er tale om det ansøgte varemærke. Tilsvarende viser sagsøgerens dokumenter vedrørende ikke-alkoholholdige drikkes historik alene billeder af flasken med konturer med riller. Derudover må appelkammerets konstatering om, at de fleste af disse dokumenter indeholder billeder, der er taget uden for Unionen (især i De Forenede Stater) eller på ukendte steder, tiltrædes. Følgelig kan heller ikke disse dokumenter bevise, at der er opnået fornødent særpræg i Unionen.

89 Derudover skal det bemærkes, at sagsøgeren stort set ikke har tilvejebragt noget bevis for, at der er opnået fornødent særpræg i forhold til de omhandlede varer, der ikke er ikke-alkoholholdige drikkevarer – dvs. alle de varer, der er indeholdt i klasse 32, og de varer, der er indeholdt i klasse 6 og 21 i Nicearrangementet, hvilket i øvrigt er blevet bekræftet af sagsøgeren under restmødet.

90 I lyset af det ovenstående er ingen af beviserne isoleret betragtet tilstrækkelige til at godtgøre, at det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug heraf. Tilsvarende gør en bedømmelse af beviserne i deres helhed det heller ikke muligt at godtgøre, at dette skulle være tilfældet. I denne forbindelse skal det bemærkes, at undersøgelserne kun dækker en del af Unionen, og at de andre beviser, som sagsøgeren fremlagde under den administrative procedure for Harmoniseringskontoret, henset til disses uklarheder og indbyrdes uoverensstemmelser, ikke kan råde bod på denne utilstrækkelighed.

91 Idet alle sagsøgerens argumenter skal forkastes, skal Harmoniseringskontoret følgelig frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

92 I henhold til artikel 134, stk. 1, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.

93 Sagsøgeren har tabt sagen og pålægges derfor at betale sagsomkostningerne i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Ottende Afdeling):

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

2) The Coca-Cola Company betaler sagens omkostninger.

Gratsias Kancheva Wetter

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 24. februar 2016.

Underskrifter