DOMSTOLENS DOM
den 6 maj 2003 *

I mål C-104/01,

angående en begäran enligt artikel 234 EG, från Hoge Raad der Nederlanden (Nederländerna), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

Libertel Groep BV

och

Benelux-Merkenbureau,

angående tolkningen av artikel 3 i rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT L 40, 1989, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178),

* Rättegångsspråk: nederländska.

meddelar

DOMSTOLEN

sammansatt av ordföranden vid sjätte avdelningen J.-P. Puissochet, tillförordnad ordförande, avdelningsordförandena M. Wathelet och C.W.A. Timmermans samt domarna C. Gulmann, D.A.O. Edward, P. Jann, F. Macken, S. von Bahr och J.N. Cunha Rodrigues (referent),

generaladvokat: P. Léger,
justitiesekreterare: avdelningsdirektören M.-F. Contet,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

— Libertel Groep BV, genom D.W.F. Verkade och D.J.G. Visser, advocaten,

— Benelux-Merkenbureau, genom C.J.J.C. van Nispen, advocaat,

— Nederländernas regering, genom H. G. Sevenster, i egenskap av ombud,

— Förenade kungarikets regering, genom R. Magrill, i egenskap av ombud, biträdd av D. Alexander, barrister,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom N.B. Rasmussen och H.M.H. Speyart, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid förhandlingen den 30 april 2002 av: Benelux-Merkenbureau, företrädd av advokaten C.J.J.C. van Nispen, Nederländernas regering, företrädd av J. van Bakel, i egenskap av ombud, Förenade kungarikets regering, företrädd av M. Tappin, barrister, och kommissionen, företrädd av H.M.H. Speyart,

och efter att den 12 november 2002 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Hoge Raad der Nederlanden har, genom beslut av den 23 februari 2001 som inkom till domstolen den 5 mars samma år, i enlighet med artikel 234 EG ställt fyra frågor om tolkningen av artikel 3 i rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT L 40, 1989, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178) (nedan kallat direktivet).

2 Frågorna har uppkommit i en tvist mellan företaget Libertel Groep BV (nedan kallat Libertel) och Benelux-Merkenbureau (varumärkesbyrån för Beneluxländerna, nedan kallad VBB) på grund av att den sistnämnda vägrat att registrera en orange färg som varumärke för varor och tjänster på telekommunikationsområdet, vilket Libertel ansökt om.

Tillämpliga bestämmelser

Pariskonventionen

3 Varumärkesrätten regleras på internationell nivå genom konventionen för skydd av den industriella äganderätten, som undertecknades i Paris den 20 mars 1883, senast ändrad i Stockholm den 14 juli 1967 (*Série des traités des Nations unies)*, nr 11851, volym 828, s. 305—388, nedan kallad Pariskonventionen) (SÖ 1970:60). Alla medlemsstater har anslutit sig till denna konvention.

4 I artikel 6d B.2 i Pariskonventionen föreskrivs att registrering av märken kan vägras eller förklaras ogiltig när de helt och hållet saknar egenartad karaktär.

5 I artikel 6d C.1 i Pariskonventionen anges följande:

"Vid bedömande av om ett märke skall åtnjuta skydd bör avseende fästas vid alla faktiska omständigheter, särskilt vid den tidslängd under vilken märket varit i bruk."

Gemenskapslagstiftningen

6 Artikel 2 i direktivet, med rubriken "Tecken som kan utgöra ett varumärke", har följande lydelse:

"Ett varumärke kan utgöras av alla tecken som kan återges grafiskt, särskilt ord, inbegripet personnamn, figurer, bokstäver, siffror, formen på en vara eller dess förpackning, förutsatt att tecknen i fråga kan särskilja ett företags varor eller tjänster från andra företags."

7 Artikel 3 i direktivet har rubriken "Registreringshinder eller ogiltighetsgrunder". I artikel 3.1 och 3.3 föreskrivs följande:

"1. Följande tecken och varumärken får inte registreras och om registrering har skett skall [den] kunna ogiltigförklaras:

a) Tecken som inte kan utgöra ett varumärke.

b) Varumärken som saknar särskiljningsförmåga.

c) Varumärken som endast består av tecken eller upplysningar vilka i handeln visar varornas eller tjänsternas art, kvalitet, kvantitet, avsedda användning, värde, geografiska ursprung, tiden för deras framställande eller andra egenskaper hos varorna eller tjänsterna.

d) Varumärken som endast består av tecken eller upplysningar vilka i det dagliga språkbruket eller enligt branschens vedertagna handelsbruk kommit att bli en sedvanlig beteckning för varan eller tjänsten.

e) Tecken som endast består av

— en form som följer av varans art, eller

— en form på en vara som krävs för att uppnå ett tekniskt resultat, eller

— en form som ger varan ett betydande värde.

...

3. Ett varumärke skall inte vägras registrering eller ogiltigförklaras med stöd av punkt 1 b, c eller d, om det före tidpunkten för registreringsansökan och som en följd av det bruk som har gjorts av det har förvärvat särskiljningsförmåga. En

medlemsstat kan dessutom besluta att denna bestämmelse skall gälla även då särskiljningsförmågan har förvärvats efter tidpunkten för registreringsansökan eller tidpunkten för registreringen."

8 I artikel 6 i direktivet anges följande:

"1. Varumärket ger inte innehavaren rätt att förhindra tredje man att i näringsverksamhet använda

a) sitt eget namn eller adress,

b) uppgifter om varornas eller tjänsternas art, kvalitet, kvantitet, avsedda ändamål, värde, geografiska ursprung, tidpunkten för framställandet eller andra egenskaper,

c) varumärket om det är nödvändigt för att ange en varas eller tjänsts avsedda ändamål, särskilt som tillbehör eller reservdel,

förutsatt att tredje man handlar i enlighet med god affärssed.

2. Varumärket ger inte innehavaren rätt att förbjuda tredje man att i näringsverksamhet använda en äldre rättighet som endast gäller i ett avgränsat geografiskt område om rättigheten erkänns av den ifrågavarande medlemsstatens lagstiftning samt används inom gränserna för det territorium i vilket den är erkänd."

Beneluxländernas enhetliga varumärkeslag

9 Konungariket Belgien, Storhertigdömet Luxemburg och Konungariket Nederländerna har antagit en gemensam lag avseende varumärkesrätten, Beneluxländernas enhetliga varumärkeslag (Trb. 1962, 58). Denna lag har, med verkan från den 1 januari 1996, ändrats genom protokoll av den 2 december 1992 om ändring av denna lag (Trb. 1993, 12), i avsikt att införliva direktivet i de tre medlemsstaternas rättsordningar.

10 I artikel 6a i Beneluxländernas sålunda ändrade enhetliga varumärkeslag (nedan kallad BVL) föreskrivs följande:

"1. Benelux-Merkenbureau skall avslå en begäran om registrering när

a) det tecken för vilket registrering söks inte utgör ett varumärke enligt artikel 1, i synnerhet när det helt och hållet saknar egenartad karaktär, såsom föreskrivs i artikel 6d B.2 i Pariskonventionen,

b) ansökan avser ett varumärke som åsyftas i artikel 4.1 och 4.2.

2. Vägran att registrera skall avse hela det tecken som utgör varumärket. Vägran kan begränsas till en eller flera av de varor som varumärket är avsett för.

3. Benelux-Merkenbureau skall utan dröjsmål skriftligen underrätta sökanden om sin avsikt att helt eller delvis vägra registrering. Skälen för vägran skall anges och sökanden skall ges tillfälle att yttra sig inom en frist som fastställs i tillämpningsföreskrifterna.

4. Om Benelux-Merkenbureaus invändningar mot registrering inte återkallas inom den föreskrivna fristen skall registrering avslås helt eller delvis. Benelux-Merkenbureau skall utan dröjsmål skriftligen underrätta sökanden om avslaget. Underrättelsen skall innehålla skälen för vägran och en hänvisning till möjligheten att få beslutet överprövat enligt artikel 6b.

5. Avslag på en ansökan om registrering för samtliga varor eller en del av varorna medför att ansökan blir helt eller delvis ogiltig. Denna ogiltighet träder inte i kraft innan den frist för att väcka talan som anges i artikel 6b löpt ut utan att överklagande skett eller en ansökan om att registrering skall fastslås slutgiltigt har avvisats."

11 I artikel 6b i BVL föreskrivs följande:

"Sökanden får inom två månader från tidpunkten för meddelandet enligt artikel 6a fjärde stycket väcka talan vid Cour d'appel i Bryssel, Gerechtshof i

Haag eller Cour d'appel i Luxemburg och yrka att ansökan skall registreras. Den adress sökanden eller dennes ställföreträdare lämnat vid ansökan avgör vilken domstol som skall vara behörig."

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

12 Libertel är ett företag med säte i Nederländerna och vars huvudsakliga verksamhet består i mobiltelefonitjänster.

13 VBB är den behöriga varumärkesmyndigheten i Konungariket Belgien, Storhertigdömet Luxemburg och Konungariket Nederländerna. VBB har sedan den 1 januari 1996 till uppgift att bedöma varumärkesansökningar med avseende på absoluta registreringshinder.

14 Libertel ansökte den 27 augusti 1996 hos VBB om att en orange färg skulle registreras som varumärke för vissa telekommunikationsvaror och telekommunikationstjänster, nämligen, i fråga om varor som omfattas av klass 9, telekommunikationsutrustning, och, i fråga om tjänster som omfattas av klasserna 35—38, affärsmässig, finansiell och teknisk administration av telekommunikationsmetoder.

15 I ansökningsförteckningen hade en rektangulär yta i orange färg införts på utrymmet för avbildning av varumärket och uttrycket "orange" upptagits på utrymmet för beskrivning av varumärket. Ingen färgkod hade angivits.

16 I skrivelse av den 21 februari 1997 upplyste VBB Libertel om att registreringsansökan avseende kännetecknet tills vidare avslogs. VBB fann att det kännetecken som avsågs med ansökan saknade särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 6a.1 a i BVL, såvida Libertel inte visade att detta kännetecken, vilket endast utgjordes av färgen orange, hade uppnått särskiljningsförmåga till följd av bruk.

17 Libertel invände mot detta tillfälliga avslagsbeslut. VBB ansåg att det inte fanns anledning att ompröva detta beslut och avslog slutgiltigt ansökan den 10 september 1997.

18 Libertel väckte i enlighet med artikel 6b i BVL talan mot avslagsbeslutet vid Gerechtshof te 's-Gravenhage (Nederländerna), som avslog detsamma genom dom av den 4 juni 1998.

19 Libertel överklagade domen till Hoge Raad der Nederlanden den 3 augusti 1998.

20 Under bedömningen av tvisten vid Hoge Raad uppkom vissa frågor avseende den riktiga tillämpningen av artikel 6a.1 a i BVL och därmed även avseende tolkningen av artikel 3.1 b i direktivet. I beslut av den 23 februari 2001 ställde Hoge Raad därför följande frågor till domstolen:

"1) Kan en viss färg, återgiven i sig eller fastställd i en internationell förteckning, ha särskiljningsförmåga beträffande vissa varor och tjänster i den mening som avses i artikel 3.1 b i direktivet?

2) För det fall att den första frågan besvaras jakande:

a) Vid vilka förhållanden skall en viss färg i sig anses ha särskiljningsförmåga i den mening som avses ovan?

b) Påverkas svaret på den första frågan av om registreringsansökan avser ett stort antal varor eller tjänster, en särskild vara eller tjänst eller en särskild grupp av varor eller tjänster?

3) Är det, för att avgöra vilken särskiljningsförmåga en viss färg har i egenskap av varumärke, nödvändigt att undersöka om det finns ett allmänt intresse som gör det befogat att hålla denna färg fri för alla, vilket gäller för kännetecken som anger geografiskt ursprung?

4) Skall Benelux-Merkenbureau, för att besvara frågan om huruvida ett sökt varumärke har särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 3.1 b i direktivet, begränsa sin bedömning till att avse en abstrakt bedömning av särskiljningsförmågan, eller skall alla faktiska omständigheter i förevarande fall och i synnerhet användningen av kännetecknet och hur detta använts tas med i bedömningen?"

Tolkningsfrågorna

Inledande övervägande

21 Tolkningsfrågorna hänför sig till artikel 3 i direktivet och avser huruvida och i så fall under vilka förutsättningar en färg i sig, utan begränsningar i rummet, kan ha särskiljningsförmåga för vissa varor eller tjänster.

22 Bedömningen av dessa frågor gör det nödvändigt att först avgöra om en färg i sig kan utgöra ett varumärke enligt lydelsen i artikel 2 i direktivet.

23 Färgen måste härvid i sig uppfylla tre krav. Den skall för det första utgöra ett kännetecken. För det andra måste detta kännetecken kunna återges grafiskt. Detta kännetecken skall för det tredje vara ägnat att särskilja ett företags varor eller tjänster från andra företags.

24 Europeiska unionens råd och kommissionen har avgett en gemensam förklaring, vilken upptagits i det protokoll som fördes av rådet när direktivet antogs. Enligt detta "beaktade [rådet och kommissionen] att möjligheten... att registrera en färgkombination eller en enda färg som varumärke inte är utesluten enligt artikel 2, förutsatt att tecknen i fråga kan särskilja ett företags varor eller tjänster från andra företags" (harmoniseringsbyråns officiella tidning nr 5/96, s. 607).

25 En sekundärrättsbestämmelse kan emellertid inte tolkas på grundval av en sådan förklaring när innehållet i den sistnämnda, såsom i förevarande fall, inte kommit till uttryck i ifrågavarande bestämmelse och därför inte har någon rättsverkan (se domar av den 26 februari 1991 i mål C-292/89, Antonissen, REG 1991, s. I-745, punkt 18, och av den 29 maj 1997 i mål C-329/95, VAG Sverige, REG 1997, s. I-2675, punkt 23). Rådet och kommissionen angav för övrigt uttryckligen denna begränsning i ingressen till förklaringen. Enligt denna skall "rådets och kommissionens nedanstående förklaringar inte utgöra en del av lagtexten och de föregriper därför inte Europeiska gemenskapernas domstols tolkning av lagtexten".

26 Det är därmed domstolen som skall fastställa om artikel 2 i direktivet skall tolkas på så sätt att en färg i sig kan utgöra ett varumärke.

27 Domstolen anger härvid att det inte går att utgå ifrån att en färg i sig utgör ett kännetecken. En färg är en vanlig egenskap hos saker. En färg kan emellertid utgöra ett kännetecken. Det beror helt på i vilket sammanhang färgen används. En färg kan dock — i samband med en vara eller en tjänst — i sig utgöra ett kännetecken.

28 Dessutom skall, såsom domstolen tidigare har fastställt, en grafisk återgivning i den mening som avses i artikel 2 i direktivet innebära att tecknet återges synligt, i synnerhet med hjälp av figurer, linjer eller bokstäver, på ett sådant sätt att det kan med exakthet identifieras (dom av den 12 december 2002 i mål C-273/00, Sieckmann, REG 2002, s. I-11737, punkt 46).

29 Den grafiska återgivningen skall, för att uppfylla sin funktion i den mening som avses i artikel 2 i direktivet, vara klar, precis, fullständig i sig själv, lättillgänglig, tydlig, beständig och objektiv (domen i det ovannämnda målet Sieckmann, punkterna 47—55).

30 De frågor som ställts till domstolen i förevarande mål avser registrering av en färg i sig, vilken återgivits genom ett färgprov på en plan yta, genom en verbal beskrivning av färgen eller genom en internationellt erkänd färgidentifieringskod.

31 Ett vanligt färgprov uppfyller emellertid inte de krav som angetts i punkterna 28 och 29 i denna dom.

32 Ett färgprov kan i synnerhet ändras med tiden. Det kan inte uteslutas att vissa underlag gör det möjligt att registrera en färg på ett sådant sätt att denna inte ändras. Tidens tand gör det emellertid omöjligt att bevara färgnyanser på andra underlag, särskilt papper. Ett ingivet färgprov är i ett sådant fall inte beständigt på det sätt som fordras enligt artikel 2 i direktivet (se domen i det ovannämnda målet Sieckmann, punkt 53).

33 Härav följer att en deponering av ett färgprov i sig inte utgör en sådan grafisk återgivning som avses i artikel 2 i direktivet.

34 En verbal beskrivning av en färg utgör däremot en grafisk återgivning av denna, eftersom beskrivningen utgörs av ord som i sin tur består av bokstäver (se för ett motsvarande synsätt domen i det ovannämnda målet Sieckmann, punkt 70).

35 En verbal beskrivning av en färg uppfyller inte nödvändigtvis alltid de krav som angivits ovan i punkterna 28 och 29 i denna dom. Denna fråga måste bedömas med hänsyn till omständigheterna i varje enskilt fall.

36 Ett färgprov kan således tillsammans med en verbal beskrivning av färgen utgöra en grafisk återgivning som avses i artikel 2 i direktivet förutsatt att beskrivningen är klar, precis, fullständig i sig, lättillgänglig, tydlig och objektiv.

37 Av samma skäl som dem som angivits i punkt 34 i denna dom kan en färgbeskrivning genom en internationellt erkänd färgidentifieringskod anses utgöra en grafisk återgivning. Sådana koder anses vara precisa och stabila.

38 Om ett färgprov tillsammans med en verbal beskrivning inte är tillräckligt för att utgöra en grafisk återgivning enligt kraven i artikel 2 i direktivet, till exempel därför att det inte är tillräckligt precist eller beständigt, kan denna brist avhjälpas genom att en färgbeskrivning läggs till som består av en internationellt erkänd färgidentifieringskod.

39 Beträffande frågan huruvida en färg i sig är ägnad att särskilja ett företags varor eller tjänster från andra företags i den mening som avses i artikel 2 i direktivet, måste en bedömning göras av om färger i sig kan ha förmågan att förmedla exakta upplysningar, till exempel avseende en varas eller en tjänsts ursprung.

40 Domstolen erinrar härvid om att vissa idéassociationer kan förmedlas genom färger och de kan väcka känslor, men att de till sin natur har en svag förmåga att förmedla exakta upplysningar. Denna förmåga försvagas ytterligare av att färger på grund av sin attraktionskraft vanligen används i stor omfattning i reklam och vid saluföring av varor och tjänster, utan att detta innefattar något exakt budskap.

41 Det vore emellertid inte befogat att utifrån detta konstaterande av faktiska omständigheter dra en principiell slutsats om att färger i sig inte skall kunna anses vara ägnade att särskilja ett företags varor eller tjänster från andra företags. Det kan nämligen inte uteslutas att en färg under vissa förhållanden i sig kan utgöra en ursprungsangivelse för ett företags varor eller tjänster. Det skall därför godtas att färger i sig kan vara ägnade att särskilja ett företags varor eller tjänster från andra företags i den mening som avses i artikel 2 i direktivet.

42 Av vad ovan anförts framgår att en färg i sig under ovan angivna förutsättningar kan utgöra ett varumärke i den mening som avses i artikel 2 i direktivet.

43 Domstolen kommer att bedöma tolkningsfrågorna mot bakgrund av de överväganden som utvecklats i punkterna 22—42 i denna dom.

Den tredje frågan

44 Domstolen skall bedöma den tredje frågan först. Den nationella domstolen har ställt denna fråga för att fa klarhet i huruvida det för att avgöra vilken särskiljningsförmåga en viss färg kan ha i egenskap av varumärke är nödvändigt att undersöka om det finns ett allmänt intresse som gör det befogat att hålla denna färg fri för alla, vilket gäller för kännetecken som anger geografiskt ursprung.

45 Enligt vissa yttranden till domstolen är det möjligt att med nuvarande teknik särskilja ett mycket stort antal färgnyanser. Det är möjligt att detta påstående är riktigt, men det saknar relevans för förevarande fråga. Den relevanta målgruppens uppfattning måste utgöra utgångspunkten för bedömningen av om en färg i sig kan registreras som varumärke.

46 Eftersom det inte finns några uppgifter i beslutet om hänskjutande som tyder på något annat, finner domstolen att målet vid den nationella domstolen avser varor och tjänster som riktar sig till samtliga konsumenter. I förevarande fall måste målgruppen därför anses utgöras av en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument (se dom av den 22 juni 1999 i mål C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, REG 1999, s. I-3819, punkt 26).

47 Denna målgrupp kan inte särskilja ett stort antal färger, eftersom gruppen sällan har tillfälle att direkt jämföra varor som försetts med olika färgnyanser. Härav följer att det antal olika färger som faktiskt är tillgängliga som tänkbara varumärken, för att särskilja varor eller tjänster, måste anses vara begränsat.

48 Enligt fast rättspraxis utgör varumärkesrätten ett väsentligt inslag i det system med sund konkurrens som EG-fördraget syftar till att införa och bevara (se domar av den 17 oktober 1990 i mål C-10/89, HAG II, REG 1990, s. I-3711, punkt 13; svensk specialutgåva, volym 10, s. 521, och av den 23 februari 1999 i mål C-63/97, BMW, REG 1999, s. I-905, punkt 62). De rättigheter som varumärket ger innehavaren skall bedömas mot bakgrund av denna målsättning.

49 I enlighet med artikel 5.1 i direktivet ger det registrerade varumärket innehavaren en ensamrätt avseende vissa varor eller tjänster som gör det möjligt för denne att utan tidsbegränsning ensam utnyttja det kännetecken som registrerats som varumärke.

50 Möjligheten att registrera ett varumärke kan begränsas av skäl som hänför sig till allmänintresset.

51 De olika registreringshinder som räknas upp i artikel 3 i direktivet skall således tolkas mot bakgrund av det allmänintresse som ligger bakom vart och ett av dem (se dom av den 18 juni 2002 i mål C-299/99, Philips, REG 2002, s. I-5475, punkt 77).

52 Domstolen har avseende artikel 3.1 c i direktivet angivit att syftet med denna bestämmelse är att främja en målsättning av allmänintresse, nämligen att tecken och upplysningar som beskriver egenskaper hos de varor eller tjänster som registreringsansökan avser kan användas fritt av alla (domar av den 4 maj 1999 i de förenade målen C-108/97 och C-109/97, Windsurfing Chiemsee, REG 1999, s. I-2779, punkt 25, och av den 8 april 2003 i de förenade målen C-53/01—C-55/01, Linde m.fl., REG 2003, s. I-3161, punkt 73).

53 Domstolen har avseende artikel 3.1 e i direktivet angivit att även denna bestämmelse har till syfte att främja en målsättning av allmänt intresse, nämligen att en form vars väsentliga särdrag fyller en teknisk funktion och har valts för att fylla denna funktion kan användas fritt av alla (domarna i det ovannämnda målet Philips, punkt 80, och i de ovannämnda förenade målen Linde m.fl., punkt 72).

54 Avseende varumärkesregistrering av färger i sig, utan begränsningar i rummet, medför den omständigheten att det antal färger som är faktiskt tillgängliga är begränsat att ett litet antal varumärkesregistreringar för särskilda varor och tjänster skulle kunna innebära att hela det tillgängliga färgspektrumet skulle uttömmas. En så vidsträckt ensamrätt skulle inte vara förenlig med ett system

med sund konkurrens, i synnerhet eftersom den skulle kunna medföra att en enskild näringsidkare erhöll en orättmätig konkurrensfördel. Att redan etablerade aktörer till men för nya aktörer skulle kunna registrera alla faktiskt tillgängliga färger skulle inte vara anpassat till den ekonomiska utvecklingen eller främja företagarandan.

55 Det skall således fastslås att det inom gemenskapsrätten avseende varumärken finns ett allmänt intresse av att inte otillbörligen begränsa tillgången på färger för andra aktörer som utbjuder varor eller tjänster av samma slag som dem som registreringsansökan avser.

56 Om ansökan om registrering av ett varumärke avser ett större antal varor eller tjänster kan den ensamrätt som varumärket eventuellt ger bli orimlig i motsvarande grad och därmed strida mot bevarandet av ett system med en sund konkurrens och det allmänna intresset av att inte otillbörligen begränsa tillgången på färger för andra aktörer som utbjuder varor eller tjänster av samma slag som dem som registreringsansökan avser.

57 Kommissionen har i sitt yttrande hävdat att tanken att vissa kännetecken skall hållas tillgängliga och således inte kan skyddas snarare kommit till uttryck i artikel 6 i direktivet än i artiklarna 2 och 3 i detsamma. Detta argument kan inte godtas.

58 I artikel 6 i direktivet behandlas begränsningar av ett varumärkes rättsverkan när detta registrerats. Kommissionens argument åsyftar att en minimal kontroll av de registreringshinder som föreskrivs i artikel 3 i direktivet skall göras när registreringsansökan prövas, eftersom risken att en aktör kan förbehålla sig vissa kännetecken som skall hållas tillgängliga undviks genom de begränsningar som föreskrivs i nämnda artikel 6, när det registrerade varumärkets rättsverkan

träder i kraft. Denna argumentation utmynnar i sak i att den behöriga myndigheten inte skall pröva de registreringshinder som anges i artikel 3 i direktivet när varumärket registreras, utan att denna prövning skall göras av den domstol som skall säkerställa att de rättigheter som varumärket ger utövas på ett riktigt sätt.

59 Ett sådant synsätt är oförenligt med direktivets systematik, vilken vilar på att en kontroll skall föregå registrering och inte göras i efterhand. Ingenting i direktivet gör det möjligt att dra en sådan slutsats av dess artikel 6. Av det antal registreringshinder som anges i artiklarna 2 och 3 i direktivet, dessas utförlighet och de många sätt att väcka talan som finns, om ansökan avslås, framgår tvärtemot att den bedömning som görs av registreringsansökan inte skall vara minimal. Denna bedömning skall vara strikt och fullständig för att förhindra att varumärken registreras på ett otillbörligt sätt. Såsom domstolen redan har fastställt skall den behöriga myndigheten med hänsyn till kraven på rättssäkerhet och god förvaltning försäkra sig om att varumärken som med framgång kan komma att ifrågasättas vid domstol inte registreras (dom av den 29 september 1998 i mål C-39/97, Canon, REG 1998, s. I-5507, punkt 21).

60 Svaret på den tredje tolkningsfrågan blir därför att det, för att avgöra vilken särskiljningsförmåga en viss färg kan ha i egenskap av varumärke, är nödvändigt att beakta det allmänna intresset av att inte otillbörligen begränsa tillgången på färger för andra aktörer som utbjuder varor eller tjänster av samma slag som dem som registreringsansökan avser.

Den första frågan och den andra frågan punkt a

61 Den nationella domstolen har ställt den första frågan och den andra frågan punkt a för att få klarhet i huruvida och i så fall under vilka förhållanden en färg i sig kan anses ha särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 3.1 b och 3.3 i direktivet.

62 Enligt fast rättspraxis är varumärkets grundläggande funktion att för konsumenten eller slutanvändaren garantera ursprunget i fråga om en vara eller tjänst som marknadsförs under varumärket, så att denne utan risk för förväxling kan särskilja denna vara eller tjänst från varor eller tjänster som har ett annat ursprung (se särskilt domarna i det ovannämnda målet Canon, punkt 28, och av den 4 oktober 2001 i mål C-517/99, Merz & Krell, REG 2001, s. I-6959, punkt 22). Ett varumärke skall utvisa att de berörda varorna eller tjänsterna härrör från ett bestämt företag. Härvid skall både den vanliga användningen av varumärken som en ursprungsangivelse inom det berörda verksamhetsfältet och målgruppens uppfattning beaktas.

63 Målgruppen utgörs, som angivits i punkt 46 i denna dom, av en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument.

64 Hänsyn skall tas till den omständigheten att genomsnittskonsumenten sällan har möjlighet att göra en direkt jämförelse mellan de olika varumärkena utan måste förlita sig på en oklar minnesbild (se i olika sammanhang domarna i det ovannämnda målet Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 26, och av den 20 mars 2003 i mål C-291/00, LTJ Diffusion, REG 2003, s. I-2799, punkt 52).

65 Målgruppen uppfattar inte nödvändigtvis ett tecken som består av en färg i sig på samma sätt som ett ord- eller figurmärke, som består av ett kännetecken som är oberoende av utformningen av de varor som det avser. Allmänheten är nämligen van vid att omedelbart uppfatta ord- eller figurmärken som utmärkande kännetecken för varans ursprung, vilket inte nödvändigtvis gäller för kännetecken som sammanfaller med utseendet hos den vara som omfattas av varumärkesansökan. Eftersom själva färgen i nuvarande handelsbruk i princip inte

används som utmärkande kännetecken, är konsumenterna inte vana vid att grunda antaganden om varors ursprung på varornas eller förpackningarnas färg, utan någon grafisk eller textmässig beståndsdel. Färgen i sig saknar vanligen den inneboende förmågan att särskilja ett visst företags varor.

66 Då frågan gäller färgen som sådan, är särskiljningsförmåga före bruk tänkbar endast i undantagsfall, och särskilt när registrering av ett varumärke sökts för ett mycket begränsat antal varor eller tjänster och den relevanta marknaden är mycket särpräglad.

67 Även om en färg i sig inte ursprungligen har särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 3.1 b i direktivet, kan den emellertid till följd av bruk i enlighet med artikel 3.3 i direktivet förvärva särskiljningsförmåga med avseende på de berörda varorna eller tjänsterna. Sådan särskiljningsförmåga kan i synnerhet förvärvas efter det att målgruppen på normalt sätt fått bekanta sig med varan eller tjänsten. I ett sådant fall skall den behöriga myndigheten göra en samlad bedömning av de uppgifter som kan visa att varumärket blivit ägnat att utvisa att den ifrågavarande varan härrör från ett visst företag och således att denna vara kan särskiljas från andra företags varor (domen i det ovannämnda målet Windsurfing Chiemsee, punkt 49).

68 Svaret på den första tolkningsfrågan blir således att en färg i sig, utan begränsningar i rummet, kan ha särskiljningsförmåga för vissa varor eller tjänster i den mening som avses i artikel 3.1 b och 3.3 i direktivet, under förutsättning att den, i synnerhet, kan återges grafiskt på ett sätt som är klart, precist, fullständigt i sig själv, lättillgängligt, tydligt, beständigt och objektivt. Det sistnämnda villkoret är inte uppfyllt genom att den ifrågavarande färgen enbart återges på papper, men det kan uppfyllas om denna färg beskrivs genom en internationellt erkänd färgidentifieringskod.

69 Svaret på den andra tolkningsfrågan punkt a blir således att en färg i sig kan anses ha särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 3.1 b och 3.3 i direktivet, under förutsättning att varumärket enligt målgruppens uppfattning är ägnat att utvisa att den vara eller tjänst som registreringsansökan avser härrör från ett visst företag och att denna vara eller tjänst kan särskiljas från andra företags varor eller tjänster.

Den andra frågan punkt b

70 Den nationella domstolen har ställt den andra frågan punkt b för att få klarhet i huruvida den omständigheten att ansökan om registrering av en färg i sig som varumärke avser ett stort antal varor eller tjänster, eller avser en särskild vara eller tjänst eller en särskild grupp av varor eller tjänster, är relevant för bedömningen av om denna färg har särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 3.1 b i direktivet.

71 Med hänsyn till de skäl som angivits i punkterna *56*, *66* och *67* i denna dom skall den andra tolkningsfrågan punkt b besvaras med att den omständigheten att ansökan om registrering av en färg i sig som varumärke avser ett stort antal varor eller tjänster, eller avser en särskild vara eller tjänst eller en särskild grupp av varor eller tjänster, är relevant, tillsammans med andra omständigheter i det enskilda fallet, både vid bedömningen av om den färg för vilken registrering söks har särskiljningsförmåga och vid bedömningen av om denna registrering är förenlig med det allmänna intresset av att inte otillbörligen begränsa tillgången på färger för andra aktörer som utbjuder varor eller tjänster av samma slag som dem som registreringsansökan avser.

Den fjärde frågan

72 Den nationella domstolen har ställt den fjärde frågan för att få klarhet i huruvida den myndighet som är behörig att registrera varumärken, vid bedömningen av om ett varumärke har särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 3.1 b och 3.3 i direktivet, skall göra en abstrakt bedömning eller en konkret bedömning med beaktande av alla omständigheter i det aktuella fallet och i synnerhet av det bruk som gjorts av varumärket.

73 Domstolen konstaterar för det första att det i tolfte skälet i direktivet anges att "[a]lla medlemsstaterna i gemenskapen är bundna av Pariskonventionen för industriellt rättsskydd" och att "[d]et är nödvändigt att detta direktivs bestämmelser helt överensstämmer med bestämmelserna i Pariskonventionen".

74 I artikel 6d C.1 i Pariskonventionen anges emellertid att "[v]id bedömande av om ett märke skall åtnjuta skydd bör avseende fästas vid alla faktiska omständigheter, särskilt vid den tidslängd under vilken märket varit i bruk".

75 För det andra avser ansökan om registrering av ett kännetecken som varumärke alltid de varor eller tjänster som anges i registreringsansökan. Ett varumärkes särskiljningsförmåga skall därför bedömas dels med hänsyn till de varor eller tjänster som avses med ansökan, dels med hänsyn till målgruppens uppfattning av varumärket.

76 Eftersom den myndighet som är behörig att registrera varumärken skall förvissa sig om att kännetecknet inte saknar särskiljningsförmåga med avseende på varorna eller tjänsterna hos det företag som ansöker om att kännetecknet skall registreras som varumärke, kan denna myndighet inte göra en abstrakt bedömning, utan måste med nödvändighet göra en konkret bedömning. Bedömningen skall göras med beaktande av alla relevanta omständigheter i det aktuella fallet, i förekommande fall inbegripet det bruk som gjorts av det kännetecken som varumärkesansökan avser.

77 Svaret på den fjärde tolkningsfrågan blir således att den myndighet som är behörig att registrera varumärken, vid bedömningen av om ett varumärke har särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 3.1 b och 3.3 i direktivet, skall göra en konkret bedömning med beaktande av alla omständigheter i det aktuella fallet och i synnerhet av det bruk som gjorts av varumärket.

Rättegångskostnader

78 De kostnader som har förorsakats den nederländska och den brittiska regeringen samt kommissionen, som har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN

— angående de frågor som genom beslut av den 23 februari 2001 har ställts av Hoge Raad der Nederlanden — följande dom:

1) En färg i sig, utan begränsningar i rummet, kan ha särskiljningsförmåga för vissa varor eller tjänster i den mening som avses i artikel 3.1 b och 3.3 i rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar, under förutsättning att den, i synnerhet, kan återges grafiskt på ett sätt som är klart, precist, fullständigt i sig, lätttillgängligt, tydligt, beständigt och objektivt. Det sistnämnda villkoret är inte uppfyllt genom att den ifrågavarande färgen enbart återges på papper, men det kan uppfyllas om denna färg beskrivs genom en internationellt erkänd färgidentifieringskod.

2) För att avgöra vilken särskiljningsförmåga en viss färg kan ha i egenskap av varumärke är det nödvändigt att beakta det allmänna intresset av att inte otillbörligen begränsa tillgången på färger för andra aktörer som utbjuder varor eller tjänster av samma slag som dem som registreringsansökan avser.

3) En färg i sig kan anses ha särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 3.1 b och 3.3 i direktiv 89/104, under förutsättning att varumärket enligt målgruppens uppfattning är ägnat att utvisa att den vara eller tjänst

som registreringsansökan avser härrör från ett visst företag och att denna vara eller tjänst kan särskiljas från andra företags varor eller tjänster.

4) Den omständigheten att ansökan om registrering av en färg i sig som varumärke avser ett stort antal varor eller tjänster, eller avser en särskild vara eller tjänst eller en särskild grupp av varor eller tjänster, är relevant, tillsammans med andra omständigheter i det enskilda fallet, både vid bedömningen av om den färg för vilken registrering söks har särskiljningsförmåga och vid bedömningen av om denna registrering är förenlig med det allmänna intresset av att inte otillbörligen begränsa tillgången på färger för andra aktörer som utbjuder varor eller tjänster av samma slag som dem som registreringsansökan avser.

5) Den myndighet som är behörig att registrera varumärken, vid bedömningen av om ett varumärke har särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 3.1 b och 3.3 i direktiv 89/104, skall göra en konkret bedömning med beaktande av alla omständigheter i det aktuella fallet och i synnerhet av det bruk som gjorts av varumärket.

Puissochet	Wathelet	Timmermans
Gulmann	Edward	Jann
Macken	von Bahr	Cunha Rodrigues

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 6 maj 2003.

R. Grass — G.C. Rodríguez Iglesias

Justitiesekreterare — Ordförande