RETTENS DOM (Ottende Afdeling)

28. oktober 2009 *

I sag T-137/08,

BCS SpA, Milano (Italien), ved avocats M. Franzosi, V. Jandoli og F. Santonocito,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved D. Botis, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

den anden part i sagen for appelkammeret ved Harmoniseringskontoret og intervenient ved Retten:

Deere & Company, Wilmington, Delaware (Amerikas Forenede Stater), ved solicitor J. Gray og avocat A. Tornato,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 16. januar 2008 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 222/2007-2) vedrørende en sag om ugyldighed, som verserer mellem BCS SpA og Deere & Company,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Ottende Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M.E. Martins Ribeiro, og dommerne N. Wahl (refererende dommer) og A. Dittrich,

justitssekretær: fuldmægtig N. Rosner,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 9. april 2008,

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 22. juli 2008,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 29. juli 2008,

efter retsmødet den 11. marts 2009,

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder

1 Den 1. april 1996 indgav intervenienten, Deere & Company, i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)), en ansøgning om registrering af følgende tegn som EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«):



2 De varer, som varemærkeansøgningen vedrører, henhører under klasse 7 og 12 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer i hver enkelt af disse klasser til følgende beskrivelse:

— klasse 7: »Ophængte, frontmonterede eller selvkørende landbrugs- og skovbrugsmaskiner«

— klasse 12: »Selvkørende landbrugs- og skovbrugsmaskiner, særlig traktorer til agerbrug, små traktorer, plæneklippertraktorer samt anhængere«.

3 De af registreringsansøgningen omfattede farver er blevet betegnet i henhold til Munsell-systemet: 9.47 GY3.57/7.45 (grøn) og 5.06 Y7.63/10.66 (gul). Beskrivelsen præciserer, at »køretøjets chassis er grønt[, og at] hjulene er gule«, sådan som det er illustreret på det billede, som var vedlagt ansøgningen og er gengivet nedenfor:



4 Den 20. november 2001 fik intervenienten registreret dette varemærke (herefter »det anfægtede varemærke«).

5 Den 5. januar 2004 indgav sagsøgeren, BCS SpA, en ugyldighedsbegæring vedrørende alle de varer, der er beskyttet af den anfægtede varemærkeregistrering, i medfør af artikel 51, stk. 1, litra a), sammenholdt med artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 52, stk. 1, litra a), og artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009], og artikel 52, stk. 1, litra c), sammenholdt med nævnte forordnings artikel 8, stk. 4 [nu artikel 53, stk. 1, litra c), og artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009].

6 Til støtte for sin ugyldighedsbegæring har sagsøgeren for det første gjort gældende, at det anfægtede varemærke på tidspunktet for registreringsansøgningen manglede fornødent særpræg, og at det ikke er tilstrækkeligt godtgjort, at det har opnået fornødent særpræg ved brug som omhandlet i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009).

7 For det andet har sagsøgeren påstået, at det anfægtede varemærke var blevet registreret på trods af forekomsten af et ikke-registreret italiensk varemærke, der også bestod af en kombination af farverne grøn og gul. Sagsøgeren har gjort gældende, at brugen af dette varemærke før 1996 for »selvkørende landbrugsmaskiner, særligt traktorer til agerbrug, små traktorer, plæneklippertraktorer samt anhængere« i Belgien, Danmark, Grækenland, Spanien, Frankrig, Italien, Nederlandene, Østrig, Portugal og Det Forenede Kongerige gav sagsøgeren ret til at forbyde anvendelsen af et yngre varemærke.

8 Ved afgørelse af 30. november 2006 meddelte Annullationsafdelingen ved Harmoniseringskontoret afslag på ugyldighedsbegæringen vedrørende begge de heri anførte anbringender, idet den for det første ikke anså, at det var lykkedes sagsøgeren at afsvække værdien af de beviser, som intervenienten havde fremlagt til støtte for, at varemærket havde opnået fornødent særpræg ved brug i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, og for det andet lagde til grund, at sagsøgeren — uanset at denne havde godtgjort at have brugt farverne grøn og gul på forskellige landbrugsmaskiner før ansøgningen om det anfægtede varemærke — havde godtgjort, at den relevante kundekreds på de pågældende områder inden denne dato opfattede tegnet som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse.

9 Den 2. februar 2007 påklagede sagsøgeren Annullationsafdelingens afgørelse med anmodning om annullation heraf med den begrundelse, at det fornødne særpræg, som det anfægtede varemærke havde opnået, ikke var blevet vurderet i forhold til alle de pågældende områder, og at Annullationsafdelingen med urette havde konkluderet, at det tegn, som sagsøgeren var indehaver af, ikke af den relevante kundekreds blev opfattet som en oprindelsesbetegnelse, uanset at den tidligere havde medgivet, at tegnet var blevet anvendt på markedet.

10 Ved afgørelse af 16. januar 2008 truffet af Harmoniseringskontorets Andet Appelkammer (herefter den »anfægtede afgørelse«) blev klagen forkastet i sin helhed.

Retsforhandlinger og parternes påstande

11 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

12 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Harmoniseringskontoret frifindes i det hele.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

13 Ved beslutning af 5. marts 2009 har Retten opfordret parterne til at fremsætte deres eventuelle bemærkninger om visse dokumenter under retsmødet.

Retlige bemærkninger

14 Til støtte for søgsmålet har sagsøgeren påberåbt sig tre anbringender om tilsidesættelse af henholdsvis artikel 7, stk. 3, artikel 8, stk. 4, og artikel 73 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 75 i forordning nr. 207/2009).

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

Parternes argumenter

15 Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at appelkammeret har foretaget urigtig retsanvendelse ved at undlade at efterprøve, om det anfægtede varemærke (kombinationen af farverne grøn og gul) var blevet brugt som varemærke i overensstemmelse med de vilkår, som er fastslået i retspraksis. Til støtte for dette argument har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret undlod at foretage en helhedsvurdering af beviserne og begrænsede sig til at vurdere dem hver for sig uden at samordne dem eller foretage en samlet bedømmelse af dem.

16 Sagsøgeren har for det andet hævdet, at appelkammeret ikke foretog en korrekt bedømmelse af beviserne i sagsakten, dels fordi de fremlagte dokumenter ikke omfattede hele Den Europæiske Union eller i det mindste en væsentlig del heraf, dels fordi bevisværdien af disse beviser var ringe, fordi de blot viste, at farverne havde været anvendt sammen med et ordmærke, eller fordi de hidrørte fra intervenientens handelspartnere og ikke fra uafhængige kilder, som var repræsentative for de pågældende forbrugere.

17 Ifølge sagsøgeren skal bevistærsklen sættes særligt højt ved efterprøvelsen af, om det anfægtede varemærke har fået fornødent særpræg ved brug, eftersom farverne ikke i sig selv har noget fornødent særpræg, da de hovedsageligt er blevet brugt på varerne i dekorativt øjemed og ikke med henblik på at angive oprindelsen. Dette gælder så meget desto mere, når farverne — som i det foreliggende tilfælde — hovedsageligt har været anvendt sammen med et andet karakteristisk kendetegn, som i højere grad fanger de pågældende forbrugeres opmærksomhed.

18 Sagsøgeren har desuden gjort gældende, at appelkammeret har undladt at efterprøve, hvorvidt den relevante kundekreds reelt havde opfattet kombinationen af farverne grøn og gul uden ledsagelse af et andet figur- eller ordmærke som en angivelse af de pågældende varers handelsmæssige oprindelse. Den administrative sagsakt indeholdt nemlig kun en markedsundersøgelse, hvori det anfægtede varemærkes fornødne særpræg blev vurderet i forhold til den relevante kundekreds' opfattelse af det i Tyskland.

19 For det tredje er det sagsøgerens opfattelse, dels at oplysningerne om salgsmængder, reklameudgifter og markedsandele ikke vedrører alle områderne, eller at de er særlig ufyldestgørende vedrørende nogle blandt dem, dels at erklæringerne fra forskellige sammenslutninger ikke henviser til intervenientens eneret til at anvende det anfægtede varemærke, at disse erklæringer ligger efter indgivelsen af ansøgningen om det anfægtede varemærkes registrering, og at de ikke er notarattesterede.

20 Under retsmødet har sagsøgeren også gjort gældende, at den grafiske gengivelse af det anfægtede varemærke »kan afpasses efter forholdene« i den forstand, at den hverken er klar eller præcis, idet den er mangelfuld i forhold til de i retspraksis opstillede krav.

21 Harmoniseringskontoret og intervenienten har påstået dette anbringende forkastet. Under retsmødet påpegede Harmoniseringskontoret desuden, at sagsøgerens anbringende vedrørende det anfægtede varemærkes grafiske gengivelse udgør et nyt anbringende og følgelig ikke kan antages til realitetsbehandling.

Rettens bemærkninger

— Formaliteten vedrørende det under retsmødet rejste klagepunkt

22 Det skal fastslås, at klagepunktet vedrørende det anfægtede varemærkes mangetydige grafiske gengivelse vedrører anvendelsen af artikel 4 (nu artikel 4 i forordning nr. 207/2009) og artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009]. I sin stævning har sagsøgeren dog begrænset sig til at bebrejde appelkammeret at have tilsidesat artikel 7, stk. 3 — som gør det muligt at fravige artikel 7, stk. 1, litra b), c) og d) [artikel 7, stk. 1, litra c) og d), er nu blevet artikel 7, stk. 1, litra c) og d), i forordning nr. 207/2009] — artikel 8, stk. 4, og artikel 73 i forordning nr. 40/94.

23 Heraf følger, at dette klagepunkt om det anfægtede varemærkes forenelighed med kravene til den grafiske fremstilling, som under retsmødet er blevet påberåbt af sagsøgeren, ikke udgør uddybningen af et anbringende, der tidligere er fremført i stævningen, men udgør et nyt anbringende, som er fremsat under sagen. I henhold til artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement skal dette anbringende derfor afvises.

— Hvorvidt anbringendet vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 er velbegrundet

24 Indledningsvis skal opmærksomheden henledes på de principper, der er fastslået i retspraksis, vedrørende anvendelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

25 Hvad angår opnåelsen af fornødent særpræg ved brug følger det af retspraksis, at den pågældende branches identifikation af varen eller tjenesteydelsen som hidrørende fra en bestemt virksomhed skal foretages i kraft af den brug, der er gjort af varemærket som varemærke, og dermed i kraft af varemærkets art og virkning, der gør det egnet til at adskille den pågældende vare fra andre virksomheders (jf. analogt Domstolens dom af 18.6.2002, sag C-299/99, Philips, Sml. I, s. 5475, præmis 64).

26 I denne forbindelse skal udtrykket »den brug, der er gjort af varemærket som varemærke« forstås således, at det alene henviser til en brug af varemærket med henblik på de relevante omsætningskredses identifikation af varen eller tjenesteydelsen som hidrørende fra en bestemt virksomhed (jf. analogt Domstolens dom af 7.7.2005, sag C-353/03, Nestlé, Sml. I, s. 6135, præmis 29).

27 Et varemærkes opnåelse af fornødent særpræg kan i øvrigt følge af brugen af det i kombination med eller som en del af et andet registreret varemærke (jf. i denne retning Domstolens dom af 17.7.2008, sag C-488/06 P, L&D mod KHIM og Sämann, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis).

28 Det skal også bemærkes, at artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 ikke skelner mellem de omhandlede tegns art. Følgelig kan farverne og kombinationerne af farverne i sig selv som følge af den brug, der er gjort deraf, have fået fornødent særpræg for de varer eller

tjenesteydelser, for hvilke de søges registreret, jf. artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 (jf. i denne retning Domstolens dom af 21.10.2004, sag C-447/02 P, KWS Saat mod KHIM, Sml. I, s. 10107, præmis 78 og 79 og den deri nævnte retspraksis).

29 Et tegns fornødne særpræg, herunder det særpræg, der er opnået ved brug heraf, skal bedømmes i forhold dels til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke der er ansøgt om registrering af varemærket, dels til den formodede opfattelse af den pågældende vare- eller tjenesteydelseskategori hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger (jf. analogt Philips-dommen, præmis 59 og 63).

30 I denne forbindelse skal den kompetente myndighed foretage en samlet vurdering af de elementer, som kan godtgøre, at det anmeldte tegn er blevet egnet til at identificere den pågældende vare som hidrørende fra en bestemt virksomhed (jf. analogt Domstolens dom af 4.5.1999, forenede sager C-108/97 og C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Sml. I, s. 2779, præmis 49).

31 Det fremgår desuden af fast retspraksis, at der ved vurderingen af, om et varemærke har fået fornødent særpræg som følge af den brug, der er gjort deraf, bl.a. kan 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 (jf. analogt Windsurfing Chiemsee-dommen, præmis 51, Philips-dommen, præmis 60, og Nestlé-dommen, præmis 31).

32 Det er på grundlag af disse betragtninger, at nærværende anbringende skal vurderes.

33 Hvad angår antagelsen, hvorefter appelkammeret havde undladt at foretage en helhedsvurdering af beviserne og begrænset sig til at vurdere dem hver for sig uden at tage dem samlet i betragtning, skal det fastslås, at det af den anfægtede afgørelse følger, at uanset om appelkammeret skulle have vurderet hver enkelt bevis for sig, anså det også, at alle de af intervenienten fremlagte beviser var »sammenhængende og gensidigt støttede hverandre« (den anfægtede afgørelses punkt 33).

34 Det følger tilsvarende af den anfægtede afgørelses punkt 32, 36-38 og 41, at appelkammerets konklusion vedrørende opnåelsen af fornødent særpræg er begrundet, dels henset til de samlede beviser, som godtgør den lange og intensive brug af det anfægtede varemærke, dels på grundlag af den faktiske omstændighed, at denne brug har gjort det muligt for den relevante kundekreds at identificere den handelsmæssige oprindelse af varer med dette tegn.

35 Hvad angår klagepunktet om, at appelkammeret havde begået en fejl ved at undlade at efterprøve, om det anfægtede varemærke var blevet brugt som varemærke, skal det påpeges, at en hvilken som helst brug af et tegn — navnlig brugen af en kombination af to farver — ikke nødvendigvis udgør en brug som varemærke (jf. præmis 25 og 26 ovenfor).

36 I det foreliggende tilfælde har appelkammeret imidlertid i den anfægtede afgørelses punkt 32 og 38 inden for rammerne af sin bedømmelse af, om registreringen af det anfægtede varemærke var velbegrundet, navnlig i betragtning af erklæringerne fra erhvervssammenslutninger, hvoraf følger, at kombinationen af farverne grøn og gul henviser til landbrugsmaskiner fremstillet af intervenienten, og den omstændighed, at intervenienten gennemgående inden for Den Europæiske Union havde anvendt samme kombination af farver på sine maskiner i en anseelig periode før 1996.

37 Disse to forhold er tilstrækkelige til at konkludere, at brugen af kombinationen af farverne grøn og gul ikke alene udgjorde dekoration, men gjorde det muligt for den relevante kundekreds at identificere den handelsmæssige oprindelse af varer med denne kombination af farver. Følgelig kan sagsøgerens klagepunkt om, at appelkam-

meret tilsidesatte artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 ved at undlade at efterprøve, om kombinationen af farverne grøn og gul var blevet brugt som varemærke, ikke tages til følge.

38 Hvad angår klagepunktet om, at beviserne i sagsakten fra appelkammeret ikke vedrørte alle medlemsstaterne i Den Europæiske Union den 1. april 1996, bemærkes følgende.

39 Indledningsvis skal det påpeges, at uanset at det skal godtgøres, at det anfægtede varemærke har fornødent særpræg i hele Fællesskabet (jf. i denne retning Domstolens dom af 22.6.2006, sag C-25/05 P, Storck mod KHIM, Sml. I, s. 5719, præmis 83), er det dog på ingen måde påkrævet, at samme type af bevis fremlægges for hver medlemsstat.

40 Den omstændighed, at sagsakten med undtagelse af Tyskland ikke indeholder forbrugerundersøgelser med henblik på at vurdere opfattelsen af det anfægtede varemærke hos den relevante kundekreds i Den Europæiske Union, kan dermed ikke føre til annullation af den anfægtede afgørelse.

41 Manglen på forbrugerundersøgelser udelukker ikke, at det godtgøres, at et tegn som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg, eftersom godtgørelsen heraf kan ske ved hjælp af andre beviser (jf. præmis 31 ovenfor). Det følger nemlig af Windsurfing Chiemsee-dommen (præmis 49-53), at det ikke er absolut nødvendigt at foretage en forbrugerundersøgelse for at konkludere, at et tegn har fået fornødent særpræg som følge af brug.

42 Hvad angår de fremlagte tal skal det fastslås, at de eneste tal, som ikke fremgår af sagsakten fra appelkammeret, er omsætningen i Finland og Irland. For disse to medlemsstater samt for de øvrige medlemsstater af Den Europæiske Union den 1. april

1996 havde intervenienten imidlertid for Harmoniseringskontoret fremlagt detaljerede oplysninger om dennes og dennes konkurrenters markedsandele og salgsmængder mellem 1970 og 1996.

43 Hvad angår påstanden om, at intervenientens markedsandele havde været for ubetydelige til at kunne godtgøre en betydelig og varig spredning på markedet, skal det fastslås, at de omhandlede varer udgør dyre produktionsvarer, forud for hvis erhvervelse forbrugeren nøje indhenter oplysninger om det udbudte sortiment ved at sammenligne og undersøge forskellige konkurrerende modeller.

44 På et sådant marked er det ikke nødvendigt, at et varemærke har opnået en væsentlig markedsandel, for at det kan konkluderes, at de relevante forbrugere har det i erindringen. Hertil er det tilstrækkeligt, at det kan fastslås, at det anfægtede varemærke er etableret på markedet og har haft en robust tilstedeværelse dér igennem længere tid.

45 I det foreliggende tilfælde følger det af sagsakten fra appelkammeret, dels at intervenienten inden for Den Europæiske Union gennemgående har anvendt den samme kombination af farver på alle sine landbrugsmaskiner i en anseelig periode før 1996, dels at intervenienten i de lande, hvor sagsøgeren mener, at intervenientens markedsandel har været særligt ubetydelig, har været repræsenteret i mindst 30 år forud for datoen for registreringsansøgningen, eftersom denne repræsentation går tilbage til 1966 i Østrig, 1939 i Finland, 1949 i Grækenland og 1953 i Italien (punkt 5 og 38 i den anfægtede afgørelse). Sagsøgeren har ikke bestridt disse faktiske omstændigheder.

46 Det følger af det foregående, at selv om det er rigtigt, at det anfægtede varemærke har været anvendt og markedsført i forbindelse med ordmærket John Deere, og at intervenientens reklameudgifter inden for Den Europæiske Union er blevet fremlagt som et samlet beløb og ikke individualiseret for hvert land, er det ikke rigtigt, som hævdet af sagsøgeren, at der ikke er fremlagt tilstrækkeligt bevis for, at intervenienten på sine varer havde anvendt kombinationen af farverne grøn og gul som varemærke, og at spredningen af varerne i alle medlemsstaterne i Den Europæiske Union den 1. april 1996 var betydelig og varig.

47 Følgelig skal det undersøges, om denne brug og denne spredning har været tilstrækkelig til at gøre det muligt for den relevante kundekreds ved hjælp af det anfægtede varemærke at identificere den handelsmæssige oprindelse af de heraf omfattede varer.

48 I denne forbindelse har sagsøgeren draget relevansen og bevisværdien af forskellige sammenslutningers erklæringer, som appelkammeret havde taget i betragtning, i tvivl. Sagsøgeren har kritiseret den omstændighed, at disse erklæringer ikke er fremsat spontant, at deres indhold blev dikteret eller i hvert fald koordineret af intervenienten, at de ikke henviser til intervenientens eneret til at anvende det anfægtede varemærke, at de er udstedt efter referenceperioden og ikke er notarattesterede, og at de organer, der udstedte erklæringerne, hverken repræsenterede den relevante kundekreds eller var uafhængige, eftersom de for størstedelens vedkommende var intervenientens handelspartnere.

49 Hvad angår datoen for erklæringerne skal det fastslås, at den omstændighed, at de blev underskrevet i 2000, ikke indebærer, at de var uden bevisværdi ved vurderingen af, om det anfægtede varemærke på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det anfægtede varemærke havde fået fornødent særpræg (jf. i denne retning Domstolens dom af 17.4.2008, sag C-108/07 P, Ferrero Deutschland mod KHIM og Cornu, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 53). I øvrigt forbyder artikel 51, stk. 2, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 52, stk. 2, i forordning nr. 207/2009) at annullere registreringen af det anfægtede varemærke, hvis det er godtgjort, at det før tidspunktet for ugyldighedsbegæringen, i det foreliggende tilfælde den 5. januar 2004, har fået fornødent særpræg. Følgelig er sagsøgerens klagepunkt om, at de fremlagte erklæringer ikke er relevante, fordi de ikke nødvendigvis vedrører perioden før den 1. april 1996, uden betydning.

50 Hvad angår spørgsmålet om sammenslutningernes manglende spontanitet og om intervenientens rolle ved udarbejdelsen af de fremlagte erklæringer skal det fastslås, at den omstændighed, at de nævnte erklæringer er blevet udarbejdet på intervenientens anmodning, og at intervenienten eventuelt har koordineret deres udarbejdelse, ikke i sig selv svækker deres indhold og bevisværdi.

51 I mangel på bevis for det modsatte må det nemlig antages, at hver sammenslutning frivilligt har underskrevet sin erklæring og vedstår sig indholdet. Desuden kan bevisværdien af en erklæring ikke bestrides med den begrundelse, at den ikke er notarattesteret (Rettens dom af 10.9.2008, sag T-325/06, Boston Scientific mod KHIM — Teruma (CAPIO), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 41).

52 Det skal i øvrigt fastslås, at sagsøgerens påstand om, at erklæringerne, der hidrører fra distributører af landbrugsmaskiner og fra sammenslutninger af landbrugsmaskineproducenter, ikke er troværdige, ikke kan tiltrædes.

53 Indledningsvis følger det på ingen måde af retspraksis, at udelukkende erklæringer fra sammenslutninger, der repræsenterer forbrugerne, kan tages i betragtning. Tværtimod omfatter den formulering, som Domstolen i denne forbindelse har brugt — nemlig »erklæringer fra industri- og handelskamre eller andre faglige sammenslutninger« (Windsurfing Chiemsee-dommen, præmis 51) — også erklæringer fra producent- og/eller distributørsammenslutninger.

54 Følgelig skal det i det foreliggende tilfælde alene fastslås, hvorvidt de forskellige sammenslutninger, der har udstedt erklæringer, kan anses for at være uafhængige, således at de har kunnet formulere deres erklæringer uden at tage hensyn til intervenientens særlige interesse.

55 Hvad angår sammenslutningerne af landbrugere og sammenslutningerne af landbrugsmaskineproducenter, hvis hovedformål er at sikre og fremme interesserne for den branche, de repræsenterer og organiserer, skal det fastslås, at sagsøgeren ikke har fremlagt noget bevis for, at de har udvist partiskhed, eller at de har interesse i, at intervenienten opnår registrering af et varemærke, denne ikke har nogen ret til. Følgelig tog appelkammeret med rette disse sammenslutningers erklæringer i betragtning.

56 Hvad angår uafhængigheden af de enheder, der har handlet i egenskab af intervenientens distributører i Finland og Italien, er det tilstrækkeligt at fastslå, at deres erklæringer kun støtter erklæringerne fra sammenslutningen af landbrugsmaskineproducenter i Italien og sammenslutningen, der repræsenterer landbrugerne i Finland. Som allerede fastslået i præmis 55 ovenfor har sagsøgeren ikke fremlagt noget bevis, der kan drage bevisværdien af disse to sammenslutningers erklæringer i tvivl. Heraf følger, at den omstændighed, at appelkammeret har taget erklæringer fra finske og italienske distributører i betragtning, ikke kan føre til den anfægtede afgørelses annullation.

57 Hvad angår argumentet om, at erklæringerne ikke beviser, at intervenienten har en »eneret« til det anfægtede varemærke, bemærkes, at det relevante forhold er den forbindelse, som kundekredsen knytter mellem varemærket og den handelsmæssige oprindelse, og ikke eneretten til varemærket.

58 Med undtagelse af erklæringerne vedrørende Irland og Danmark fremgår det i det foreliggende tilfælde af erklæringerne fra de forskellige sammenslutninger, at kombinationen af farverne grøn og gul anvendt i forbindelse med landbrugsmaskiner i den pågældende branche forbindes med intervenienten. Forbrugerundersøgelsen i Tyskland støtter denne antagelse.

59 Hvad angår Irland og Danmark viser de fremlagte erklæringer, at kombinationen af de ovennævnte farver forbindes med varer fra flere producenter og ikke kun med intervenientens varer. Dette kan imidlertid ikke føre til den anfægtede afgørelses annullation.

60 For det første skal det fastslås, at appelkammeret har vurderet det anfægtede varemærkes opnåelse af fornødent særpræg på grundlag af en række indicier, navnlig erklæringerne fra forskellige sammenslutninger og forbrugerundersøgelsen foretaget i Tyskland, samt den omstændighed, at intervenientens varer i en anseelig periode havde været veletablerede på alle de relevante markeder, og at intervenienten i udbredt omfang og i lang tid havde anvendt kombinationen af farverne grøn og gul som varemærke for disse varer.

61 For det andet skal det påpeges, at det af den anfægtede afgørelses punkt 5 fremgår, at intervenienten har været på det danske marked siden 1947 og på det irske marked siden 1951. Det følger desuden af sagsakten fra appelkammeret, at intervenienten siden 1970 har været veletableret på begge disse markeder på en måde, der er sammenlignelig med dennes tilstedeværelse i flere andre medlemsstater på dette tidspunkt.

62 Det kan således ikke bebrejdes appelkammeret, at det anså, at det i tilstrækkeligt omfang var blevet bevist, at det anfægtede varemærke den 1. april 1996 — hvilket var datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det anfægtede varemærke — havde fået fornødent særpræg som omhandlet i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

63 Det følger af det foregående, at sagsøgerens første anbringende ikke kan tages til følge.

Om det andet og det tredje anbringende vedrørende tilsidesættelse af henholdsvis artikel 8, stk. 4, og artikel 73 i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

64 Inden for rammerne af andet og tredje anbringende har sagsøgeren hovedsageligt gjort gældende, at den anfægtede afgørelse i forhold til sagsøgerens italienske ikke-registrerede varemærke, der omfatter farverne grøn og gul, har anvendt strengere kriterier end dem, som fandt anvendelse i forbindelse med undersøgelsen af ansøgningen om registrering af det anfægtede varemærke, uanset at betingelserne for at erhverve rettigheder til varemærker i det væsentlige er de samme i de to tilfælde. Følgelig har appelkammeret ikke blot tilsidesat artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, men også forordningens artikel 73 i det omfang, dets begrundelse var utilstrækkelig og selvmodsigende.

65 Harmoniseringskontoret og intervenienten har påstået disse anbringender forkastet.

Rettens bemærkninger

66 Hvad angår anbringendet vedrørende tilsidesættelse af artikel 73 i forordning nr. 40/94 skal det fastslås, at det bør forkastes.

67 Det følger nemlig af retspraksis, at begrundelsen i henhold til artikel 73 i forordning nr. 40/94 klart og utvetydigt skal angive, hvilke overvejelser udstederen af akten har gjort sig. Formålet med begrundelsespligten er, dels at de berørte personer kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, for at de kan forsvare deres rettigheder, dels at Fællesskabets retsinstanser kan efterprøve beslutningens lovlighed (jf. Rettens dom af 21.11.2007, sag T-111/06, Wesergold Getränkeindustrie mod KHIM — Lidl Stiftung (VITAL FIT), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 62 og den deri nævnte retspraksis).

68 Tilsvarende bemærkes det, at en selvmodsigelse i begrundelsen for en beslutning udgør en tilsidesættelse af forpligtelsen i henhold til artikel 73 i forordning nr. 40/94, som kan påvirke gyldigheden af den omhandlede retsakt, såfremt det godtgøres, at adressaten for retsakten på grund af selvmodsigelsen helt eller delvist er afskåret fra at gøre sig bekendt med den egentlige begrundelse for beslutningen, og at der derfor ikke er nogen som helst retlig støtte for retsaktens konklusion eller dele heraf (jf. i denne retning Rettens dom af 24.1.1995, sag T-5/93, Tremblay m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 185, præmis 42).

69 I det foreliggende tilfælde foregiver sagsøgeren ikke at have været afskåret fra at gøre sig bekendt med begrundelsen for, at appelkammeret traf den anfægtede afgørelse. Sagsøgeren gør snarere gældende, at appelkammeret har vurderet sammenlignelige beviser forskelligt, og at det følgelig har draget forskellige konklusioner på grundlag af lignende omstændigheder. En sådan tilgang kan dog ikke — selv hvis den godtgøres —

udgøre en tilsidesættelse af artikel 73 i forordning nr. 40/94, men kun en tilsidesættelse af forordningens artikel 8, stk. 4.

70 Hvad angår den påståede tilsidesættelse af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 påstår sagsøgeren, at appelkammeret har konkluderet, at sagsøgeren ikke i realiteten havde erhvervet en varemærkerettighed på det italienske marked, uanset at farverne på sagsøgerens tegn var de samme som på det anfægtede varemærke, at de fremlagte beviser havde samme vægt, hvis ikke de vejede tungere, og at betingelserne for erhvervelse af en sekundær betydning var de samme.

71 I denne forbindelse skal det påpeges, at den bevisbyrde, der påhviler sagsøgeren i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, svarer til den, der påhviler intervenienten i henhold til denne forordnings artikel 7, stk. 3.

72 Det skal imidlertid i det foreliggende tilfælde fastslås, at det af de ubestridte faktiske omstændigheder fremgår, at de af sagsøgeren for appelkammeret fremlagte beviser samlet set havde en ringere bevisværdi end de af intervenienten fremlagte.

73 For det første er det mellem parterne ubestridt, at sagsøgeren i hvert fald mellem 1973 og 1982 indstillede brugen af farvekombinationen grøn og gul på sine varer i Italien. Uanset at det for sagsøgeren havde været muligt ved brugen mellem 1983 og 1996 at erhverve en ikke-registreret rettighed til sit tegn, blev muligheden ikke udnyttet. Det følger også af det i den anfægtede afgørelses punkt 45 og 46 anførte, at sagsøgeren ikke bestrider, at denne ikke har brugt kombinationen af farverne grøn og gul på en gennemgående og ensartet måde. Tværtimod har sagsøgeren anvendt mange nuancer af grøn og gul samt en kombination af farverne grøn og hvid.

74 Det følger heraf, at afbrydelsen i brugen af kombinationen af farverne grøn og gul som varemærke samt den varierende brug af disse farver har været af en beskaffenhed, som

har hindret kundekredsen i systematisk at forbinde sagsøgeren med en bestemt kombination af farver.

75 For det andet anså appelkammeret med rette, at bevisværdien af erklæringer fra tidligere ansatte hos sagsøgeren var tvivlsom. Som det fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 46 og 54, blev disse erklæringer ikke støttet af andre beviser i sagsakten, og de blev endda delvist modsagt.

76 For det tredje kan det ikke bebrejdes appelkammeret, at det har konkluderet, at den af sagsøgeren fremlagte markedsundersøgelse ikke var overbevisende. Det skal i denne forbindelse påpeges, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 57 og 58 med rette gjorde opmærksom på, at deltagerne i denne undersøgelse — i modsætning til den af intervenienten gennemførte undersøgelse — ikke var blevet spurgt om grunden til, at de gav et givent svar, og at deltagerne ikke var blevet forevist et andet billede i en anden farve med henblik på at sikre, at de ikke genkendte billedet i kraft af andre kriterier end farven. Sagsøgeren har ikke bestridt disse faktiske omstændigheder. Følgelig kan det ikke fastslås, hvorvidt deltagerne ved slutningen af sagsøgerens undersøgelse genkendte sagsøgerens varer alene på grund af deres farver og ikke på grund af deres form eller andre bestanddele.

77 Tilsvarende skal det fastslås, at appelkammeret med rette konkluderede, at bevisværdien af sagsøgerens undersøgelse var væsentligt ringere end den af intervenienten fremlagte, eftersom de i sagsøgerens undersøgelse deltagende personer var blevet bedt om ud fra erindringen at genskabe deres opfattelse af varemærker ti år tidligere.

78 På grundlag af det anførte må det andet og det tredje anbringende forkastes.

79 Sagsøgte bør derfor frifindes.

Sagens omkostninger

80 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets og intervenientens påstande 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) BCS SpA betaler sagens omkostninger.

Martins Ribeiro Wahl Dittrich

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 28. oktober 2009.

Underskrifter