DOMSTOLENS DOM

6. maj 2003 *

I sag C-104/01,

angående en anmodning, som Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandene) i medfør af artikel 234 EF har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Libertel Groep BV

mod

Benelux-Merkenbureau,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 3 i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1),

* Processprog: nederlandsk.

har

DOMSTOLEN

sammensat af formanden for Sjette Afdeling, J.-P. Puissochet, som fungerende præsident, afdelingsformændene M. Wathelet og C.W.A. Timmermans samt dommerne C. Gulmann, D.A.O. Edward, P. Jann, F. Macken, S. von Bahr og J.N. Cunha Rodrigues (refererende dommer),

generaladvokat: P. Léger

justitssekretær: ekspeditionssekretær M.-F. Contet,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Libertel Groep BV ved advocaten D.W.F. Verkade og D.J.G. Visser

— Benelux-Merkenbureau ved advocaat C.J.J.C. van Nispen

— den nederlandske regering ved H.G. Sevenster, som befuldmægtiget

— Det Forenede Kongeriges regering ved R. Magrill, som befuldmægtiget, bistået af barrister D. Alexander

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved N.B. Rasmussen og H.M.H. Speyart, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 30. april 2002 er afgivet mundtlige indlæg af Benelux-Merkenbureau ved C.J.J.C. van Nispen, af den nederlandske regering ved J. van Bakel, som befuldmægtiget, af Det Forenede Kongeriges regering ved barrister M. Tappin og af Kommissionen ved H.M.H. Speyart,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 12. november 2002,

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 23. februar 2001, indgået til Domstolen den 5. marts 2001, har Hoge Raad der Nederlanden i medfør af artikel 234 EF stillet fire præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 3 i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1, herefter »direktivet«).

2 Disse spørgsmål er blevet rejst under en sag anlagt af selskabet Libertel Groep BV (herefter »Libertel«) mod Benelux-Merkenbureau (Benelux -varemærkemyndigheden, herefter »BVM«) på grund af BVM's afslag på Libertels ansøgning om registrering af en orange farve som varemærke for telekommunikationsvarer og -tjenesteydelser.

De relevante retsregler

Pariserkonventionen

3 Internationalt er varemærkeretten reguleret af Pariserkonventionen om beskyttelse af industriel ejendomsret af 20.3.1883, som revideret i Stockholm den 14. juli 1967 (*United Nations Treaty Series*, vol. 828, nr. 11851, s. 305-388, herefter »Pariserkonventionen«). Alle medlemsstaterne har tiltrådt denne konvention.

4 Pariserkonventionen bestemmer i artikel 6e, punkt B, nr. 2, at varemærker kan udelukkes fra registrering eller erklæres ugyldige, hvis de mangler fornødent særpræg.

5 Pariserkonventionens artikel 6e, punkt C, stk. 1, fastsætter:

»Ved bedømmelsen af, om varemærket kan beskyttes, skal der tages hensyn til alle de faktiske omstændigheder, bl.a. varigheden af brugen af varemærket«.

Fællesskabsbestemmelserne

6 Direktivets artikel 2, der har overskriften »Varemærkers form«, bestemmer:

»Et varemærke kan bestå af alle tegn, der kan gengives grafisk, navnlig ord, herunder personnavne, afbildninger, bogstaver, tal eller varens form eller emballage, for så vidt disse tegn er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders.«

7 Direktivets artikel 3, der har overskriften »Registreringshindringer og ugyldighedsgrunde«, fastsætter i stk. 1 og 3:

»1. Følgende tegn og varemærker udelukkes fra registrering eller kan erklæres ugyldige, hvis de allerede er blevet registreret:

a) tegn, som ikke kan udgøre et varemærke

b) varemærker, der mangler fornødent særpræg

c) varemærker, som udelukkende består af tegn eller angivelser, der i omsætningen kan tjene til at betegne varens eller tjenesteydelsens art, beskaffenhed, mængde, anvendelse, værdi, geografiske oprindelse, tidspunktet for varens fremstilling eller for præstationen af tjenesteydelsen eller andre egenskaber ved disse

d) varemærker, som udelukkende består af tegn eller angivelser, som i daglig sprogbrug eller i redelig og almindelig markedsføringsskik udgør en sædvanlig betegnelse for varen eller tjenesteydelsen

e) tegn, som udelukkende består af

— en udformning, som følger af varens egen karakter

— en udformning af varen, som er nødvendig for at opnå et teknisk resultat, eller

— en udformning, hvorved varen får en væsentlig værdi

[...]

3. Et varemærke må ikke udelukkes fra registrering og kan ikke erklæres ugyldigt efter stk. 1, litra b), c) eller d), hvis det inden anmeldelsen til registrering, som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg. Medlems-

staterne kan i øvrigt træffe bestemmelse om, at det samme skal gælde, når det fornødne særpræg først opnås efter anmeldelse til registrering eller efter registrering.

[...]«

8 Direktivets artikel 6 bestemmer:

»1. De til varemærket knyttede rettigheder giver ikke indehaveren ret til at forhindre tredjemand i at gøre erhvervsmæssig brug af

a) sit eget navn og sin adresse

b) angivelser vedrørende varens eller tjenesteydelsens art, beskaffenhed, mængde, anvendelse, værdi, geografiske oprindelse, tidspunktet for varens fremstilling eller for præstationen af tjenesteydelsen eller andre egenskaber ved varen eller tjenesteydelsen

c) varemærket, når dette er nødvendigt for at angive anvendelsen af en vare eller tjenesteydelse, navnlig som tilbehør eller reservedele,

for så vidt dette sker i overensstemmelse med redelig markedsføringsskik.

2. De til varemærket knyttede rettigheder giver ikke indehaveren ret til at forbyde tredjemand at gøre erhvervsmæssig brug af ældre rettigheder, som kun har lokalt afgrænset karakter, hvis rettighederne er anerkendt i den pågældende medlemsstats lovgivning og anvendes inden for grænserne af det område, hvor de er anerkendt.«

Benelux-landenes fælles lov om varemærker

9 Kongerige Belgien, Storhertugdømmet Luxembourg og Kongeriget Nederlandene har indført deres varemærkeret i en fælles lov, Benelux-landenes fælles lov om varemærker (Trb. 1962, s. 58). Denne lov blev ændret med virkning fra den 1. januar 1996 ved protokol af 2. december 1992 vedrørende ændring af den pågældende lov med henblik direktivets gennemførelse i de tre medlemsstaters retsorden.

10 Artikel 6a i Benelux-landenes fælles lov om varemærker i den således ændrede affattelse (herefter »Benelux-loven«) bestemmer:

»1. Benelux-varemærkemyndigheden afslår registrering af en ansøgning, når den finder, at

a) det ansøgte tegn ikke udgør et varemærke i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 1, navnlig på grund af manglende fornødent særpræg i henhold til Pariserkonventionens artikel 6e, punkt B, nr. 2,

b) ansøgningen vedrører et varemærke omfattet af artikel 4, nr. 1 og 2.

2. Afslag på registrering skal vedrøre tegnet, som varemærket består af, i sin helhed. Afslaget kan begrænse sig til en eller flere varer, som varemærket er bestemt for.

3. Benelux-varemærkemyndigheden meddeler omgående ansøgeren skriftligt, at registreringen helt eller delvist afslås, idet den anfører begrundelsen herfor og giver ansøgeren mulighed for at svare herpå inden for en frist, der fastsættes i gennemførelsesbestemmelser.

4. Såfremt Benelux-varemærkemyndighedens indvendinger mod registreringen ikke er blevet tilbagevist inden for den fastsatte frist, afslås registrering af ansøgningen helt eller delvist. Benelux-varemærkemyndigheden meddeler omgående ansøgeren dette skriftligt, idet den anfører begrundelsen for afslaget og oplyser om muligheden for at klage over denne afgørelse, som omhandlet i artikel 6b.

5. Afslås ansøgningen om registreringen for alle varerne eller en del af varerne, medfører dette, at ansøgningen er helt eller delvis ugyldig. Denne ugyldighed indtræder først efter udløbet af den klagefrist, der er omhandlet i artikel 6b, hvis der ikke klages, eller efter ansøgningen om registrering af varemærket uigenkaldeligt er blevet afslået.«

11 Benelux-lovens artikel 6b bestemmer:

»Ansøgeren kan inden for en frist på to måneder fra den meddelelse, der er omhandlet i artikel 6a, stk. 4, anlægge sag ved Cour d'appel de Bruxelles,

Gerechtshof te 's-Gravenhage eller Cour d'appel de Luxembourg med påstand om, at der skal ske registrering af ansøgningen. Den stedligt kompetente ret afgøres i henhold til ansøgerens adresse, fuldmægtigens adresse eller den postadresse, der er nævnt i ansøgningen.«

Hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

12 Libertel er et selskab, der er etableret i Nederlandene, og hvis væsentligste virksomhed består i levering af mobiltelekommunikationstjenester.

13 BVM er den kompetente varemærkemyndighed i Kongeriget Belgien, Storhertugdømmet Luxembourg og Kongeriget Nederlandene. Siden den 1. januar 1996 har BVM haft til opgave at undersøge varemærkeansøgningerne i forhold til registreringshindringerne.

14 Den 27. august 1996 anmeldte Libertel til BVM en orange farve som et varemærke for bestemte telekommunikationsvarer og -tjenesteydelser, nemlig for varer i klasse 9, telekommunikationsudstyr, og for tjenesteydelser i klasse 35-38, teletjenesteydelser samt forretningsmæssig, økonomisk og teknisk forvaltning af telekommunikationsmidler.

15 Ansøgningsformularen indeholdt i den rubrik, der skulle indeholde en gengivelse af varemærket, en orangefarvet rektangulær flade, og i rubrikken, der skulle indeholde en beskrivelse af varemærket, var der angivet »orange«, uden at der var nævnt en farvekode.

16 Ved skrivelse af 21. februar 1997 meddelte BVM Libertel, at den foreløbig afslog registrering af dette tegn. BVM fandt, at idet Libertel ikke havde godtgjort, at det anmeldte tegn, der udelukkende bestod af farven orange, som følge af brug havde fået fornødent særpræg, var tegnet uden fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i Benelux-lovens artikel 6a, stk. 1, litra a).

17 Libertel klagede over dette foreløbige afslag. Da BVM fandt, at der ikke var anledning til at genoptage det foreløbige afslag til fornyet behandling, afslog det endeligt ansøgningen den 10. september 1997.

18 I overensstemmelse med Benelux-lovens artikel 6b anlagde Libertel sag til prøvelse af dette afslag for Gerechtshof te 's-Gravenhage (Nederlandene), der ved dom af 4. juni 1998 gav afslag på at pålægge BVM registreringen.

19 Den 3. august 1998 indgav Libertel revisionsanke til Hoge Raad der Nederlanden.

20 Under bedømmelsen af tvisten ved Hoge Raad opstod der spørgsmål vedrørende den korrekte anvendelse af Benelux-lovens artikel 6a, stk. 1, litra a), og således ligeledes af fortolkningen af direktivets artikel 3, stk. 1, litra b). Som følge heraf har Hoge Raad ved kendelse af 23. februar 2001 forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er det muligt, at en enkelt, bestemt farve, som er afbildet som sådan eller er betegnet med en internationalt anvendt kode, kan have fornødent særpræg for bestemte varer eller tjenesteydelser i direktivets artikel 3, stk. 1, litra b)'s forstand?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende:

a) Under hvilke omstændigheder kan det antages, at en enkelt, bestemt farve har fornødent særpræg i ovennævnte forstand?

b) Gør det herved nogen forskel, om der er ansøgt om registrering for en lang række varer og/eller tjenesteydelser eller for en bestemt vare eller tjenesteydelse, henholdsvis gruppe af varer eller tjenesteydelser?

3) Skal der ved vurderingen af, om en bestemt farve har fornødent særpræg som varemærke, tages stilling til, om der med hensyn til denne farve består en almen interesse i friholdelse, således som det kan være tilfældet med hensyn til tegn, der betegner en geografisk oprindelse?

4) Skal Benelux-Varemærkemyndigheden ved afgørelsen af, om et tegn, der er anmeldt som varemærke, har det i direktivets artikel 3, stk. 1, litra b), nævnte fornødne særpræg, begrænse sig til en abstrakt vurdering af det fornødne særpræg, eller skal myndigheden tage hensyn til alle konkrete omstændigheder i det pågældende tilfælde, herunder den brug, der gøres af tegnet, og den måde, hvorpå tegnet bruges?«

De præjudicielle spørgsmål

Indledende bemærkninger

21 Med de præjudicielle spørgsmål, der vedrører direktivets artikel 3, ønskes det oplyst, om, og i givet fald under hvilke omstændigheder, en farve i sig selv uden rumlige begrænsninger kan have et fornødent særpræg for bestemte varer eller tjenesteydelser.

22 Ved behandlingen af disse spørgsmål er det nødvendigt indledningsvis at fastslå, om en farve i sig selv kan udgøre et varemærke i henhold til direktivets artikel 2.

23 En farve skal med henblik herpå opfylde tre betingelser. For det første skal den udgøre et tegn. For det andet skal dette tegn kunne gengives grafisk. For det tredje skal dette tegn være egnet til at adskille en virksomheds varer og tjenesteydelser fra andre virksomheders.

24 Rådet og Kommissionen har ved direktivets vedtagelse afgivet en fælles erklæring, der er optaget i Rådets mødeprotokol, hvorefter det er deres opfattelse, »at artikel 2 ikke udelukker muligheden for [...] at registrere en sammensætning af farver eller en farve alene som varemærke [...] på betingelse af, at sådanne tegn er egnede til at adskille en virksomheds varer og tjenesteydelser fra andre virksomheders« (EF-Varemærketidende nr. 5/96, s. 607).

25 En sådan erklæring kan imidlertid ikke anvendes ved fortolkningen af en bestemmelse i den afledte ret, når indholdet af denne erklæring — som i dette tilfældet — overhovedet ikke omhandles i den pågældende bestemmelse, og erklæringen følgelig er uden retlig betydning (jf. dom af 26.2.1991, sag C-292/89, Antonissen, Sml. I, s. 745, præmis 18, og af 29.5.1997, sag C-329/95, VAG Sverige, Sml. I, s. 2675, præmis 23). Rådet og Kommissionen har desuden udtrykkelig anerkendt denne begrænsning i præamblen til deres erklæring, hvoraf fremgår, at »Rådets og Kommissionens erklæringer, der er gengivet nedenfor, er ikke en del af lovteksten, de præjudicerer ikke Domstolen for De Europæiske Fællesskabers fortolkning af lovteksten«.

26 Som følge heraf er det Domstolen, der skal fastslå, hvorvidt direktivets artikel 2 skal fortolkes således, at en farve i sig selv kan udgøre et varemærke.

27 Det bemærkes i den forbindelse, at en farve i sig selv ikke kan antages at udgøre et tegn. Normalt er en farve en almindelig egenskab ved en ting. Den kan imidlertid udgøre et tegn. Dette afhænger af den sammenhæng, hvori farven anvendes. Under alle omstændigheder kan en farve i sig selv i forbindelse med en vare eller en tjenesteydelse udgøre et tegn.

28 Desuden har Domstolen allerede fastslået, at en grafisk gengivelse i direktivets artikel 2's forstand, skal gøre det muligt at gengive tegnet visuelt, særligt ved brug af figurer, linjer eller skrifttegn, således at det kan identificeres præcist (dom af 12.12.2002, sag C-273/00, Sieckmann, Sml. I, s. 11737, præmis 46).

29 For at opfylde sin funktion skal en grafisk gengivelse i direktivets artikel 2's forstand være klar og præcis, kunne stå alene, være let tilgængelig, forståelig, bestandig og objektiv (Sieckmann-dommen, præmis 47-55).

30 I denne sag vedrører spørgsmålet, der er forelagt Domstolen, en ansøgning om registrering af en farve i sig selv, hvor gengivelsen består af en prøve af farver på en jævn overflade, en beskrivelse med ord af farven og/eller en international anerkendt farveidentificeringskode.

31 En almindelig farveprøve opfylder ikke kravene, der er angivet i præmis 28 og 29.

32 Navnlig kan en farveprøve ændre sig med tiden. Det kan ikke udelukkes, at bestemte underlag gør det muligt at registrere en farve på en sådan måde, at den ikke ændrer sig. Andre underlag som f.eks. papir gør det ikke muligt at bevare farvenuancen, som tiden går. I et sådant tilfælde er deponering af en farveprøve ikke en varig gengivelse i direktivets artikel 2's forstand.

33 Heraf følger, at indgivelse af en farveprøve ikke er en grafisk gengivelse i direktivets artikel 2's forstand.

34 En beskrivelse med ord af en farve kan derimod udgøre en grafisk gengivelse, for så vidt som den er dannet af ord, der i sig selv er sammensat af bogstaver (jf. i denne retning Sieckmann-dommen, præmis 70).

35 En beskrivelse af farven med ord opfylder ikke nødvendigvis i alle tilfælde betingelserne nævnt i præmis 28 og 29. Hvorvidt de er opfyldt, skal vurderes efter omstændighederne i hvert enkelt tilfælde.

36 En farve i sammenhæng med en beskrivelse med ord af denne farve kan således udgøre en grafisk gengivelse i direktivets artikel 2's forstand på betingelse af, at beskrivelsen er klar, præcis, let tilgængelig, forståelig og objektiv.

37 Af de samme grunde, som er anført i præmis 34, kan beskrivelsen af en farve ved hjælp af en international anerkendt farveidentificeringskode anses for at udgøre en grafisk gengivelse. Sådanne koder anses for at være præcise og stabile.

38 Såfremt en farveprøve, der er ledsaget af en beskrivelse med ord, ikke opfylder betingelserne i direktivets artikel 2 for at udgøre en grafisk gengivelse, bl.a. fordi den ikke er præcis eller bestandig, kan denne mangel i givet fald afhjælpes ved at tilføje en farvebeskrivelse ved hjælp af en international anerkendt farveidentificeringskode.

39 Hvad angår spørgsmålet, om en farve i sig selv er egnet til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders i direktivets artikel 2's forstand, må der tages stilling til, om farver i sig selv er egnede til at videregive præcise oplysninger, om bl.a. en vares eller tjenesteydelses oprindelse.

40 I den forbindelse bemærkes, at farver vel er egnede til at formidle bestemte associationer og kan vække følelser, men de er derimod ikke efter deres natur egnede til at videregive præcise oplysninger. Dette er så meget desto mindre tilfældet, som de ofte anvendes i reklamer og i markedsføringen af varer og tjenesteydelser på grund af deres tiltrækningskraft, men uden et præcist budskab.

41 Det er dog ikke berettiget ud fra denne konstatering af faktiske forhold at udlede et principielt forbud mod at antage, at farver i sig selv er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders. Det kan nemlig ikke udelukkes, at der er situationer, hvor en farve i sig selv kan angive oprindelsen af en virksomheds varer eller tjenesteydelser. Det må derfor anerkendes, at farver i sig selv kan være egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders, jf. direktivets artikel 2.

42 Heraf følger, at en farve i sig selv under de ovennævnte betingelser kan udgøre et varemærke i henhold til direktivets artikel 2.

43 Det er i lyset af de betragtninger, der er udviklet i præmis 22-42, at det er muligt at behandle de præjudicielle spørgsmål.

Tredje spørgsmål

44 Først behandles det tredje spørgsmål. Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om der ved bedømmelse af om en bestemt farve har fornødent særpræg som varemærke, skal tages stilling til, om der med hensyn til denne farve består en almen interesse i friholdelse, således som det kan være tilfældet med hensyn til tegn, der betegner en geografisk oprindelse.

45 Ifølge visse indlæg for Domstolen er det ved hjælp af de tekniske hjælpemidler, der er tilgængelige i dag, muligt at adskille et meget stort antal farvenuancer fra hinanden. Dette kan være rigtigt, men er uden betydning for det foreliggende spørgsmål. Med henblik på at fastslå, hvorvidt en farve i sig selv kan registreres som et varemærke, skal der tages udgangspunkt i den relevante kundekreds' opfattelse.

46 Da der ikke i forelæggelseskendelsen er nogen oplysninger om det modsatte, må det antages, at hovedsagen vedrører varer og tjenesteydelser, der retter sig til samtlige forbrugere. Som følge heraf må det antages, at den relevante kundekreds består af gennemsnitsforbrugere, der er almindeligt oplyste, rimeligt opmærksomme og velunderrettede (dom af 22. juni 1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 26).

47 Antallet af farver, som denne kundekreds er i stand til at adskille fra hinanden, er ikke særlig stort, da kundekredsen sjældent vil have mulighed for at sammenligne varer, der er forsynet med forskellige farvenuancer. Heraf følger, at antallet af forskellige farver, som faktisk er til rådighed som mulige mærker for at adskille varer eller tjenesteydelser fra hinanden, må antages at være begrænset.

48 Ifølge fast praksis er varemærkeretten et vigtigt led i den ordning med loyal konkurrence, som skal gennemføres og opretholdes efter traktaten (jf. dom af 17.10.1990, sag C-10/89, HAG II, Sml. I, s. 3711, præmis 13, og af 23.2.1999, sag C-63/97, BMW, Sml. I, s. 905, præmis 62). De rettigheder og muligheder, som varemærket giver varemærkeindehaveren, skal undersøges i lyset af dette formål.

49 I overensstemmelse med direktivets artikel 5, stk. 1, giver varemærket for bestemte varer eller tjenesteydelser mærkets indehaver en eneret, som gør det muligt for ham at monopolisere det registrerede tegn som varemærke uden tidsbegrænsning.

50 Muligheden for at registrere et varemærke kan begrænses af almene hensyn.

51 De forskellige registreringshindringer i direktivets artikel 3 skal således fortolkes i lyset af den almene interesse, der ligger bag hver af dem (jf. dom af 18.6.2002, sag C-299/99, Philips, Sml. I, s. 5475, præmis 77).

52 Hvad angår direktivets artikel 3, stk. 1, litra c), har Domstolen anerkendt, at denne bestemmelse forfølger et mål af almen interesse, som kræver, at de tegn eller beskrivende angivelser af kategorier af varer eller tjenesteydelser, for hvilke der ansøges om registrering, frit kan bruges af alle (dom af 4.5.1999, forenede sager C-108/97 og C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Sml. I, s. 2779, præmis 25, og af 8.4.2003, forenede sager C-53/01 — C-55/01, Sml. I, s. 3161, præmis 73).

53 For så vidt angår direktivets artikel 3, stk. 1, litra e), har Domstolen ligeledes allerede fastslået, at denne bestemmelse forfølger et mål af almen interesse, som kræver, at en udformning, hvis væsentlige kendetegn svarer til en teknisk funktion, og som er valgt for at opfylde denne funktion, frit kan bruges af alle, hvorfor denne bestemmelse er til hinder for, at sådanne tegn forbeholdes en enkelt virksomhed på grund af deres registrering som varemærke (Philips-dommen, præmis 80, og Linde-dommen, præmis 72).

54 Hvad angår registreringen af farver i sig selv som varemærker uden rumlig begrænsning, medfører det ringe antal af farver, der reelt er til rådighed, at et lille antal registreringer som varemærke for tjenesteydelser eller varer vil kunne udtømme hele den farvepalet, der er til rådighed. Et så omfattende monopol er ikke foreneligt med en ordning med loyal konkurrence, navnlig fordi der kunne

opstå en uberettiget konkurrencefordel for én erhvervsdrivende. Det ville heller ikke være befordrende for den økonomiske udvikling og virksomhedsinnovation, såfremt allerede etablerede erhvervsdrivende kunne registrere alle de farver, der reelt er til rådighed, til skade for nye erhvervsdrivende.

55 Inden for anvendelsesområdet for EF-varemærkeretten må der således anerkendes en almen interesse i ikke utilbørligt at begrænse rådigheden over farver for andre erhvervsdrivende, der udbyder varer eller tjenesteydelser af den samme art, som de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket søges registreret.

56 Jo større antallet er af varer eller tjenesteydelser, som varemærket søges registreret for, jo mere vil den eneret, som varemærket eventuelt giver indehaveren, kunne være overdreven og derved stride imod en ordning med loyal konkurrence og en almen interesse i ikke utilbørligt at begrænse rådigheden over farver for andre erhvervsdrivende, der udbyder varer eller tjenesteydelser af den samme art, som de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket søges registreret.

57 Kommissionen har i sine indlæg gjort gældende, at antagelsen af, at den frie adgang til brug af visse tegn skal bevares, og at disse tegn derfor ikke kan gøres til genstand for den beskyttelse, er udtrykt i direktivets artikel 6 og ikke i direktivets artikel 2 og 3. Dette argument kan ikke tiltrædes.

58 Direktivets artikel 6 vedrører nemlig begrænsninger i varemærkets retsvirkninger, efter at det er blevet registreret. Kommissionens argument, der reelt forfægter en minimal kontrol med registreringshindringerne fastsat i direktivets artikel 3 ved behandlingen af ansøgningen om registrering, idet risikoen for, at erhvervsdrivende kan forbeholde sig bestemte tegn, der fortsat skal stå til rådighed, ophæves ved de begrænsninger, der fastsættes i direktivets artikel 6, på det

tidspunkt, da det registrerede varemærke får retsvirkninger. Denne argumentation fører i det væsentlige til, at bedømmelsen af registreringshindringerne i direktivets artikel 3 på tidspunktet for registreringen af varemærket, forlægges fra varemærkemyndigheden til de domstole, der skal sikre den konkrete udøvelse af rettighederne, som varemærket giver.

59 Et sådant synspunkt er uforeneligt med ordningen i direktivet, der hviler på en forudgående kontrol af registreringen og ikke en efterfølgende kontrol. Intet i direktivet gør det muligt at drage en sådan følgeslutning af direktivets artikel 6. Tværtimod følger det af antallet af og den udførlige beskrivelse af registreringshindringerne i direktivets artikel 2 og 3 samt de mange forskellige retsmidler, der er til rådighed ved afslag, at undersøgelsen af registreringsansøgningen ikke må være minimal. Undersøgelsen skal være streng og fuldstændig for at undgå, at der sker uretmæssige registreringer af varemærker. Som Domstolen allerede har fastslået, må det af hensyn til retssikkerheden og af hensyn til en god forvaltning sikres, at varemærker, hvis brug med held vil kunne anfægtes for domstolene, ikke registreres (dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 21).

60 Som følge heraf skal det tredje præjudicielle spørgsmål besvares med, at ved bedømmelsen af, om en bestemt farve har fornødent særpræg som varemærke, er det nødvendigt at tage hensyn til den almene interesse i ikke utilbørligt at begrænse rådigheden over farver for andre erhvervsdrivende, der udbyder varer eller tjenesteydelser af den samme art som de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket søges registreret.

Første spørgsmål og andet spørgsmål, punkt a)

61 Med sit første spørgsmål og sit andet spørgsmål, punkt a), ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om, og i givet fald under hvilke omstændigheder en farve i sig selv kan have fornødent særpræg i direktivets artikel 3, stk. 1, litra b)'s forstand.

62 Ifølge fast retspraksis er varemærkets afgørende funktion at garantere oprindelsen af varen eller tjenesteydelsen, der er omfattet af varemærket, over for forbrugeren eller den endelige bruger, som dermed sættes i stand til uden risiko for forveksling at adskille varen eller tjenesteydelsen fra varer eller tjenesteydelser med en anden oprindelse (jf. bl.a. Canon-dommen, præmis 28, og dom af 4.10.2001, sag C-517/99, Merz & Krell, Sml. I, s. 6959, præmis 22). Et varemærke skal således kendetegne varer og tjenesteydelser som hidrørende fra en bestemt virksomhed. I den forbindelse skal der tages hensyn til både den almindelige anvendelse af varemærker som angivelse af oprindelse i de berørte kredse og opfattelsen hos den relevante kundekreds.

63 Den relevante kundekreds, således som den er defineret i præmis 46, består af almindeligt oplyste, rimeligt opmærksomme og velunderrettede gennemsnitsforbrugere.

64 Der må tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugeren kun sjældent har mulighed for at foretage en direkte sammenligning mellem forskellige mærker, men må stole på det ufuldstændige billede, han i erindringen har af dem (jf. i forskellige sammenhænge Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 26, og dom af 20.3.2003, sag C-291/00, LTJ Diffusion, Sml. I, s. 2799, præmis 52).

65 Opfattelsen hos den relevante kundekreds er ikke nødvendigvis den samme, når der er tale om et tegn, der består af en farve i sig selv, som når der er tale om et ord- eller figurmærke, der består af et tegn, som er uafhængigt af fremtrædelsesformen for de varer, det betegner. Selv om offentligheden er vant til umiddelbart at opfatte ord- eller figurmærker som tegn, der angiver varens oprindelse, er det samme ikke nødvendigvis tilfældet for tegn, der går ud i ét med fremtrædelsesformen for den vare, for hvilken tegnet er søgt registreret som varemærke. Forbrugerne er ikke vant til at udlede en vares oprindelse ud fra dens farve eller dens emballages farve uden noget grafisk eller tekstmæssigt element,

da en farve i sig selv ikke i den nuværende handelsmæssige brug principielt anvendes som et identifikationsmiddel. Den væsensbegrundede egenskab, der kendetegner varer fra en bestemt virksomhed, er almindeligvis ikke farven i sig selv.

66 Hvad angår en farve i sig selv kan den kun antages at have fornødent særpræg før brug i undtagelsestilfælde, navnlig når antallet af varer og tjenesteydelser, som varemærket søges registreret for, er meget begrænset, og det relevante marked er meget specifikt.

67 Selv om en farve i sig selv ikke fra begyndelsen har fornødent særpræg i direktivets artikel 3, stk. 1, litra b)'s forstand, kan den imidlertid få det som følge af brug i overensstemmelse med direktivets artikel 3, stk. 3, i forhold til de omhandlede varer og tjenesteydelser. Et sådant fornødent særpræg kan bl.a. erhverves efter en normal tilvænningsproces hos den relevante kundekreds. I et sådant tilfælde er den kompetente myndighed forpligtet til at foretage en samlet vurdering af de elementer, som kan godtgøre, at varemærket er blevet egnet til at identificere den pågældende vare som hidrørende fra en bestemt virksomhed og dermed til at adskille denne vare fra andre virksomheders (Windsurfing Chiemsee-dommen, præmis 49).

68 Det første præjudicielle spørgsmål skal således besvares med, at en farve i sig selv uden rumlige begrænsninger kan have et fornødent særpræg for bestemte varer eller tjenesteydelser i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets artikel 3, stk. 1, litra b), og stk. 3, under forudsætning af, at den navnlig kan gøres til genstand for en grafisk gengivelse, der er klar og præcis, kan stå alene, være let tilgængelig, forståelig, bestandig og objektiv. Denne sidste betingelse kan ikke opfyldes udelukkende ved en gengivelse på papir af den omhandlede farve, men kan opfyldes ved en beskrivelse af denne farve ved en international anerkendt farveidentificeringskode.

69 Det andet præjudicielle spørgsmål, punkt a), skal besvares med, at en farve i sig selv kan have fornødent særpræg i direktivets artikel 3, stk. 1, litra b)'s forstand, såfremt varemærket, som det opfattes af den relevante kundekreds, er egnet til at identificere den vare eller tjenesteydelse, for hvilken varemærket søges registreret, som hidrørende fra en bestemt virksomhed og dermed til at adskille denne vare eller tjenesteydelse fra andre virksomheders.

Andet spørgsmål, punkt b)

70 Med sit andet spørgsmål, punkt b), ønsker den forelæggende ret oplyst, om den omstændighed, at der er ansøgt om registrering af en farve i sig selv som varemærke for en lang række varer og/eller tjenesteydelser eller for en bestemt vare eller tjenesteydelse, henholdsvis gruppe af varer eller tjenesteydelser, er relevant for bedømmelsen af, om denne farve har fornødent særpræg i direktivets artikel 3, stk. 1, litra b)'s forstand.

71 Under hensyntagen til de betragtninger, der er anført i præmis 56, 66 og 67, skal det andet præjudicielle spørgsmål, punkt b), besvares med, at den omstændighed, at der er ansøgt om registrering af en farve i sig selv som varemærke for en lang række varer og/eller tjenesteydelser eller for en bestemt vare eller tjenesteydelse, henholdsvis gruppe af varer eller tjenesteydelser, sammen med andre omstændigheder i det enkelte tilfælde, er relevant både for bedømmelsen af, om den farve, for hvilken der er ansøgt om registrering, har fornødent særpræg, og for bedømmelsen af, om registreringen strider imod den almene interesse i ikke utilbørligt at begrænse rådigheden over farver for andre erhvervsdrivende, der udbyder varer eller tjenesteydelser af den samme art som de varer eller tjenesteydelser, varemærket søges registreret for.

Fjerde spørgsmål

72 Med sit fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om der ved vurderingen af, om et varemærke har fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets artikel 3, stk. 1, litra b), og stk. 3, skal foretages en abstrakt eller konkret undersøgelse under hensyntagen til alle de konkrete omstændigheder i det pågældende tilfælde, herunder den brug, der er gjort af varemærket.

73 Det må for det første fastslås, at det i tolvte betragtning til direktivet hedder, at »samtlige Fællesskabets medlemsstater er bundet af Pariserkonventionen til beskyttelse af industriel ejendomsret«, og at »det er nødvendigt, at dette direktivs bestemmelser er i fuldstændig overensstemmelse med Pariserkonventionens bestemmelser«.

74 Pariserkonventionens artikel 6e, punkt C, stk. 1, bestemmer, at »ved bedømmelsen af, om varemærket kan beskyttes, skal der tages hensyn til alle de faktiske omstændigheder, bl.a. varigheden af brugen af varemærket«.

75 For det andet ansøges der altid om registrering af et tegn som varemærke for de varer og tjenesteydelser, som er nævnt i ansøgningen om registrering. Således skal spørgsmålet, om et varemærke har fornødent særpræg, bedømmes dels i forhold til de varer og tjenesteydelser, for hvilket varemærket søges registreret, dels i forhold til den relevante kundekreds' opfattelse af varemærket.

76 Da den myndighed, der er kompetent til at registrere varemærker, skal sikre, at tegnet ikke savner fornødent særpræg i forhold til varer og tjenesteydelser fra virksomheden, der søger tegnet registreret som varemærke, kan denne myndighed ikke foretage en abstrakt undersøgelse, men undersøgelsen skal nødvendigvis udgøre en konkret undersøgelse. Ved denne undersøgelse skal der tages hensyn til alle relevante omstændigheder i det pågældende tilfælde, herunder den brug, der er gjort af tegnet, der søges registreret som varemærke.

77 Det fjerde præjudicielle spørgsmål skal besvares således, at ved vurderingen af, om et varemærke har fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets artikel 3, stk. 1, litra b), og stk. 3, skal den myndighed, der er kompetent til at registrere varemærker, foretage en konkret undersøgelse under hensyntagen til alle de konkrete omstændigheder i det pågældende tilfælde, herunder den brug, der er gjort af varemærket.

Sagens omkostninger

78 De udgifter, der er afholdt af den nederlandske og Det Forenede Kongeriges regering samt af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Hoge Raad der Nederlanden ved kendelse af 23. februar 2001, for ret:

1) En farve i sig selv uden rumlige begrænsninger kan have et fornødent særpræg for bestemte varer eller tjenesteydelser i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 3, stk. 1, litra b), og stk. 3, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker under forudsætning af, at den navnlig kan gøres til genstand for en grafisk gengivelse, der er klar og præcis, kan stå alene, være let tilgængelig, forståelig, bestandig og objektiv. Denne sidste betingelse kan ikke opfyldes udelukkende ved en gengivelse på papir af den omhandlede farve, men kan opfyldes ved en beskrivelse af denne farve ved en international anerkendt farveidentificeringskode.

2) Ved bedømmelsen af, om en bestemt farve har fornødent særpræg som varemærke, er det nødvendigt at tage hensyn til den almene interesse i ikke utilbørligt at begrænse rådigheden over farver for andre erhvervsdrivende, der udbyder varer eller tjenesteydelser af den samme art som de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket søges registreret.

3) En farve i sig selv kan have fornødent særpræg i direktivets artikel 3, stk. 1, litra b)'s forstand, såfremt varemærket, som det opfattes af den relevante kundekreds, er egnet til at identificere den vare eller tjenesteydelse, for

hvilken varemærket søges registreret, som hidrørende fra en bestemt virksomhed og dermed til at adskille denne vare eller tjenesteydelse fra andre virksomheders.

4) Den omstændighed, at der er ansøgt om registrering af en farve i sig selv som varemærke for en lang række varer og/eller tjenesteydelser eller for en bestemt vare eller tjenesteydelse, henholdsvis gruppe af varer eller tjenesteydelser, sammen med andre omstændigheder i det enkelte tilfælde, er relevant både for bedømmelsen af, om den farve, for hvilken der er ansøgt om registrering, har fornødent særpræg, og for bedømmelsen af, om registreringen strider imod den almene interesse i ikke utilbørligt at begrænse rådigheden over farver for andre erhvervsdrivende, der udbyder varer eller tjenesteydelser af den samme art som de varer eller tjenesteydelser, varemærket søges registreret for.

5) Ved vurderingen af, om et varemærke har fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets artikel 3, stk. 1, litra b), og stk. 3, skal den myndighed, der er kompetent til at registrere varemærker, foretage en konkret undersøgelse under hensyntagen til alle de konkrete omstændigheder i det pågældende tilfælde, herunder den brug, der er gjort af varemærket.

Puissochet	Wathelet	Timmermans
Gulmann	Edward	Jann
Macken	von Bahr	Cunha Rodrigues

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

R. Grass — Justitssekretær

G.C. Rodríguez Iglesias — Præsident