RETTENS DOM (Anden Afdeling)

19. september 2001 *

I sag T-118/00,

Procter & Gamble Company, Cincinnati, Ohio (USA), ved advokaterne C. van Nispen og G. Kuipers, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved A. von Mühlendahl, D. Schennen og C. Røhl Søberg, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

angående en påstand om annullation af afgørelse af 3. marts 2000 (sag R 516/1999-1) fra Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i Det Indre Marked (Varemærker og Design), der er meddelt sagsøgeren den 7. marts 2000,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, A.W.H. Meij, og dommerne A. Potocki og J. Pirrung,

justitssekretær: fuldmægtig D. Christensen,

på grundlag af stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 3. maj 2000,

på grundlag af svarskrift indleveret til Rettens Justitskontor den 28. juli 2000,

og efter mundtlig forhandling den 5. april 2001,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Den 13. oktober 1998 indgav sagsøgeren i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret, en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«).

2 Det tredimensionale varemærke, som der er ansøgt om registrering af, fremtræder i den grafiske fremstilling heraf, som sagsøgeren har indleveret, i form af en firkantet tablet med let afrundede kanter og hjørner, der indeholder to lag, hvoraf det ene er hvidt med grønne prikker (øverste del), og det andet er svagt grønt (nederste del). Der gøres ligeledes krav på farverne.

3 De tjenesteydelser, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 3 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: »vaske- og blegemidler og andre midler til vask og rensning af tøj; præparater til rengøring, polering og fjernelse af pletter samt slibemidler; præparater til vask, rensning og pleje af fade; sæbe«.

4 Ved afgørelse af 17. juni 1999 afslog undersøgeren ansøgningen i henhold til artikel 38 i forordning nr. 40/94 med den begrundelse, at det ansøgte varemærke manglede det fornødne særpræg.

5 Den 13. august 1999 påklagede sagsøgeren i henhold til artikel 59 i forordning nr. 40/94 undersøgerens afgørelse til Harmoniseringskontoret.

6 Klagen blev afvist ved afgørelse af 3. marts 2000 (herefter »den anfægtede afgørelse«).

7 Appelkammeret fandt i det væsentlige, at det ansøgte varemærke manglede det fornødne særpræg. Appelkammeret anførte først, at det fremgår af artikel 4 i forordning nr. 40/94, at en vares form kan registreres som EF-varemærke på betingelse af, at det har tilstrækkeligt usædvanlige og vilkårlige kendetegn, der giver de tilsigtede forbrugere mulighed for at genkende varen på grund af dens udseende som værende fremstillet af den pågældende virksomhed. Under hensyn til de fordele, der er ved vaske- og opvaskemidler i tabletform, understregede appelkammeret dernæst, at sagsøgerens konkurrenter frit skal kunne producere disse også ved brug af de mest simple geometriske former. Efter at have beskrevet det ansøgte varemærke fastslog appelkammeret, at tablettens firkantede form ikke gav den det fornødne særpræg. Ifølge appelkammeret er de grundlæggende geometriske former (firkantet, rund, trekantet, rektangulær) de mest indlysende former for sådanne tabletter, og der er intet vilkårligt eller fantasifuldt ved valget af en firkantet tablet ved fremstillingen af faste vaskemidler. Appelkammeret bemærkede, at det ansøgte varemærkes farver ikke giver mærket det fornødne særpræg. Den hvide farve, der forbindes med ulastelig renhed, er en traditionel farve for sæbe i pulverform, mens den grønne farve, der ligeledes er en grundfarve, tiltrækker blikket og har en positiv konnotation, og den forbindes

med miljøbeskyttelse. Appelkammeret anførte, at anvendelsen af farveprikker er sædvanlig, og at sådanne farveprikker ikke alene er behagelige at se på, men at de ligeledes kan antyde, at der er aktive stoffer i varen, hvorfor de andre producenter frit skal kunne anvende denne virkning. Appelkammeret tilføjede, at Harmoniseringskontoret ganske vist kan tage hensyn til nationale myndigheders afgørelser, men det er ikke bundet heraf.

Parternes påstande

8 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

9 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Formaliteten

Parternes argumenter

10 Sagsøgeren har under den mundtlige forhandling anført, at det foreliggende søgsmål samt de parallelle sager T-117/00, T-119/00, T-120/00, T-121/00 og T-128/00 og T-129/00 i det væsentlige har til formål at opnå en afklaring af den retlige situation for så vidt angår muligheden for at registrere de ansøgte varemærker. Sagsøgeren har den opfattelse, at disse varemærker ikke kan beskyttes i henhold til forordning nr. 40/94. Da der imidlertid er indgivet varemærkeansøgninger, der har til formål at opnå beskyttelse for former, der er tilsvarende den, der er gjort krav på i denne sag og i de ovennævnte parallelle sager, på vegne af visse virksomheder, der findes på markedet, er alle producenter ifølge sagsøgeren tvunget til at forsøge at opnå en tilsvarende beskyttelse for deres egne varer.

11 Harmoniseringskontoret har den opfattelse, at sagsøgeren dermed i det væsentlige har anmodet Retten om at statuere frifindelse. Harmoniseringskontoret har rejst spørgsmålet, om sagsøgeren under disse omstændigheder har nogen retlig interesse.

Rettens bemærkninger

12 Ifølge fast retspraksis kan annullationssøgsmål, der er anlagt af en fysisk eller juridisk person, kun admitteres, såfremt sagsøgeren har en retlig interesse i, at den pågældende retsakt annulleres. En sådan interesse forudsætter, at annullationen

af den pågældende retsakt i sig selv kan have retsvirkninger (jf. Rettens dom af 14.9.1995, forenede sager T-480/93 og T-483/93, Antillean Rice Mills m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2305, præmis 59, og den deri omtalte retspraksis). Det samme gælder for en sag, der er anlagt i henhold til artikel 63 i forordning nr. 40/94.

13 Sagsøgeren har i denne sag anmodet om registrering af et tredimensionalt varemærke, der er i tabletform, og denne ansøgning er blevet afvist af undersøgeren, hvilken afvisning er stadfæstet af appelkammeret. Sagsøgerens interesse i, at appelkammerets afgørelse, der ikke tager sagsøgerens påstande til følge, annulleres, påvirkes ikke af den opfattelse, som sagsøgeren kan have for så vidt angår det mere eller mindre ønskelige i, at den valgte form for det ansøgte tredimensionale varemærke beskyttes i henhold til varemærkeretten. Sagsøgerens retlige interesse kan derfor ikke benægtes i denne sag.

Realiteten

14 Sagsøgeren har i det væsentlige påberåbt sig to anbringender. Det første vedrører tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Det andet vedrører tilsidesættelse af begrundelsespligten. Disse to anbringender er i den foreliggende sag snævert forbundet, hvorfor de skal behandles samlet.

Parternes argumenter

15 Sagsøgeren har for det første anført, at det ansøgte varemærke set i sin helhed er usædvanligt, har fantasifulde kendetegn og har det minimale særpræg, der kræves for at kunne registreres.

16 Sagsøgeren er dernæst fremkommet med bemærkninger, der dels angår det ansøgte varemærkes form, design og farver, og dels det forhold, at varemærket ved behandlingen af varemærkeansøgningen skal bedømmes i sin helhed. Endelig er sagsøgeren fremkommet med en argumentation vedrørende nødvendigheden af en ensartet anvendelse af forordning nr. 40/94.

17 Hvad angår varemærkets form, har sagsøgeren anført, at det fremgår af artikel 4 i forordning nr. 40/94, at det ikke er forbudt, at et varemærke består af varens form.

18 Sagsøgeren har kritiseret, at appelkammeret tog den interesse i betragtning, som alle producenter har i frit at kunne anvende den form, der er gjort krav på. Ifølge sagsøgeren er det ikke relevant at tage denne interesse i betragtning, når det skal afgøres, om et varemærke mangler det fornødne særpræg i den forstand, udtrykket anvendes i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, men alene inden for rammerne af en undersøgelse af varemærkeansøgningen i henhold til samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra e).

19 For så vidt som appelkammeret under drøftelsen af artikel 7, stk. 1, litra b), har villet henvise til registreringshindringen i samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra e), har sagsøgeren bemærket, at der kan vælges andre tabletformer, hvilket endda kan være at foretrække, såsom rektangulære eller runde former. Der findes derudover ifølge sagsøgeren andre former for vaskemidler, såsom pulver eller flydende vaskemiddel.

20 Sagsøgeren har understreget, at der ved tabletter kan skabes et andet udseende ikke alene ved anvendelsen af forskellige grundformer, og for så vidt angår den rektangulære form ved variationer i længde og størrelse, men ligeledes ved

variationer i tablettens tykkelse. Sagsøgeren har heraf udledt, at tablettens firkantede form i denne sag kan anses for at være usædvanlig og have en fantasifuld karakter for et vaskemiddel i forhold til andre tabletter, der fandtes på markedet på det tidspunkt, hvor varemærkeansøgningen blev indgivet.

21 Hvad angår tablettens design, herunder især prikkerne, har sagsøgeren den opfattelse, at betragtningerne vedrørende prikkernes funktion som angivelse af, at der er visse aktive stoffer i varen, selv hvis det antages, at de er korrekte, ikke er relevante for bedømmelsen af det fornødne særpræg i den forstand, udtrykket anvendes i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Disse betragtninger kan ifølge sagsøgeren alene spille en rolle ved anvendelsen af registreringshindringen i artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94, der ikke har betydning i den foreliggende sag. Sagsøgeren har bemærket, at selskabet ikke forstår, hvorfor den omstændighed, at en del af det ansøgte varemærke, der tilsyneladende er behageligt at se på, er til hinder for registrering af varemærket i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Sagsøgeren har, for så vidt angår de to lag, anført, at appelkammeret ikke har fremsat nogen bemærkning herom, og at selskabet således ikke forstår, hvorfor appelkammeret har den opfattelse, at et sådan design ikke har fornødent særpræg. Sagsøgeren har anført, at både prikkerne og det forhold, at der er to lag, herunder det særlige forhold mellem disse to lag, der følger af deres respektive tykkelse, tilføjer den form, der er gjort krav på, og som skal ses som en helhed, et vilkårligt, usædvanligt og fantasifuldt element. Sagsøgeren har den opfattelse, at tablettens prikker og to lag er to kendetegn, der giver omsætningskredsen mulighed for at adskille selskabets varer fra andre virksomheders.

22 Hvad angår det ansøgte varemærkes farver har sagsøgeren bemærket, at det er fastslået, at et tegn, der består af en farvekombination, kan have egentligt fornødent særpræg, og at selv en enkelt farve i visse tilfælde kan have fornødent særpræg. De varemærker, der består af en kombination af to eller tre farver, der anvendes med en bestemt form (en firkantet tablet af en vis tykkelse) og et bestemt design (i denne sag to lag), har dermed bestemt et minimum af fornødent særpræg. Ifølge sagsøgeren gør denne konklusion sig også gældende, selv hvis appelkammerets opfattelse af, dels at den hvide farve, der forbindes med ulastelig

renhed, er den traditionelle farve for sæbe i pulverform, og dels at den grønne farve tiltrækker blikket og har en positiv konnotation, anses for at være korrekt. Sagsøgeren har i øvrigt anfægtet denne opfattelse, der ikke på nogen måde er godtgjort. Sagsøgeren har under alle omstændigheder påstået, at det ansøgte varemærke har fornødent særpræg, idet en af de i registreringsansøgningen beskrevne farver er svagt grøn.

23 For så vidt angår bedømmelsen af varemærket har sagsøgeren anført, at det fornødne særpræg skal bedømmes i forhold til det pågældende varemærke i sin helhed. Selv hvis de elementer, som varemærket består af, isoleret set skal anses for ikke at være tilstrækkeligt usædvanlige eller fantasifulde til at kunne give varemærket fornødent særpræg, skaber den særlige kombination af elementer (form, design og farve) ifølge sagsøgeren et tegn med fornødent særpræg, der kan registreres.

24 Appelkammerets argument om, at de elementer, som det ansøgte varemærke består af, skal holdes til rådighed for at kunne anvendes af alle producenter, kan således ikke anvendes til at modsætte sig registreringen af det ansøgte varemærke. Selv hvis et sådan argument kan anses for at være relevant inden for rammerne af en indsigelse i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, hvilket sagsøgeren har bestridt, skal bedømmelsen af denne indsigelse foretages i forhold til det ansøgte varemærke i sin helhed og ikke i forhold til de elementer, det isoleret set består af.

25 Sagsøgeren har understreget, at selskabets varemærkeansøgninger alene har til formål at opnå enerettigheder for den særlige kombination af hver af disse varemærkers særlige kendetegn (form, design og farver) og ikke for, f.eks., at forhindre de andre producenter i at anvende den grønne farve til deres vaskemidler. Sagsøgeren har erklæret sig parat til at afgive erklæringer om afkald med dette formål, såfremt Retten anser det for nødvendigt. Sagsøgeren har tilføjet, at det fremgår af adskillige registreringsansøgninger til Harmoniseringskontoret om tredimensionale varemærker for vaskemidler i tabletform, at variationen i disse tabletters udseende er næsten ubegrænset.

26 For så vidt endelig angår bemærkningerne om nødvendigheden af en ensartet anvendelse af forordning nr. 40/94 har sagsøgeren gjort gældende, at tredimensionale varemærker, der er tilsvarende sagsøgerens, er blevet godtaget i et vist antal medlemsstater, hvor varemærkeretten er blevet harmoniseret på grundlag af Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT L 40, s. 1), herunder Frankrig, Det Forenede Kongerige, Belgien, Nederlandene og Luxembourg. Det skal i denne forbindelse præciseres, at for disse tre sidstnævnte stater er registreringen af ovennævnte varemærke sket ved Benelux-landenes Varemærkemyndighed. Ligeledes har Harmoniseringskontoret ifølge sagsøgeren offentliggjort følgende varemærkeansøgninger:

— ansøgning nr. 809 830 indgivet på vegne af Benckiser NV om et varemærke i form af en rund tablet, der indeholder to lag i blå og hvid

— ansøgning nr. 924 829 indgivet på vegne af sagsøgeren om et varemærke i form af en rektangulær tablet, der indeholder farverne blå, grøn og hvid.

27 Sagsøgerne har i denne forbindelse endvidere anført, at Harmoniseringskontoret har godtaget visse tredimensionale varemærker for farvet tandpasta, selv om der kunne have været fremsat indsigelser, der svarede til dem i denne sag over for sagsøgerens varemærkeansøgning, for så vidt angår hver af disse varemærkers form, design og farve. Sagsøgeren har den opfattelse, at det ansøgte varemærke skulle have været genstand for samme behandling. Sagsøgeren har tilføjet, at selskabet fremsatte indsigelser over for ovennævnte varemærkeansøgninger, der navnlig havde til formål at henlede opmærksomheden på uensartetheden i Harmoniseringskontorets anvendelse af bestemmelserne i forordning nr. 40/94 på tredimensionale varemærker.

28 Harmoniseringskontoret har anført, at det ansøgte tredimensionale varemærke vedrører produkter til vaskemaskine eller opvaskemaskine i tabletform og udgør selve varen.

29 Med henblik på at bedømme berettigelsen af det ansøgte EF-varemærke for denne nye vare har Harmoniseringskontoret først beskrevet udviklingen i forskellige fremstillinger af vaskemaskine- og opvaskemaskineprodukter på markedet og fordelene ved fremstillingen heraf i tabletform.

30 Harmoniseringskontoret har for det andet redegjort for de principper, der er bestemmende for registreringen af tredimensionale varemærker, idet det har henvist til forskellige registreringshindringer, der kan spille en rolle i denne sammenhæng.

31 Ifølge Harmoniseringskontoret har et varemærke det fornødne særpræg i den forstand, dette udtryk anvendes i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, hvis det medfører, at de varer eller tjenesteydelser, for hvilke der er ansøgt om registrering af et varemærke, kan adskilles i kraft af deres oprindelse og ikke i kraft af deres art eller andre kendetegn.

32 Ifølge Harmoniseringskontoret forbinder forbrugerne imidlertid ikke i almindelighed en vares form med dens oprindelse. For at forbrugerne kan opfatte en vares form i sig selv som et middel til identifikation af varens oprindelse, kræves det ifølge Harmoniseringskontoret, at denne form har en »særegenhed«, der tiltrækker forbrugernes opmærksomhed.

33 Harmoniseringskontoret har anført, at bedømmelsen af en vareforms fornødne særpræg skal ske i tre faser. Det skal først undersøges, hvilke former den pågældende vare findes i. Dernæst skal det undersøges, om den ansøgte form adskiller sig fra disse former på en måde, der kan opfattes af forbrugeren. Endelig skal det afgøres, om denne særlige form er egnet til at betegne varens oprindelse.

34 Harmoniseringskontoret har understreget, at varens art og den måde, hvorpå forbrugeren anvender varen, er vigtige for analysens tredje fase. Harmoniseringskontoret har præciseret, at forbrugeren for så vidt angår tabletter, der skal anvendes til vaskemaskine og opvaskemaskine, tager tabletterne ud af emballagen for omgående at lægge dem i disse maskiner og således bruger varens emballage, der bærer producentens ordmærke, og ikke denne vares nøjagtige form eller farve, til at genkende varen i en købssituation.

35 Ifølge Harmoniseringskontoret er de retlige kriterier til bedømmelse af det fornødne særpræg for tredimensionale varemærker, der som i den foreliggende sag består af selve varens form, hverken anderledes eller strengere end de kriterier, der anvendes på andre varemærker. Harmoniseringskontoret har imidlertid anført, at en vares form ikke betegner varens oprindelse på samme måde som ord eller figurelementer, der anbringes på varen eller dens emballage.

36 Harmoniseringskontoret har for det tredje foretaget en analyse af det ansøgte varemærke.

37 Ifølge Harmoniseringskontoret er det ansøgte varemærkes rektangulære form ikke usædvanlig og er ikke fantasifuld, men den er tværtimod banal og gængs på markedet.

38 Hvad angår farverne har Harmoniseringskontoret den opfattelse, at tilføjelsen af et svagt grønt lag ikke giver det ansøgte tegn det fornødne særpræg, og at prikkerne ligeledes er uden betydning i denne forbindelse. Harmoniseringskontoret mener, at der ikke er tale om en kombination af farver, når kun én farve anvendes sammen med grundfarven (hvid eller grå) for produkter til vaskemaskine eller opvaskemaskine.

39 Ifølge Harmoniseringskontoret kan anvendelsen af farver for visse lag eller dele af en tablet ikke give varemærket i sin helhed det fornødne særpræg. Harmoniseringskontoret har for det første anført, at grundfarverne, såsom grøn eller blå, er sædvanlige inden for vaskemiddelssektoren og giver visse positive indtryk, navnlig friskhed eller evnen til at rengøre. For det andet har Harmoniseringskontoret anført, at de farver, der anvendes i tablettens forskellige lag eller dele, angiver, at der er flere aktive ingredienser, og tjener således til at oplyse forbrugeren om varens egenskaber, hvilket er understreget i den reklame, der er foretaget for de pågældende tabletter. For det tredje har Harmoniseringskontoret påstået, at det fremgår af måden, hvorpå tabletterne anvendes, at forbrugeren ikke anser deres farver for en betegnelse af varens oprindelse, og dette gælder især for grundfarverne og deres kombinationer.

40 Ifølge Harmoniseringskontoret er anvendelsen af prikker sædvanlig og kan angive, at der anvendes visse aktive ingredienser. Prikkerne oplyser om graden af ensartethed i det råstof, der udgør vaskepulveret eller vaskemiddeltabletten, men betegner på ingen måde varens oprindelse. Prikkerne kan i denne sag ikke udgøre en »struktur«. Harmoniseringskontoret har anført, at prikkernes lille størrelse og deres meget lidt slående svagt grønne nuance ikke lader dem få indflydelse på det samlede visuelle indtryk, som tabletten giver.

41 For så vidt angår undersøgelsen af varemærket i sin helhed har Harmoniseringskontoret den opfattelse, at kombinationen af alle disse kendetegn, der ikke har fornødent særpræg, ikke giver det ansøgte varemærke det fornødne særpræg. Det fornødne særpræg kan navnlig ikke udledes af, at alle tabletterne er forskellige fra hinanden.

42 Harmoniseringskontoret har den opfattelse, at det ikke kan udledes af det forhold, at sagsøgerens konkurrenter har valgt andre farver til deres tabletter, at farverne kan anvendes til at adskille varerne efter oprindelse. Valget af forskellige farver kan ifølge Harmoniseringskontoret forklares med det store antal varemærkeansøgninger, der, siden deres nylige introduktion på markedet, er indgivet for produkter til brug for vaskemaskine eller opvaskemaskine til de forskellige nationale varemærkemyndigheder og til EF-varemærkemyndigheden. Harmoniseringskontoret har understreget, at eftersom visse nationale varemærkemyndigheder har beskyttet varemærket, kan en producent ikke præsentere sin vare i en form, der svarer til et af en konkurrent registreret varemærke eller endog blot et varemærke, som konkurrenten har indgivet ansøgning om, før situationen er afklaret gennem en retsafgørelse.

43 Harmoniseringskontoret har tilføjet, idet det har henvist til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, at farverne teoretisk set gennem brug kan opnå det fornødne særpræg, men det skal være godtgjort. I denne sag har sagsøgeren ifølge Harmoniseringskontoret aldrig påberåbt sig, at det fornødne særpræg skulle være opnået gennem brug.

44 Hvad angår argumentet om, at sagsøgeren ikke bør være den eneste virksomhed, der har ret til at sælge produkter til vaskemaskine eller opvaskemaskine i tabletform, mener Harmoniseringskontoret, at det er relevant ved anvendelsen af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Ifølge Harmoniseringskontoret kan henvisningen til dette argument ikke fortolkes således, at appelkammeret i denne sag anvendte en autonom registreringshindring indeholdende et krav om, at varemærket skal holdes til rådighed (»Freihaltebedürfnis«). Dette sidste indebærer, at Harmoniseringskontoret for at afvise en varemærkeansøgning skal godtgøre en specifik og konkret legitim interesse fra konkurrenternes side i at anvende det samme varemærke. Harmoniseringskontoret har i den foreliggende sag anført, at appelkammeret blot understregede, at registreringen af den form, der er gjort krav på, som EF-varemærke har uønskede konsekvenser for markedets funktion. Det er ifølge Harmoniseringskontoret nødvendigt ved artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 at tage de konsekvenser i betragtning, der er ved registreringen af visse ord, tegn eller grundformer og banale former, idet der er risiko for at fratage varemærkeordningen eller ordningen med industriel ejendomsret deres grundlæggende funktion, der er at fremme en loyal konkurrence.

45 Hvad for det fjerde angår den anfægtede afgørelses påståede manglende sammenhæng med Harmoniseringskontorets andre afgørelser har Harmoniseringskontoret anført, at det har afvist alle ansøgninger om runde eller rektangulære tabletter til vaskemaskine eller opvaskemaskine, og at disse afvisninger er blevet stadfæstet af appelkamrene i alle de tilfælde, hvor de har skullet træffe afgørelse. Harmoniseringskontoret har anført, at varemærkeansøgning nr. 809 830 og nr. 924 829 er blevet offentliggjort i EF-Varemærketidende, men at de pågældende varemærker ikke er blevet registreret. Selv om det i øvrigt antages, at Harmoniseringskontoret reelt har registreret disse varemærker, er sådanne afgørelser fejlagtige, og sagsøgeren kan ikke henholde sig hertil til støtte for, at der træffes en afgørelse, der er en gentagelse af denne fejl.

46 Hvad angår de registrerede varemærker for tandpasta har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at det ikke er muligt at foretage en sammenligning med det i denne sag ansøgte varemærke, ikke alene fordi der er blevet ansøgt om registrering af figurmærker, men også fordi varerne og deres anvendelse samt varemærkernes kendetegn er anderledes.

47 For så vist angår de nationale varemærkemyndigheders praksis har Harmoniseringskontoret anerkendt, at sagsøgerens registrering af et varemærke, der er identisk med det i denne sag, i flere eller alle medlemsstater er et forhold, som — uden at være bestemmende — kan tages i betragtning ved registreringen af et EF-varemærke. Harmoniseringskontoret har i denne forbindelse anført, at sagsøgeren aldrig har gjort gældende, at selskabet har opnået registrering af det i denne sag ansøgte varemærke i Det Europæiske Fællesskabs medlemsstater.

48 Hvad angår registreringen af varemærker, der er tilsvarende det, der er ansøgt om registrering af i denne sag, hos medlemsstaternes nationale varemærkemyndigheder, har Harmoniseringskontoret anført, at disse varemærkemyndigheders praksis ikke er ensartet.

49 Harmoniseringskontoret har den opfattelse, at selv hvis sagsøgeren var den første til at markedsføre produkter til vaskemaskine eller opvaskemaskine i tabletform, er det fastslået, at den rektangulære form ikke desto mindre er sædvanlig. Harmoniseringskontoret har bemærket, at selv hvis denne form først er blevet sædvanlig efter datoen for indleveringen af EF-varemærkeansøgningen, kan varemærket ikke registreres. Harmoniseringskontoret har i denne forbindelse anført dels, at den første brug af en banal eller sædvanlig form ikke i sig selv giver denne form særpræg, og dels at det fornødne særpræg ligeledes skal være til stede på datoen for varemærkets registrering.

Rettens bemærkninger

50 Spørgsmålet, om et varemærke har det fornødne særpræg, skal bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke der er ansøgt om registrering af varemærket.

51 For så vidt angår de varer, som sagsøgeren har henvist til i sin EF-varemærkeansøgning, nemlig »vaske- og blegemidler og andre midler til vask og rensning af tøj; præparater til rengøring, polering og fjernelse af pletter samt slibemidler; præparater til vask, rensning og pleje af fade; sæbe«, som findes i klasse 3 i Nice-arrangementet, udgøres det varemærke, der er ansøgt registreret i denne sag, af formen og af farvekombinationen af selve varen.

52 Det fremgår af artikel 4 i forordning nr. 40/94, at både varens form og farverne findes blandt de tegn, der kan udgøre et EF-varemærke. At en kategori af tegn generelt kan udgøre et varemærke, er imidlertid ikke ensbetydende med, at de tegn, der tilhører denne kategori, nødvendigvis har det fornødne særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 i forhold til en bestemt vare eller tjenesteydelse.

53 I henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er »varemærker, der mangler fornødent særpræg«, udelukket fra registrering. Det må antages, at et varemærke har det fornødne særpræg, når det medfører, at de varer eller tjenesteydelser, med hensyn til hvilke der er ansøgt om registrering, kan adskilles i henhold til deres oprindelse. Det er hertil ikke nødvendigt, at mærket giver præcise oplysninger om identiteten af den producent, der har fremstillet varen, eller den, der har præsteret tjenesteydelsen. Det er tilstrækkeligt, at varemærket giver mulighed for, at den pågældende omsætningskreds kan adskille den vare eller tjenesteydelse, som det omfatter, fra dem, der har en anden kommerciel oprindelse, og at det giver mulighed for at fastslå, at alle de varer eller tjenesteydelser, som det omfatter, er blevet fremstillet, markedsført eller leveret under kontrol af varemærkeindehaveren, der er ansvarlig for deres kvalitet (jf. i denne henseende Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 28).

54 Det fremgår af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, at det er tilstrækkeligt med et minimum af fornødent særpræg for, at registreringshindringen i denne artikel ikke finder anvendelse. Det skal således undersøges — inden for rammerne af en a priori-undersøgelse og uden enhver hensyntagen til den brug, der er gjort af tegnet i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 — om det ansøgte varemærke giver den tilsigtede omsætningskreds mulighed for at adskille de omhandlede varer fra dem, der har en anden kommerciel oprindelse, når den skal træffe sit valg i en købssituation.

55 Artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 skelner ikke mellem de forskellige varemærkekategorier. Kriterierne for bedømmelse af det fornødne særpræg for tredimensionale varemærker, der udgøres af selve varens form, er således ikke anderledes end dem, der finder anvendelse på andre varemærkekategorier.

56 Der skal ikke desto mindre ved anvendelsen af disse kriterier tages hensyn til det forhold, at opfattelsen i den pågældende omsætningskreds ikke nødvendigvis er

den samme ved tredimensionale varemærker, der består af selve varens form og farver, og ved ordmærker, figurmærker eller tredimensionale varemærker, der ikke består af varens form. Mens forbrugerne er vant til umiddelbart at opfatte de sidstnævnte varemærker som tegn, der identificerer varen, gælder dette ikke nødvendigvis, når tegnet er sammenfaldende med selve varens fremtræden.

57 Det skal anføres, at de varer, for hvilke der er ansøgt om registrering i den foreliggende sag, er forbrugsgoder, der er vidt udbredte. Den relevante omsætningskreds for disse varer er gruppen af samtlige forbrugere. Det ansøgte varemærkes fornødne særpræg skal således bedømmes under hensyntagen til den formodede forventning hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger (jf. analogt Domstolens dom af 16.7.1998, sag C-210/96, Gut Springenheide og Tusky, Sml. I, s. 4657, præmis 30, 31 og 32).

58 Opfattelsen af varemærket i den pågældende omsætningskreds påvirkes for det første af gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau, der kan variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om (jf. Domstolens dom af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 26). Det skal i denne forbindelse fastslås, at da der er tale om dagligvarer, er gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau over for formen og farven af tabletter til vaskemaskine eller opvaskemaskine ikke højt.

59 For at bedømme, om kombinationen af den omtvistede tablets form og farvelægning i omsætningen kan opfattes som en oprindelsesbetegnelse, skal det helhedsindtryk, som denne kombination giver, analyseres (jf. analogt Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis

23), hvilket ikke er uforeneligt med en undersøgelse af de forskellige ydre træk hver for sig.

60 Den tredimensionale form, for hvilken der er ansøgt om registrering, nemlig en firkantet tablet, hører til de geometriske grundformer og er en af de former, der er naturlig for en tablet til brug i vaskemaskine eller opvaskemaskine. Tablettens let afrundede hjørner svarer til praktiske overvejelser og kan ikke af gennemsnitsforbrugeren opfattes som en særegenhed ved den form, der er gjort krav på, og som er egnet til at adskille den fra andre tabletter til vaskemaskine eller opvaskemaskine.

61 Hvad angår den omstændighed, at der er to lag, hvoraf det ene er hvidt med grønne prikker og det andet grønt, skal det anføres, at den pågældende omsætningskreds er vant til, at der er forskellige farveelementer i et vaskemiddel. Pulver, som er den form, disse varer traditionelt udbydes i, har oftest en meget lys grå eller beige farve og synes næsten hvidt. Som sagsøgeren selv har anført under den mundtlige forhandling, indeholder det ofte partikler i en eller flere forskellige farver. Den reklamering, som sagsøgeren og de andre vaskemiddelproducenter foretager, fremhæver, at disse partikler viser, at der er forskellige aktive stoffer. De farvede partikler henviser således til visse kvaliteter ved varen, uden at de kan anses for en beskrivende betegnelse i henhold til artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94. Det kan imidlertid ikke udledes af, at denne sidstnævnte registreringshindring ikke finder anvendelse, at de farvede elementer nødvendigvis giver det ansøgte varemærke det fornødne særpræg. Dette særpræg mangler, når den tilsigtede omsætningskreds, som det er tilfældet i denne sag, bibringes den opfattelse, at de farvede elementer skal forstås som en henvisning til visse kvaliteter ved varen, og ikke som en betegnelse af dens oprindelse. Muligheden for, at forbrugerne ikke desto mindre kan blive vant til at genkende varen i kraft af dens farver, er ikke i sig selv tilstrækkelig til at fjerne registreringshindringen i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. En sådan udvikling i omsætnin-

gens opfattelse kan, når den er fastslået, alene tages i betragtning i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

62 For så vidt angår det forhold, at den anfægtede tablet ud over de farvede prikker indeholder et grønt lag, skal først behandles sagsøgerens klagepunkt vedrørende appelkammerets manglende begrundelse for dets vurdering af, at farvefordelingen ikke giver det ansøgte varemærke det fornødne særpræg. Det skal i denne henseende anføres, at tilstedeværelsen af to lag er nævnt i den beskrivelse af varemærket, som appelkammeret fremkom med i den anfægtede afgørelses punkt 15. Denne konstatering er ikke udtrykkeligt gentaget i den anfægtede afgørelses punkt 18 og 19, der omhandler bedømmelsen af det fornødne særpræg for så vidt angår tablettens farvelægning. Til støtte for sin opfattelse af, at anvendelsen af tabletter med forskellige farvekombinationer er sædvanlig, henviste appelkammeret i den anfægtede afgørelse imidlertid som eksempel til to varer, der er markedsført i tabletform, og som hver indeholder to lag i forskellige farver. Det følger heraf, at appelkammeret har den opfattelse, at en tablet, der indeholder to lag i forskellige farver, ikke har det fornødne særpræg, idet denne form er sædvanlig. Den anfægtede afgørelse er således i denne henseende tilstrækkeligt begrundet.

63 Det skal dernæst anføres, at appelkammerets bedømmelse af, at tilstedeværelsen af et farvet og et prikket lag ikke er tilstrækkeligt til, at tablettens fremtræden kan anses for at betegne varens oprindelse, er berettiget. Når det drejer sig om at sammensætte forskellige stoffer i et produkt til vaskemaskine eller opvaskemaskine, der er i tabletform, er tilføjelsen af både prikker og et lag en af de løsninger, der falder meget naturligt.

64 Hvad angår den grønne farve skal det bemærkes, at anvendelsen af grundfarver, såsom blå eller grøn, er gængs og endog typisk for vaskemidler. Anvendelsen af andre grundfarver, såsom rød eller gul, er en af de naturligt forekommende variationer af den form, disse varer typisk udbydes i. Det samme gælder for disse

farvers forskellige nuancer. Sagsøgerens argument om, at det ansøgte varemærke har fornødent særpræg, da et af tablettens lag er farven »svagt grøn«, skal derfor afvises.

65 Det følger heraf, at det ansøgte tredimensionale varemærke består af en kombination af ydre træk, der er naturlige og typiske for den pågældende vare.

66 Det skal tilføjes, at forskellige mulige kombinationer af disse ydre træk kan opnås ved at variere de geometriske grundformer og ved at kombinere varens grundfarve med en anden grundfarve i et af tablettens lag eller i farvede prikker. De forskelle, der herved fremkommer for så vidt angår de forskellige tabletters fremtræden, er ikke tilstrækkelige til, at de for hver af disse tabletter kan anvendes som betegnelse for varens oprindelse, når det som i denne sag drejer sig om variationer af varens grundformer, der virker naturlige.

67 Hvad angår det helhedsindtryk, der fremgår af den omtvistede tablets form og farvelægning, giver det ansøgte varemærke ikke den pågældende omsætningskreds mulighed for at adskille de omhandlede varer fra dem, der har en anden kommerciel oprindelse, når den skal træffe sit valg i en købssituation.

68 Det skal tilføjes, at konstateringen af det ansøgte varemærkes manglende evne til umiddelbart og uafhængigt af brugen af mærket — i den forstand, udtrykket anvendes i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 — at betegne varens oprindelse, ikke modsiges af det større eller mindre antal tilsvarende tabletter,

der allerede findes på markedet. Det er derfor ikke nødvendigt i den foreliggende sag at behandle spørgsmålet, om varemærkets fornødne særpræg skal bedømmes på tidspunktet for registreringsansøgningens indgivelse eller på datoen for den faktiske registrering.

69 Hvad dernæst angår sagsøgerens argumenter om de nationale varemærkemyndigheders praksis, skal det bemærkes, at registreringer, der allerede er foretaget i medlemsstaterne, er et forhold, som — uden at være bestemmende — alene kan tages i betragtning ved registreringen af et EF-varemærke (Rettens dom af 16.2.2000, sag T-122/99, Procter & Gamble mod Harmoniseringskontoret (en sæbes form), Sml. II, s. 265, præmis 61, og af 31.1.2001, sag T-24/00, Sunrider mod Harmoniseringskontoret (VITALITE), Sml. II, s. 449, præmis 33). Endvidere fremgår det af sagsøgerens besvarelse af et spørgsmål fra Retten, at et varemærke, der er identisk med det, der er ansøgt om i denne sag, kun er blevet registreret af Benelux-landenes Varemærkemyndighed, mens registrering er blevet nægtet i Tyskland. I Det Forenede Kongerige er registeringsproceduren for et identisk varemærke udsat i afventelse af resultatet af den foreliggende tvist, og i Frankrig er den tilsvarende registreringsansøgning blevet trukket tilbage. For så vidt mere generelt angår de nationale varemærkemyndigheders praksis vedrørende tredimensionale varemærker, der udgøres af tabletter til vaskemaskine eller opvaskemaskine, fremgår det af Harmoniseringskontorets besvarelse af Rettens spørgsmål, at den ikke er ensartet. Appelkammeret kan derfor ikke bebrejdes, at det ikke har taget hensyn til den nævnte praksis.

70 For så vidt angår Harmoniseringskontorets egen praksis fremgår det af Harmoniseringskontorets besvarelse af Rettens spørgsmål, at de EF-varemærkeansøgninger, som sagsøgeren har påberåbt sig, er blevet offentliggjort, ikke har ført til registreringer. Den ene af de pågældende ansøgninger er blevet afvist af undersøgeren efter, at den foreliggende sag er anlagt, og denne afgørelse behandles i øjeblikket af appelkammeret. Ifølge Harmoniseringskontoret må det antages, at den anden ansøgning vil blive afvist. Under disse omstændigheder er argumentet om offentliggørelse af disse ansøgninger under alle omstændigheder blevet grundløst. For så vidt angår registreringen af visse varemærker for tandpasta, som sagsøgeren har påberåbt sig, må det tilføjes, at disse varemærker og den vare, for hvilken disse varemærker er ansøgt registreret, er anderledes end det pågældende varemærke og den pågældende vare i denne sag. Harmonise-

ringskontorets praksis vedrørende registrering af varemærker for tandpasta kan således ikke anses for at være af relevans for den foreliggende sag.

71 Sagsøgeren argumenter vedrørende Harmoniseringskontorets og visse nationale varemærkemyndigheders praksis skal dermed afvises.

72 Det følger heraf, at appelkammeret med rette konkluderede, at det ansøgte tredimensionale varemærke mangler fornødent særpræg.

73 For så vidt angår sagsøgerens argumentation vedrørende Appelkammerets hensyntagen til nødvendigheden af at holde den omtvistede tablets form og farver til rådighed skal det bemærkes, at de absolutte registreringshindringer i artikel 7, stk. 1, litra b) til e), i forordning nr. 40/94 er udtryk for fællesskabslovgivers ønske om at undgå anerkendelse til fordel for en virksomhed, der får eneret, hvilket kan hindre konkurrence på markedet for de pågældende varer eller tjenesteydelser (jf. for så vidt angår den absolutte registreringshindring, der er forbundet med tegnets fornødne særpræg, Domstolens dom af 4.5.1999, forenede sager C-108/97 og C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Sml. I, s. 2779, præmis 25). Den interesse, som konkurrenterne til den, der har ansøgt om registrering af et tredimensionalt varemærke, der udgøres af en fremstilling af varen, kan have i frit at kunne vælge deres egen vares form og farver, kan imidlertid i sig selv hverken være en begrundelse for at nægte registrering eller et kriterium, der i sig selv er tilstrækkeligt til at bedømme varemærkets fornødne særpræg. Ved at udelukke registrering af tegn, der mangler det fornødne særpræg, beskytter artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ikke interessen i at forskellige varianter af en vares fremtræden holdes til rådighed, i det omfang varens fremtræden, for hvilken der er ansøgt om registrering, ikke umiddelbart og uafhængigt af brugen i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 kan udfylde et varemærkes funktion, dvs. at give den tilsigtede omsætningskreds mulighed for at adskille den pågældende vare fra varer af en anden kommerciel oprindelse.

74 Det skal anføres, at hvis appelkammeret i den anfægtede afgørelse har lagt meget betydelig vægt på betragtningerne vedrørende interessen i at undgå en monopolisering af en vare gennem varemærkeretten, følger det imidlertid ikke heraf, at appelkammeret ikke i denne sag har taget hensyn til de kriterier, der skal anvendes ved bedømmelsen af det ansøgte varemærkes fornødne særpræg. Appelkammeret har nemlig i den anfægtede afgørelses punkt 11 anført, at en vares form kan registreres som EF-varemærke »på betingelse af, at det har tilstrækkeligt usædvanlige og vilkårlige kendetegn, der giver de tilsigtede forbrugere mulighed for at genkende varen på grund af dens udseende som værende fremstillet af den pågældende virksomhed«. Appelkammeret har således i det væsentlige anvendt et kriterium, der er i overensstemmelse med de principper, der ovenfor er redegjort for.

75 På baggrund af ovenstående betragtninger bør sagsøgte frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

76 I medfør af procesreglementets artikel 87, stk. 3, kan Retten fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter, eller hvor der foreligger ganske særlige grunde. Da den anfægtede afgørelses ordlyd kunne give anledning til tvivl i denne sag med hensyn til, om Appelkammeret foretog en korrekt anvendelse af artikel 7, stk. 1, litra b) i forordning nr. 40/94, og da den således har bidraget til tvistens opståen, bestemmes, at hver part skal bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling)

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

2) **Hver part bærer sine egne omkostninger.**

Meij Potocki Pirrung

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 19. september 2001.

H. Jung

Justitssekretær

A.W.H. Meij

Afdelingsformand