DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

21. oktober 2004 *

I sag C-447/02 P,

angående en appel i henhold til artikel 49 i EF-statutten for Domstolen, iværksat den 11. december 2002,

KWS Saat AG, Einbeck (Tyskland), ved Rechtsanwalt C. Rohnke og med valgt adresse i Luxembourg,

appellant,

den anden part i appelsagen:

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved D. Schennen og G. Schneider, som befuldmægtigede,

sagsøgt i første instans,

* Processprog: tysk.

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, C.W.A. Timmermans, og dommerne C. Gulmann, J.-P. Puissochet, N. Colneric, og J.N. Cunha Rodrigues (refererende dommer),

generaladvokat: P. Léger
justitssekretær: ekspeditionssekretær M. Múgica Arzamendi,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 4. marts 2004,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 19. maj 2004,

afsagt følgende

Dom

1 I appelskriftet har KWS Saat AG (herefter »KWS«) nedlagt påstand om ophævelse af den dom, der blev afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (Anden Afdeling) den 9. oktober 2002 (sag T-173/00, KWS Saat mod KHIM (orange nuance), Sml. II, s. 3843, herefter »den appellerede dom«), for så vidt dommen ikke gav appellanten medhold i dennes påstand om registrering af farven orange som EF-varemærke for visse anlæg til bearbejdning af såsæd og for visse landbrugs-, skovbrugs- og havebrugsprodukter.

Retsforskrifter

2 Artikel 7, stk. 1, litra b), i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1) bestemmer:

»Udelukket fra registrering er:

[...]

b) varemærker, som mangler fornødent særpræg«.

3 Artikel 7, stk. 3, i nævnte forordning har følgende ordlyd:

»Stk. 1, litra b), c) og d), finder ikke anvendelse, hvis mærket som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret.«

4 Artikel 73 i nævnte forordning bestemmer:

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

5 Samme forordnings artikel 74 har følgende ordlyd:

»1. Under sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret prøver dette ex officio de faktiske omstændigheder; i sager vedrørende relative registreringshindringer begrænser Harmoniseringskontoret sig imidlertid til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger.

2. Harmoniseringskontoret kan se bort fra kendsgerninger og beviser, som ikke er påberåbt eller fremført rettidigt af de pågældende parter.«

Sagens faktiske omstændigheder

6 KWS er et selskab med hovedsæde i Tyskland.

7 Den 17. marts 1998 indgav selskabet i henhold til forordning nr. 40/94 en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«).

8 Der er ansøgt om registrering af farven orange i sig selv, svarende til referencen HKS7.

9 De varer og tjenesteydelser, som varemærkeansøgningen vedrører, henhører under klasse 7, 11, 31 og 42 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse:

— »anlæg til bearbejdning af såsæd, nemlig til rensning, bejdsning, pelletering og kalibrering af såsæd, behandling af tilsætningsmidler til såsæd, kvalitetsundersøgelse og sigtning af såsæd« (klasse 7)

— »anlæg til bearbejdning af såsæd med henblik på tørring« (klasse 11)

— »landbrugs-, skovbrugs- og havebrugsprodukter« (klasse 31)

— »teknisk rådgivning og professionel rådgivning vedrørende forretningsvirksomhed inden for dyrkning af planter, særlig inden for såsædsbranchen« (klasse 42).

10 Ved afgørelse af 25. marts 1999 afslog undersøgeren ved Harmoniseringskontoret KWS' ansøgning med den begrundelse, at det ansøgte varemærke ikke havde fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

11 Den 21. maj 1999 påklagede KWS denne afgørelse til Harmoniseringskontoret.

12 Ved afgørelse af 19. april 2000 (sag R 282/1999-2, herefter »den anfægtede afgørelse«), der blev meddelt KWS den 28. juni 2000, afviste Harmoniseringskontorets Andet Appelkammer klagen. Appelkammeret fandt i det væsentlige, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

13 I punkt 17 og 18 i den anfægtede afgørelse anføres:

17 »[...] det fremgår af appelkammerets undersøgelser, at den farve, der er gengivet i ansøgningen på ingen måde er original eller endog usædvanlig inden for den pågældende sektor.

18 Producenter af såsæd har gennem nogen tid farvet deres såsæd med farvestoffer. Denne fremgangsmåde anvendes for at gøre opmærksom på, at såsæden er behandlet (f.eks. med pesticider, fungicider eller herbicider). Som følge af denne udvikling finder man endog virksomheder, der fremstiller farvestoffer til såsæd. En producent fremhæver således sine produkter på denne måde:

»[...] Colorants identify treated seeds, as well as transgenic seeds [...] Seed colorants identify treated seed, reducing mishandling of seed treated with active ingredients such as fungicide or insecticide. With the help of seed colorants and coatings, producers will feel confident that their seed investment is safe [...]«

http://www.bucolor.com/seeds/colorants.htm

(»[...] Farverne kendetegner behandlet såsæd såvel som transgen såsæd [...] farverne for såsæd gør det muligt at se, hvilken såsæd der er behandlet, og at formindske en uhensigtsmæssig anvendelse af såsæd, der er behandlet med aktive stoffer, såsom fungicider eller insecticider. Farverne og belægningerne på såsæden giver producenterne sikkerhed for deres investering i såsæd [...]«).«

Den appellerede dom

14 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 28. juni 2000 nedlagde KWS påstand om ophævelse af den anfægtede afgørelse og gjorde to anbringender gældende, dels tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, dels tilsidesættelse af samme forordnings artikel 73 og 74.

15 I den appellerede dom gav Retten KWS delvis medhold.

16 Hvad angår anbringendet om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 fastslog Retten i den appellerede doms præmis 33 vedrørende landbrugs-, skovbrugs- og havebrugsprodukter, der henhører under klasse 31, navnlig vedrørende såsæd:

»[...] anvendelsen af farver, herunder den orange nuance, der er ansøgt om, eller meget nærliggende nuancer, [...] [er] ikke usædvanlig for disse varer. Det ansøgte tegn giver derfor ikke den relevante kundekreds mulighed for omgående og sikkert at adskille sagsøgerens varer fra andre virksomheders varer, der er farvet med andre orange nuancer.«

17 Hvad angår anlæg til bearbejdning, der henhører under klasse 7 og 11, udtalte Retten i den appellerede doms præmis 40 følgende:

»[...] appelkammeret [fastslog] med rette i den anfægtede afgørelses punkt 21, at det ikke er sjældent at finde maskiner med denne eller en lignende farve. Det skal fastslås, at da orange er sædvanlig, giver farven ikke den relevante kundekreds mulighed for omgående og sikkert at adskille sagsøgerens anlæg fra maskiner, der er farvet med lignende orange nuancer, men har en anden forretningsmæssig oprindelse. Den relevante kundekreds opfatter derfor snarere den ansøgte farve som blot en del af de pågældende varers finish.«

18 Derimod fastslog Retten i relation til tjenesteydelserne, der henhører under klasse 42, i samme doms præmis 46:

»[...] det tegn, der består af en orange nuance som sådan, kan give den relevante kundekreds mulighed for at adskille de pågældende tjenesteydelser fra tjenesteydelser af en anden forretningsmæssig oprindelse, når den skal foretage sit valg i en senere købssituation.«

19 Retten gav følgelig KWS medhold i anbringendet om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 for så vidt angår tjenesteydelser, der henhører under klasse 42. Anbringendet blev derimod forkastet for så vidt angår landbrugs-, skovbrugs- og havebrugsprodukter, der henhører under klasse 31, og anlæg til bearbejdning, der henhører under klasse 7 og 11.

20 Hvad angår anbringendet om tilsidesættelse af artikel 73 og 74 i forordning nr. 40/94 fastslog Retten i relation til artikel 73, at appelkammeret havde overholdt sin forpligtelse til at begrunde afgørelsen.

21 Retten udtalte herved i den appellerede doms præmis 56 for det første, at KWS rådede over de oplysninger, der var nødvendige for at forstå den anfægtede afgørelse og for at anfægte dens lovlighed ved Fællesskabets retsinstanser.

22 Retten fastslog for det andet i samme doms præmis 59, at appelkammeret ikke havde tilsidesat artikel 73 i forordning nr. 40/94 ved ikke at give KWS meddelelse om de dokumenter, der alene var anvendt til at forberede og støtte den anfægtede afgørelse, hvis begrundelse og ræsonnement KWS allerede havde kendskab til.

23 Med hensyn til artikel 74 i forordning nr. 40/94 fandt Retten, at appelkammeret havde overholdt den forpligtelse til ex officio at prøve de faktiske omstændigheder, som er foreskrevet i denne bestemmelse.

»60 [...] appelkammeret undersøgte og anvendte et vist antal relevante faktiske forhold til at bedømme tegnets fornødne særpræg for så vidt angår de forskellige varer og tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkeansøgningen. Afgørelser, der ligner den anfægtede afgørelse, og som tidligere er truffet af Harmoniseringskontoret, eller eksempler, der findes på Internettet, udgør i så henseende hverken en erstatning for det ræsonnement, der er udviklet i den anfægtede afgørelse, eller nye faktiske forhold, der ikke er blevet undersøgt ex officio, men yderligere forhold, som Harmoniseringskontoret har fremført i sine processkrifter for at gøre det muligt at efterprøve den anfægtede afgørelses retlige grundlag.«

24 På baggrund heraf forkastede Retten anbringendet om tilsidesættelse af artikel 73 og 74 i forordning nr. 40/94 i sin helhed.

25 Til slut annullerede Retten den anfægtede afgørelse for så vidt angår tjenesteydelserne, der henhører under klasse 42, frifandt i øvrigt Harmoniseringskontoret og pålagde KWS at bære sine egne omkostninger og at betale to tredjedele af Harmoniseringskontorets omkostninger.

Parternes påstande

26 KWS har nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves, for så vidt som den frifinder Harmoniseringskontoret.

— Den anfægtede afgørelse annulleres, for så vidt som dette ikke allerede er sket ved den appellerede dom.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

27 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes.

— KWS tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Appelsagen

28 Harmoniseringskontoret har i svarskriftet anført, at: »der også burde have været givet afslag på registrering af det omhandlede farvemærke for de tjenesteydelser, som sagsøgeren har gjort krav på, og for rådgivning inden for dyrkning af planter. Harmoniseringskontoret anfægter ikke som sådan den dom, der er afsagt af Retten i Første Instans. Dette skal imidlertid ikke afholde Domstolen fra at nå frem til et andet resultat med hensyn til beskyttelsen af farvemærker uden konturer, selv om dette eventuelt indebærer, at argumentationen i den appellerede dom ikke stadfæstes.«

29 Det følger af ovennævnte, at Harmoniseringskontoret udtrykkeligt har undladt at iværksætte kontraappel med henblik på ophævelse af den appellerede dom, for så vidt angår den del, som omhandler tjenesteydelserne, der henhører under klasse 42, selv om kontoret betvivler rigtigheden af Rettens afgørelse i så henseende.

30 Den sag, der er indbragt for Domstolen, og dermed denne dom, er således begrænset til ansøgningen om registrering af et varemærke for varer, der henhører under klasse 7, 11 og 31.

31 Til støtte for den således afgrænsede appel har KWS anført fire anbringender. Det første anbringende vedrører en tilsidesættelse af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94, hvorefter de faktiske omstændigheder prøves ex officio, det andet en tilsidesættelse af retten til kontradiktion, det tredje en tilsidesættelse af begrundelsespligten og det fjerde en fejlagtig fortolkning af forordningens artikel 7, stk. 1, litra b), vedrørende kravet om fornødent særpræg.

Det første anbringende

32 KWS har med sit første anbringende gjort gældende, at Retten ved i den appellerede doms præmis 60 udelukkende at fastslå, at »appelkammeret undersøgte og anvendte et vist antal relevante faktiske forhold« har tilsidesat det krav, der følger af ordlyden af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94, hvorefter »Harmoniseringskontoret [...] ex officio [prøver] de faktiske omstændigheder«. Retten har således set bort fra, at det ikke udelukkende var et spørgsmål om, hvorvidt der var sket en prøvelse af de faktiske omstændigheder, men derimod om prøvelsen havde været tilstrækkelig omfattende. Ifølge KWS burde den af Harmoniseringskontoret foretagne prøvelse nemlig have været tilstrækkelig grundig til, at kontoret med sikkerhed kunne konstatere, at der forelå registreringshindringer efter forordningens artikel 7.

33 Harmoniseringskontoret havde, inden det traf afgørelsen, ikke undersøgt »et vist antal relevante faktiske forhold«, men kun »et enkelt forhold«. I punkt 17 i den anfægtede afgørelse har appelkammeret henvist til sine »undersøgelser«. Det eneste resultat af undersøgelserne, som Harmoniseringskontoret har henvist til, fremgår af nævnte afgørelses punkt 18, hvori der henvises til internetsiden »www.bucolor.com«. Denne internetside er ikke tilstrækkelig til at begrunde afslaget. Som hjemmeside for en enkelt producent er den nemlig utilstrækkelig til at fastslå, om der foreligger almindelig brug. Det drejer sig i øvrigt om en amerikansk virksomhed. Brugen på det amerikanske marked er imidlertid i princippet ikke noget bevis for, hvad der er almindelig brug inden for Fællesskabets område. Internetadressens velkomstside er desuden affattet på engelsk. Den er således ikke tilgængelig for den relevante kundekreds i Fællesskabet.

34 Det bemærkes, at KWS med sit første anbringende i det væsentlige søger at rejse tvivl om den bedømmelse af de faktiske omstændigheder, som først appelkammeret og derefter Retten har foretaget.

35 Det fremgår imidlertid af artikel 225 EF og artikel 58 i Domstolens statut, at en appel kun kan støttes på anbringender om overtrædelse af retsregler, og at enhver bedømmelse af de faktiske omstændigheder er udelukket.

36 Det følger heraf, at det første anbringende ikke kan antages til realitetsbehandling.

Det andet anbringende

37 Med det andet anbringende har KWS gjort gældende, at retten til kontradiktion er blevet tilsidesat dels i forbindelse med sagen ved appelkammeret, dels i forbindelse med sagen ved Retten. Det andet anbringende består således af to led.

Det andet anbringendes første led

38 Med det andet anbringendes første led har KWS gjort gældende, at Harmoniseringskontoret, hvad angår de faktiske omstændigheder, har støttet den anfægtede afgørelse på et enkelt dokument, nemlig den internetadresse, der er omtalt i den anfægtede afgørelses punkt 18 og gengivet i nærværende doms præmis 13. Harmoniseringskontoret omtalte første gang denne henvisning for KWS i den anfægtede afgørelse, dvs. ved afslutningen af sagen ved Harmoniseringskontoret. Kontoret tilsidesatte følgelig retten til kontradiktion.

39 I stedet for at tage stilling til denne tilsidesættelse undersøgte Retten kun spørgsmålet om, hvorvidt dokumenterne var uomgængeligt nødvendige for at forstå den anfægtede afgørelse. Retten anførte desuden i den appellerede doms præmis 58 fejlagtigt, at »virksomheden i det væsentlige kendte de argumenter og forhold, der skulle undersøges af appelkammeret for at ophæve eller stadfæste undersøgerens afgørelse, og dermed, at sagsøgeren havde [haft] mulighed for at fremkomme med sine bemærkninger herom«.

40 KWS har desuden gjort gældende, at tilsidesættelsen af retten til kontradiktion ved appelkammeret havde frataget selskabet muligheden for, på tidspunktet for sagens behandling ved appelkammeret, at begrænse listen over de varer, for hvilke varemærket blev søgt registreret, og derved opnå, at dets varemærkeansøgning blev imødekommet.

41 Det bemærkes, at Harmoniseringskontorets afgørelser i henhold til artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94 kun må støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om.

42 Et appelkammer ved Harmoniseringskontoret kan efter denne bestemmelse kun støtte afgørelsen på faktiske eller retlige forhold, om hvilke parterne har haft mulighed for at fremkomme med deres bemærkninger.

43 Såfremt appelkammeret ex officio indhenter faktiske oplysninger, der skal danne grundlag for dets afgørelse, er det følgelig forpligtet til at give parterne meddelelse herom, for at de kan fremsætte deres bemærkninger.

44 I den foreliggende sag fremgår det af sagens oplysninger, at appelkammeret hverken har givet KWS meddelelse om resultatet af dets undersøgelser eller om indholdet af den internetside, der er omtalt i den anfægtede afgørelses punkt 17 og 18.

45 Appelkammeret har dermed tilsidesat artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94.

46 Retten har i den forbindelse foretaget en forkert retsanvendelse ved i den appellerede doms præmis 59 at fastslå, at appelkammeret ikke havde tilsidesat nævnte forordnings artikel 73.

47 Det bemærkes imidlertíd, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 14-16, hvori det opretholder undersøgerens afgørelse, har fastslået, at den omhandlede farve ikke har fornødent særpræg for de omhandlede varer. En farve har ifølge appelkammeret i princippet ikke noget særpræg i sig selv, medmindre det er opnået efter brug, og det er helt sædvanligt at anvende farven orange til disse varer. Desuden anførte appelkammeret, at sagsøgerens konkurrenter ligeledes kan have en interesse i at anvende nævnte farve.

48 Denne begrundelse, som KWS havde lejlighed til at udtale sig om, er tilstrækkelig til at begrunde appelkammerets afvisning af klagen.

49 På grundlag af appelkammerets undersøgelser fastslås i den anfægtede afgørelses punkt 17, at den farve, som er søgt registreret, på ingen måde er usædvanlig inden for den pågældende erhvervssektor. Dette bestyrker blot den begrundelse, som allerede var tilstrækkelig til at begrunde nævnte afgørelse. På samme måde bestyrkes begrundelsen blot af det, der fastslås i den anfægtede afgørelses punkt 18, og som illustreres med et uddrag fra en internetside, hvorefter producenterne farver deres såsæd for at vise, at den er blevet behandlet.

50 Det følger heraf, at den fejl, som den anfægtede afgørelses punkt 17 og 18 er behæftet med i relation til artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94 ikke bevirker, at afgørelsen skal annulleres.

51 Der er således ikke grund til at ophæve den appellerede dom i så henseende på trods af den retsvildfarelse, der ligger til grund for dommens præmis 59 (jf. i denne retning dom af 24.9.2002, forenede sager C-74/00 P og C-75/00 P, Falck og Acciaierie di Bolzano mod Kommissionen, Sml. I, s. 7869, præmis 122, og domme af 30.9.2003, sag C-93/02 P, Biret International mod Rådet, Sml. I, s. 10497, præmis 60, og sag C-94/02 P, Biret et Cie mod Rådet, Sml. I, s. 10565, præmis 63).

52 Denne konklusion ændres ikke af argumentet om, at KWS under sagen ved appelkammeret blev frataget muligheden for at begrænse listen over de varer, som varemærket var søgt registreret for. For det første kunne KWS når som helst have rettet henvendelse til Harmoniseringskontoret med en anmodning om at begrænse listen over varer og tjenesteydelser i henhold til artikel 44 i forordning nr. 40/94 og regel 13 i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1). Den omstændighed, at KWS ikke på noget tidspunkt under sagens behandling ved Harmoniseringskontoret indgav en sådan anmodning, er KWS' eget valg og kan ikke tilskrives, at appelkammeret har undladt at høre KWS vedrørende den internetside, der er nævnt i den anfægtede afgørelse. For det andet indeholder sagen ingen oplysninger, der kan give anledning til en formodning om, at en begrænsning af listen over de omhandlede varer ville have ført til en registrering af det ansøgte varemærke.

53 Det følger af det foregående, at det andet anbringendes første led skal forkastes som irrelevant.

Det andet anbringendes andet led

54 Med det andet anbringendes andet led har KWS gjort gældende, at Retten ikke har taget hensyn til selskabets argumenter vedrørende den ovenfor nævnte internetside. Retten har tilsidesat selskabets ret til kontradiktion. KWS er således blevet frataget

muligheden for på tidspunktet for sagens behandling ved Retten at begrænse listen over de varer, for hvilke varemærket blev søgt registreret, en begrænsning, der sandsynligvis ville have indebåret, at varemærket var blevet registreret.

55 Det bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 49 udtrykkeligt har sammenfattet KWS' argumentation om, at selskabets ret til kontradiktion var blevet tilsidesat. I sammenfatningen nævnes særligt KWS' påstand om, at selskabet ikke fik meddelelse om de dokumenter, Harmoniseringskontoret byggede sin afgørelse på.

56 I den appellerede doms præmis 58 og 59 udtaler Retten sig om denne argumentation og giver samtidig en udtrykkelig begrundelse for sin afgørelse. Selv om Rettens retlige vurdering var forkert, således som det er fastslået i nærværende doms præmis 46, fremgår det af Rettens begrundelse, at den fuldt ud har forstået KWS' anbringender.

57 Heraf følger, at Retten ikke har tilsidesat KWS' ret til kontradiktion under retssagens behandling.

58 Den omstændighed, at Retten ikke har tilsidesat KWS' ret til kontradiktion, fjerner ethvert grundlag for argumentationen om, at KWS på grund af denne tilsidesættelse blev frataget muligheden for, på tidspunktet for sagens behandling ved Retten, at begrænse listen over de varer, for hvilke varemærket blev søgt registreret. Det er under alle omstændigheder med rette, at Retten – i den appellerede doms præmis 14 – afviste KWS' anmodning om at begrænse listen over varer, som blev fremsat under retsmødet ved Retten. En sådan anmodning er nemlig ikke i overensstemmelse med den fremgangsmåde, der foreskrives i forordning nr. 40/94 og nr. 2868/95, og har til formål at ændre sagens genstand i strid med artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement.

59 Det andet anbringendes andet led må således forkastes som ugrundet.

60 Det andet anbringende skal følgelig forkastes i sin helhed.

Det tredje anbringende

61 Med det tredje anbringende har KWS gjort gældende, at begrundelsespligten er tilsidesat dels af Retten i den appellerede dom, dels af appelkammeret i den anfægtede afgørelse. Anbringendet består således af to led.

Det tredje anbringendes første led

62 Med det tredje anbringendes første led har KWS gjort gældende, at Retten befandt sig i en retsvildfarelse, da den i den appellerede dom fastslog, at den anfægtede afgørelse var tilstrækkeligt begrundet. Retten har i høj grad undervurderet begrundelseskravet.

63 Det bemærkes, at »Harmoniseringskontorets afgørelser skal begrundes«, som fastsat i artikel 73, første punktum, i forordning nr. 40/94.

64 Den heri fastsatte begrundelsespligt har samme rækkevidde som den, der følger af artikel 253 EF.

65 Det fremgår af fast retspraksis, at den begrundelse, som kræves i henhold til artikel 253 EF, klart og utvetydigt skal angive de betragtninger, som den, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret. Det kræves ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en retsakts begrundelse opfylder kravene efter artikel 253 EF, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (jf. i denne retning dom af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 63, og af 30.3.2000, sag C-265/97 P, VBA mod Florimex m.fl., Sml. I, s. 2061, præmis 93).

66 I den foreliggende sag afslog appelkammeret ansøgningen om registrering med den begrundelse, at det varemærke, der var søgt registreret, manglede fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

67 Appelkammeret anførte en fuldstændig og præcis begrundelse for denne vurdering i den anfægtede afgørelses punkt 14-25.

68 Appelkammeret anførte indledningsvis dels, at en farve i sig ikke har fornødent særpræg, medmindre det godtgøres, at den har fået et sådant særpræg ved brug, dels, at farverne bør holdes til rådighed for alle virksomheder. Ifølge appelkammeret er det således kun under visse omstændigheder, at en farve i sig selv vil kunne anses for at have fornødent særpræg, under forudsætning af, at der er tale om en farve, som er helt usædvanlig for de omhandlede varer eller tjenesteydelser. Appelkammeret forklarede herefter detaljeret, hvorfor farven orange ikke er usædvanlig i forhold til de varer, som er omfattet af varemærkeansøgningen. Appelkammeret tilføjede, at det ikke er bundet af afgørelser truffet af de kompetente tyske varemærkemyndigheder. Disse afgørelser havde KWS gjort gældende. Appelkammeret gjorde endelig opmærksom på, at KWS ikke havde gjort gældende, at den omhandlede farve havde fået fornødent særpræg ved brug i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

69 Der er ingen tvivl om, at en sådan begrundelse opfylder kravet i artikel 73, første punktum, i forordning nr. 40/94. Retten befandt sig således ikke i en retsvildfarelse, da den fastslog, at KWS rådede over de oplysninger, der var nødvendige for at forstå den anfægtede afgørelse og for at anfægte dens lovlighed ved Fællesskabets retsinstanser.

70 Det tredje anbringendes første led må følgelig forkastes som ugrundet.

Det tredje anbringendes andet led

71 Med det tredje anbringendes andet led har KWS anført, at Retten har tilsidesat sin begrundelsespligt, idet den i den appellerede doms præmis 56 blot bemærker, at den anfægtede afgørelse »giver [...] sagsøgeren mulighed for at få kendskab til grundene til, at virksomhedens registreringsansøgning blev afvist«.

72 Det fremgår af den appellerede doms præmis 56, at denne præmis sammenfatter de punkter i den anfægtede afgørelse, som Retten har fundet afgørende, og gennemgår Rettens grunde til at anse disse punkter for at være tilstrækkelige. Efter denne sammenfatning og gennemgang konkluderer Retten i præmissens sidste sætning, at KWS rådede over de oplysninger, der var nødvendige for at forstå den anfægtede afgørelse og at anfægte dens lovlighed ved Fællesskabets retsinstanser.

73 Det følger heraf, at denne præmis i den appellerede dom indeholder en tilstrækkelig begrundelse.

74 Det tredje anbringendes andet led er således ugrundet.

75 Det tredje anbringende må følgelig forkastes i sin helhed.

Det fjerde anbringende

76 Med det fjerde anbringende har KWS gjort gældende, at vurderingen af, om varemærker bestående i en farve har fornødent særpræg, skal ske efter de samme principper, som anvendes ved vurderingen af, om andre varemærketyper som navnlig ord- og figurmærker har fornødent særpræg, og at der ikke må stilles højere krav. Det er ligegyldigt, om der for de ansøgte varer og tjenesteydelser findes andre farver, der tjener som en angivelse af bestemte egenskaber. Det skal derimod undersøges, om den ansøgte farve i det konkrete tilfælde af offentligheden opfattes som en angivelse af bestemte egenskaber. Når flere producenter anvender forskellige farver til at angive bestemte egenskaber, vil offentligheden samtidig i disse farver se en oplysning om producenten. Det må derfor anerkendes, at der består fornødent særpræg. I den foreliggende sag anser den berørte kundekreds ikke farven orange som en angivelse af de omhandlede varers og tjenesteydelsers egenskaber, og det kan udelukkes, at farven anvendes til dekorative eller funktionelle formål. Det må følgelig anerkendes, at varemærket har fornødent særpræg.

77 I den appellerede dom har Retten ifølge KWS anlagt følgende urigtige skøn. Retten har for det første anvendt et strengere kriterium for farvemærker end for andre varemærker. Retten har endvidere taget fejl af kriteriet fornødent særpræg, der udelukkende betegner evnen til at angive handelsmæssig oprindelse. Endelig har Retten sat sin egen opfattelse i stedet for på den berørte kundekreds' opfattelse.

78 Hvad angår kriterierne for bedømmelsen af det fornødne særpræg ved forskellige slags varemærker har Retten med rette i den appellerede doms præmis 29 anført, at artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ikke skelner mellem tegn af forskellig art. Retten har imidlertid, ligeledes med rette, bemærket, at den relevante kundekreds' opfattelse ikke nødvendigvis er 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 de varer, det betegner. Selv om kundekredsen er vant til umiddelbart at opfatte ordmærker eller figurmærker som tegn, der identificerer varens handelsmæssige oprindelse, er dette ikke nødvendigvis tilfældet, når tegnet går i ét med varens ydre fremtoning [jf. vedrørende de identiske bestemmelser i artikel 3, stk. 1, litra b), i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21.12.1988 indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1) dom af 6.5.2003, sag C-104/01, Libertel, Sml. I, s. 3793, præmis 65].

79 I denne forbindelse bemærkes, at en farve i sig selv som følge af den brug, der er gjort deraf, kan have fået fornødent særpræg for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke den søges registreret, jf. artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94. Hvad derimod angår en farve i sig selv kan den kun undtagelsesvist antages at have fornødent særpræg før brug, hvilket navnlig kan være tilfældet, når antallet af varer og tjenesteydelser, som varemærket søges registreret for, er meget begrænset, og det relevante marked er meget specifikt [jf. Libertel-dommen, præmis 66 og 67, vedrørende de identiske bestemmelser i artikel 3, stk. 1, litra b), og stk. 3, i direktiv 89/104].

80 Hvad angår anlæggene til bearbejdning, der henhører under klasse 7 og 11, har Retten i den appellerede doms præmis 39 og 40 for det første fastslået, at KWS ikke har fremført forhold, der giver mulighed for at opstille en kategori af varer, for hvilke bestemte farver ikke sædvanligvis anvendes, og for det andet, at det ikke er usædvanligt at se maskiner med den ansøgte farve eller en lignende farve.

81 I relation til landbrugs-, skovbrugs- og havebrugsprodukterne, der henhører under klasse 31, har Retten i den appellerede doms præmis 33 fastslået, at det ikke er udsædvanligt at anvende farver, herunder den orange nuance, der er ansøgt om, eller meget nærliggende nuancer.

82 Det følger heraf, at Retten for det første ikke har anvendt et strengere kriterium for farvemærker end for andre varemærker, og at den for det andet, i betragtning af at det omhandlede varemærke manglede fornødent særpræg i forhold til de varer, som det var søgt registreret for, ikke har foretaget en forkert retsanvendelse i forhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

83 Det fjerde anbringende må herefter forkastes som ugrundet.

84 Hvad angår spørgsmålet om rigtigheden af Rettens udtalelse om den relevante kundekreds' opfattelse vedrørende anvendelsen af farver for de omhandlede varer, bemærkes, at der er tale om en bedømmelse af faktisk karakter.

85 Det følger imidlertid af artikel 225 EF og artikel 58 i Domstolens statut, at en appel kun kan støttes på anbringender om overtrædelse af retsregler, og at enhver bedømmelse af de faktiske omstændigheder er udelukket.

86 Heraf følger, at det fjerde anbringende, for så vidt det rejser tvivl om Rettens udtalelser om den relevante kundekreds' opfattelse, ikke kan antages til realitetsbehandling.

87 Det fjerde anbringende må herefter forkastes i sin helhed.

88 Da ingen af de af KWS anførte anbringender er taget til følge, skal appellen forkastes.

Sagens omkostninger

89 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, som i medfør af nævnte reglements artikel 118 finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at KWS tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da selskabet har tabt sagen, bør det i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets påstand herom pålægges at betale sagens omkostninger.

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

1) Appellen forkastes.

2) KWS Saat AG betaler sagens omkostninger.

Underskrifter