DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

29. april 2004 *

I de forenede sager C-468/01 P — C-472/01 P,

Procter & Gamble Company, Cincinnati (USA), ved advocaten C. van Nispen og G. Kuipers,

appellant,

angående appel af fem domme afsagt den 19. september 2001 af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (Anden Afdeling) i sag T-117/00, Procter & Gamble mod KHIM (firkantet tablet i hvid og svagt grøn), (Sml. II, s. 2723), i sag T-118/00, Procter & Gamble mod KHIM (firkantet tablet i hvid med grønne prikker og svagt grøn), (Sml. II, s. 2731), i sag T-119/00, Procter & Gamble mod KHIM (firkantet tablet i hvid med gule og blå prikker), (Sml. II, s. 2761), i sag T-120/00, Procter & Gamble mod KHIM (firkantet tablet i hvid med blå prikker), (Sml. II, s. 2769), og i sag T-121/00, Procter & Gamble mod KHIM (firkantet tablet i hvid med grønne og blå prikker), (Sml. II, s. 2777), hvori der er nedlagt påstand om ophævelse af disse domme,

* Processprog: engelsk.

den anden part i appelsagen:

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

sagsøgt i første instans,

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling),

sammensat af V. Skouris som fungerende formand for Sjette Afdeling og dommerne J.N. Cunha Rodrigues, J.-P. Puissochet, R. Schintgen og F. Macken (refererende dommer),

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: ekspeditionssekretær M. Múgica Arzamendi,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 2. oktober 2003, hvorunder Procter & Gamble Company var repræsenteret ved C. van Nispen og G. Kuipers og Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) var repræsenteret ved D. Schennen og A. von Mühlendahl, som befuldmægtiget,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 6. november 2003,

afsagt følgende

Dom

1 Ved appelskrifter indleveret til Domstolens Justitskontor den 6. december 2001 har Procter & Gamble Company (herefter »Procter & Gamble«) i medfør af artikel 49 i EF-statutten for Domstolen iværksat appel af domme afsagt af Retten i Første Instans den 19. september 2001 i sag T-117/00, Procter & Gamble mod KHIM (firkantet tablet i hvid og svagt grøn), (Sml. II, s. 2723, herefter »dom i sag T-117/00«), i sag T-118/00, Procter & Gamble mod KHIM (firkantet tablet i hvid med grønne prikker og svagt grøn), (Sml. II, s. 2731, herefter »dom i sag T-118/00«), i sag T-119/00, Procter & Gamble mod KHIM (firkantet tablet i hvid med gule og blå prikker), (Sml. II, s. 2761, herefter »dom i sag T-119/00«), i sag T-120/00, Procter & Gamble mod KHIM (firkantet tablet i hvid med blå prikker), (Sml. II, s. 2769, herefter »dom i sag T-120/00«), og i sag T-121/00, Procter & Gamble mod KHIM (firkantet tablet i hvid med grønne og blå prikker), (Sml. II, s. 2777, herefter »dom i sag T-121/00«) (herefter tilsammen »de appellerede domme«), hvorved Retten frifandt Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i sagerne om annullation af afgørelser af 29. februar, af 3. marts og af 8. marts 2000 truffet af Tredje Appelkammer ved Harmoniseringskontoret (sag R 509/1999-1, R 516/1999-1, R 519/1999-1, R 520/1999-1 og R 529/1999-1), som afviste Procter & Gambles klager over, at registreringen af tabletter i tredimensional form til vaskemaskine eller opvaskemaskine som EF-varemærker var blevet nægtet (herefter »de anfægtede afgørelser«).

2 Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 20. marts 2003 blev sagerne C-468/01 P — C-472/01 P forenet med henblik på den mundtlige forhandling og domsafsigelsen.

Retsforskrifter

3 Artikel 4 i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1) bestemmer:

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

4 Samme forordnings artikel 7 har følgende ordlyd:

»1. Udelukket fra registrering er:

a) tegn, som ikke opfylder betingelserne i artikel 4

b) varemærker, som mangler fornødent særpræg

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

[...]

3. 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.«

Sagens baggrund

5 Den 13. oktober 1998 indgav Procter & Gamble en ansøgning til Harmoniseringskontoret om registrering som EF-varemærker af følgende tredimensionale former, der fremtræder som firkantede tabletter med let afrundede kanter og hjørner:

— en tablet, der indeholder to lag, hvoraf det ene er hvidt og det andet er svagt grønt (sag C-468/01 P)

— en tablet, der indeholder to lag, hvoraf det ene er hvidt med grønne prikker og det andet er svagt grønt (sag C-469/01 P)

— en hvid tablet med gule og blå prikker (sag C-470/01 P)

— en hvid tablet med blå prikker (sag C-471/01 P)

— en hvid tablet med grønne og blå prikker (sag C-472/01 P).

6 De varer, 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«.

7 Ved afgørelser af 17. juni 1999 afslog undersøgeren ved Harmoniseringskontoret ansøgningerne med den begrundelse, at de varemærker, der er søgt registreret, mangler fornødent særpræg og af den grund ikke kan registreres i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

8 Ved de anfægtede afgørelser stadfæstede Tredje Appelkammer ved Harmoniseringskontoret undersøgerens afgørelser, idet det for hvert af de varemærker, der søges registreret, fandt, at det helt mangler fornødent særpræg i nævnte bestemmelses forstand.

9 Appelkammeret anførte indledningsvis, at det fremgår af artikel 4 i forordning nr. 40/94, at en vares form kan registreres som EF-varemærke på betingelse af, at den har tilstrækkeligt usædvanlige og vilkårlige kendetegn til, at de tilsigtede forbrugere allerede på grund af varens udseende kan genkende den som værende fremstillet af den pågældende virksomhed. Under hensyn til de fordele, der er ved vaske- og opvaskemidler i tabletform, understregede appelkammeret dernæst, at Procter & Gambles konkurrenter frit skal kunne producere disse også ved brug af de mest simple geometriske former. Ifølge appelkammeret er de grundlæggende geometriske former (firkantede, runde, trekantede, rektangulære) 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 endelig, at de pågældende varemærkers farver ikke giver dem det fornødne særpræg.

Retsforhandlingerne ved Retten og de appellerede domme

10 Ved stævninger indleveret til Rettens Justitskontor den 3. maj 2000 har Procter & Gamble anlagt fem sager om annullation af de anfægtede afgørelser.

11 I dom i sag T-118/00 fastslog Retten, at appelkammeret ved Harmoniseringskontoret med rette havde konkluderet, at det ansøgte tredimensionale varemærke manglede det fornødne særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Dommen er begrundet som følger:

»52 Det fremgår af artikel 4 i forordning nr. 40/94, at både varens form og farver 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 [berørte kunde]kreds 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 [retning] 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 [kunde]kreds 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 [berørte kunde]kreds 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 [berørte kunde] kreds 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 30-32).

58 Opfattelsen af varemærket [hos] den [berørte kunde]kreds 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 af og farven på tabletter til vaskemaskine eller opvaskemaskine ikke højt.

59 For at bedømme, om kombinationen af den omtvistede tablets form og farvelægning i offentligheden 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 [berørte kunde] kreds er vant til, at der er forskellige farveelementer i et vaskemiddel. [...] 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 [kunde]kreds, 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 offentlighedens opfattelse kan, når den er fastslået, alene tages i betragtning i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

[...]

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 [berørte kunde]kreds 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.

[...]

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 [beskrivende karakter], 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 [kun] 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 [berørte kunde]kreds 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 [formen] 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.«

12 I de fire andre appellerede domme er Retten nået frem til samme konklusion. Præmis 51-73 i dom i sag T-117/00 er i det væsentlige affattet på samme måde, som præmis 52-74 i dom i sag T-118/00, som er gengivet i ovenstående præmis. Også præmis 51-71 i dommene i sagerne T-119/00 — T-121/99 er i det væsentlige affattet på samme måde som præmis 52-61 og præmis 64-74 i dom i sag T-118/00.

13 I de appellerede domme frifandt Retten herefter Harmoniseringskontoret i de af Procter & Gamble anlagte sager til prøvelse af de anfægtede afgørelser.

Appelsagerne

14 I appelsagerne har Procter & Gamble nedlagt påstand om ophævelse af de appellerede domme og om, at Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

15 Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om frifindelse og om, at Procter & Gamble tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

16 Procter & Gamble har til støtte for appelsagerne gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved sin fortolkning af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Dette eneste anbringende er nærmere bestemt opdelt i fem led om:

— de ansøgte varemærkers fornødne særpræg

— behovet for at betragte mærket i sin helhed

— definitionen af gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsgrad

— tidspunktet for vurderingen af, om de omtvistede varemærker har fornødent særpræg

— kriteriet vedrørende brugen af et varemærke.

17 Harmoniseringskontoret har anført, at Retten ikke i de appellerede domme har begået en retlig fejl ved fortolkningen og anvendelsen af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

Anbringendets første led om varemærkets fornødne særpræg

Parternes argumenter

18 Med anbringendets første led har Procter & Gamble gjort gældende, at det ikke er nødvendigt at undersøge — således som Retten har gjort — om varens geometriske form er en form, det falder naturligt at anvende, eller om tabletternes let afrundede hjørner af gennemsnitsforbrugeren opfattes som en særegenhed ved den form, der er søgt registreret som varemærke, som er egnet til at adskille dem fra andre tabletter til vaskemaskine eller opvaskemaskine. Det egentlige spørgsmål er, om tabletternes form, deres let afrundede hjørner, de anvendte farver og designet (prikker eller lag), allerede på det relevante tidspunkt var en sædvanlig udformning af de tabletter, der fandtes på markedet, og, hvis dette ikke var tilfældet, hvorvidt forskellen var så væsentlig, at den kunne give varemærkerne fornødent særpræg.

19 Hvad nærmere angår de farvede bestanddele af de omhandlede tabletter har Procter & Gamble påstået, at selv om de hver for sig ikke betegner tabletternes oprindelse, er de en del af deres samlede fremtræden og er med til at give varemærkerne fornødent særpræg. Desuden vil kombinationen af grundfarver og disse farvers forskellige nuancer, i modsætning til hvad Retten har fastslået, kunne være et gyldigt varemærke for en hel kategori af varer, såsom vaskemidler.

20 Retten fandt, at de ansøgte varemærkers manglende evne til at betegne varens oprindelse ikke kunne anfægtes med henvisning til det større eller mindre antal tilsvarende tabletter, der allerede fandtes på markedet. Procter & Gamble har imidlertid gjort gældende, at hvis der på det relevante tidspunkt ikke fandtes nogen tilsvarende tablet på markedet, ville de omhandlede tabletters fremtræden i væsentlig grad adskille sig fra de eksisterende former og således have fornødent særpræg.

21 Ifølge Harmoniseringskontoret har Retten foretaget en korrekt anvendelse af de kriterier, der er fastsat i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 til bedømmelse af, om et varemærke har fornødent særpræg, idet fornødent særpræg, både hvad angår den berørte kundekreds og de omhandlede varer, skal bedømmes i forhold varens særlige egenart. Retten har endvidere vurderet hvert varemærke i sin helhed, idet den, som krævet, har taget hensyn til dets enkelte bestanddele, dets funktion og hvordan det opfattes af de berørte forbrugere. Harmoniseringskontoret finder endvidere, at Retten med rette har undladt at tage hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt Procter & Gamble, eller firmaets konkurrenter, på tidspunktet for registreringsansøgningens indgivelse faktisk anvendte identiske eller lignende tabletter til vaskemaskine eller opvaskemaskine.

22 Hvad angår spørgsmålet om fornødent særpræg har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at et varemærke har et sådant særpræg, når de omhandlede varer eller tjenesteydelser ved hjælp af varemærket kan adskilles på grund af deres handelsmæssige oprindelse og ikke på grund af deres egenskaber eller kendetegn. Denne fortolkning af begrebet fornødent særpræg, som er den, Retten har anlagt, er den eneste fortolkning, der er i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 og med definitionen af et varemærke og dets funktion.

23 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at den omstændighed, at Retten har konstateret, at den berørte kundekreds' opfattelse ikke nødvendigvis er den samme, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, der består af selve varens form, som når der er tale om et ordmærke, er af væsentlig betydning i den foreliggende sag. Mens forbrugerne er vant til umiddelbart at opfatte ordmærker som tegn, der identificerer varen, gælder dette ikke nødvendigvis, når tegnet er sammenfaldende med selve varens fremtræden.

24 Ifølge Harmoniseringskontoret vil selve formen, når der ikke findes andre bestanddele, der normalt anvendes som tegn — f.eks. indgraverede ord — som hovedregel ikke af gennemsnitsforbrugeren umiddelbart blive opfattet som et varemærke, medmindre der er tale om en særegen form. Det er således nødvendigt at fastslå, hvilke særegne former der kan give en vares form fornødent særpræg,

og dette skal gøres i forhold til varemærkets funktioner. En positiv definition vil kunne bestå i et krav om, at formen skal være tilstrækkelig opfindsom, vilkårlig eller udsædvanlig. En negativ definition vil kunne bestå i et krav om, at former og/eller kombinationen af former og farver, der er almindeligt anvendte, indlysende eller banale, mangler fornødent særpræg.

25 I det foreliggende tilfælde er det helhedsindtryk, der fremgår af de omhandlede tabletter i de enkelte sager, der har givet anledning til de appellerede domme, at der mangler fornødent særpræg. Ingen af disse tabletter besidder et sådant fornødent særpræg, at det sætter gennemsnitsforbrugeren i stand til at forbinde dem med en bestemt producent, medmindre der foreligger reklamer og/eller en udstrakt brug, altså i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

26 Hvad angår det kriterium, som Procter & Gamble foreslår anvendt — hvorefter det først bør undersøges, hvad der er den pågældende vares sædvanlige fremtræden på markedet, og dernæst, om det varemærke, der er søgt registreret, har en form, der for forbrugeren i væsentlig grad adskiller det fra de eksisterende — vil dette kriterium nemlig indebære, at et tredimensionalt mærke skulle kunne registreres, når blot betingelsen om, at det skal adskille sig fra enhver anden form, er opfyldt, hvilket ville være i strid med artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

27 En sådant kriterium ville betyde, at der skulle stilles de samme betingelser ved registrering af varemærker som dem, der kræves opfyldt ved registrering af design eller mønstre. Selv om Harmoniseringskontoret anerkender, at en og samme bestanddel kan være beskyttet i henhold til forskellige systemer inden for den industrielle ejendomsret, er det ifølge kontoret af afgørende betydning, at der for hver af disse systemer foretages en særskilt anvendelse af de definitioner og betingelser, som svarer til beskyttelsen, der er knyttet til systemet.

Domstolens bemærkninger

28 I henhold til artikel 4 i forordning nr. 40/94 kan et EF-varemærke bestå af alle tegn, der kan gengives grafisk, for så vidt disse tegn er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders.

29 Det fremgår af den nævnte bestemmelse, at både en vares form og dens farver er blandt de tegn, som et EF-varemærke kan bestå af. Et tegn, der består af den tredimensionale form af en tablet til vaskemaskine eller opvaskemaskine, sammenholdt med farvelægningen af nævnte tablet, kan derfor i princippet udgøre et varemærke, hvis de to betingelser, der blev nævnt i ovennævnte præmis, er opfyldt.

30 Som det dog med rette er blevet fastslået af Retten i præmis 52 i dom i sag T-118/00 og i de tilsvarende præmisser i dommene i sagerne T-117/00 og T-119/00 — T-121/00, er den omstændighed, at et tegn generelt kan udgøre et varemærke i henhold til artikel 4 i forordning nr. 40/94, imidlertid ikke ensbetydende med, at tegnet 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.

31 I henhold til sidstnævnte bestemmelse er varemærker, der mangler fornødent særpræg, udelukket fra registrering.

32 At et varemærke har fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 betyder, at varemærket er egnet til at identificere den vare, for hvilken det er søgt registreret, som hidrørende fra en bestemt virksomhed, og dermed til at adskille denne vare fra andre virksomheders (jf. vedrørende artikel 3,

stk. 1, litra b), i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), hvilken bestemmelse er identisk med nævnte artikel 7, stk. 1, litra b), dom af 8.4.2003, forenede sager C-53/01 — C-55/01, Linde m.fl., Sml. I, s. 3161, præmis 40).

33 Hvorvidt et varemærke har fornødent særpræg skal dels bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret, dels i forhold til den opfattelse, som den relevante kundekreds, der består af en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger af de pågældende varer eller tjenesteydelser, har af mærket (jf. Linde m.fl.-dommen, præmis 41, og dom af 12.2.2004, sag C-363/99, Koninklijke KPN Nederland, Sml. I, s. 1619, præmis 34).

34 Det fremgår i denne forbindelse af de appellerede dommes begrundelse, at Retten ikke har begået nogen retlig fejl ved sin fortolkning af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

35 Retten har nemlig i overensstemmelse med Domstolens faste praksis vurderet, at de omhandlede varemærker mangler fornødent særpræg, når disse bedømmes dels i forhold til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke mærkerne er søgt registreret, dels i forhold til den opfattelse, som den relevante kundekreds har, idet kundekredsen i disse sager består af alle forbrugere.

36 Retten har ligeledes med rette fastslået, at kriterierne for bedømmelsen af, om tredimensionale varemærker, der består af selve varens form, har fornødent særpræg, er de samme som dem, der finder anvendelse på andre varemærkekategorier. Retten har imidlertid med henblik på anvendelsen af disse kriterier erindret om, at den relevante kundekreds' opfattelse ikke nødvendigvis er den samme, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, der består af varens

form og farver, som når der er tale om et ord- eller figurmærke, der består af et tegn, som er uafhængigt af fremtrædelsesformen for de varer, det betegner. Gennemsnitsforbrugerne er nemlig ikke vant til at udlede varers oprindelse ud fra deres eller deres emballages form uden noget grafisk eller tekstmæssigt element, og det kan således vise sig vanskeligere at bevise, at varemærket har særpræg, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, end når der er tale om et ord- eller figurmærke (jf. i denne retning Linde m.fl.-dommen, præmis 48, og dom af 12.2.2004, sag C-218/01, Henkel, Sml. I, s. 1725, præmis 52).

37 Det følger heraf, at desto mere den form, der søges registreret, ligner den form, som der er størst sandsynlighed for, at den omhandlede vare vil antage, desto mere sandsynligt er det, at den pågældende form mangler fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Det er kun et varemærke, der afviger betydeligt fra normen eller branchesædvanen og derfor opfylder sin grundlæggende oprindelsesfunktion, som ikke mangler fornødent særpræg i henhold til den nævnte bestemmelse (jf. vedrørende den identiske bestemmelse i artikel 3, stk. 1, litra b), i det første direktiv 89/104, Henkel-dommen, præmis 49).

38 Da Retten fastslog, at varemærkerne, der søges registreret, mangler fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, begik den følgelig ikke en retlig fejl i forhold til denne bestemmelse og Domstolens relevante praksis.

39 For så vidt angår Rettens konkrete anvendelse af kriterierne i denne sag bemærkes, at den indebærer bedømmelser af faktisk karakter. Det er alene Retten, der har kompetence til dels at fastlægge sagens faktiske omstændigheder — når bortses fra tilfælde, hvor den faktiske urigtighed af Rettens konstateringer fremgår af de aktstykker, den har fået forelagt — dels at bedømme disse faktiske omstændigheder. Bedømmelsen af de faktiske omstændigheder udgør derfor ikke — medmindre der er tale om en forkert gengivelse af de for Retten fremlagte beviser — et retsspørgsmål, der som sådan er underlagt Domstolens efterprøvelse under en appelsag (jf. dom af 19.9.2002, sag C-104/00 P, DKV mod KHIM, Sml. I, s. 7561, præmis 22).

40 Rettens konstateringer indeholder i denne sag intet, der kan give anledning til at formode, at de for Retten fremlagte beviser er blevet forkert gengivet.

41 Under henvisning til det anførte må anbringendets første led om et varemærkes fornødne særpræg forkastes som ugrundet.

Anbringendets andet led om behovet for at betragte mærket i sin helhed

Parternes argumenter

42 Procter & Gamble har med anbringendets andet led gjort gældende, at Retten ved bedømmelsen af, om kombinationen af de omhandlede tabletters form og farvelægning i den berørte kundekreds kan opfattes som en angivelse af disses oprindelse, reelt ikke har foretaget en analyse af det helhedsindtryk, som denne kombination giver, således som det kræves efter retspraksis. Retten har foretaget en detaljeret undersøgelse af hver enkelt af de forskellige bestanddele, der udgør disse tabletter, og har draget sine konklusioner på baggrund af denne undersøgelse, men den har ikke reelt analyseret det helhedsindtryk, som de omhandlede specifikke kombinationer giver.

43 Harmoniseringskontoret har anfægtet dette led af anbringendet, idet det har anført, at Retten med rette har behandlet de omtvistede varemærker i deres helhed, selv om den, ligeledes med rette, har fastslået, at denne fremgangsmåde ikke udelukker, at den indledningsvis kan foretage en separat analyse af hver enkelt bestanddel af disse varemærker for sig. Harmoniseringskontoret, der selv foretog en sådan analyse, har konkluderet, at det samlede indtryk, som hvert af de omhandlede varemærker giver, er, at der foreligger et tegn uden særpræg.

Domstolens bemærkninger

44 Som det gentagne gange er blevet fastslået af Domstolen, opfatter gennemsnitsforbrugeren normalt et varemærke som en helhed og undersøger ikke de forskellige detaljer (jf. SABEL-dommen, præmis 23, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 25). Følgelig skal der ved bedømmelsen af, hvorvidt et varemærke mangler fornødent særpræg, tages hensyn til det helhedsindtryk, som det giver (jf. SABEL-dommen, præmis 23, og i relation til et ordmærke, dommen i sagen DKV mod KHIM, præmis 24).

45 Den kompetente myndighed har til opgave at kontrollere, om det varemærke, som søges registreret — i den foreliggende sag den grafiske fremtræden af en kombination af formen og farvelægningen af en tablet til vaskemaskine eller opvaskemaskine — af offentligheden kan opfattes som en oprindelsesbetegnelse. Dette udelukker imidlertid ikke, at myndigheden ikke indledningsvis kan foretage en undersøgelse af de forskellige bestanddele, der er anvendt ved udformningen af det omhandlede varemærke. Det kan faktisk være nyttigt, at der i forbindelse med den samlede vurdering, som myndigheden skal foretage, foretages en undersøgelse af hver enkelt af de bestanddele, som det pågældende varemærke består af.

46 I den foreliggende sag har Retten efter en separat undersøgelse af de nævnte bestanddele, således som det fremgår såvel af præmis 59-67 i dom i sag T-118/00 som af de tilsvarende præmisser i dommene i sagerne T-117/00 og T-119/00 — T-121/00, foretaget en vurdering af helhedsindtrykket af de omhandlede tabletters form og farvelægning, som krævet i henhold til den retspraksis, der er nævnt i nærværende doms præmis 44.

47 Det følger heraf, at der ikke i de appellerede domme findes nogen elementer, der kan give anledning til en formodning om, at Retten ikke skulle have foretaget sin vurdering af varemærkernes fornødne særpræg på grundlag af helhedsindtrykket af de mærker, der søges registreret.

48 Det andet led af anbringendet, hvorefter mærket skal betragtes i sin helhed, skal følgelig forkastes.

Anbringendets tredje led om definitionen af gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsgrad

Parternes argumenter

49 Procter & Gamble har med anbringendets tredje led anført, at tabletter til opvaskemaskine ikke — og langt mindre tabletter til vaskemaskine — på tidspunktet for indgivelsen af registreringsansøgningen for de omtvistede varemærker var almindelige forbrugsvarer, og at de på daværende tidspunkt tilhørte segmentet for varer af høj kvalitet på det pågældende marked. Selskabet har på den baggrund gjort gældende — i modsætning til det af Retten fastslåede — at gennemsnitsforbrugeren af de nævnte varer i høj grad var opmærksom på deres fremtræden.

50 Procter & Gamble kan under ingen omstændigheder forstå, hvorfor gennemsnitsforbrugeren ikke skulle have en høj opmærksomhedsgrad i relation til dagligvarer. Efter selskabets opfattelse indebærer den daglige brug af sådanne varer, at forbrugeren hele tiden er opmærksom på deres fremtræden, og bidrager således til, at de får en høj grad af opmærksomhed.

51 Harmoniseringskontoret har anført, at Retten i de appellerede domme har defineret den relevante kundekreds som en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger og har kvalificeret de omhandlede varer som daglige forbrugsvarer. Det, der ifølge Harmoniseringskontoret er

vigtigt i den forbindelse, er, at tabletter til vaskemaskine eller til opvaskemaskine er bestemt til at blive anvendt dagligt af en hvilken som helst forbruger. Den omstændighed, at sådanne tabletter er dyrere end vaskemidler eller opvaskemidler i pulverform, og det forhold, at tabletterne er nye produkter på markedet, indebærer ikke, at der er tale om produkter af højeste kvalitet, som forbrugerne er meget opmærksomme på.

52 Harmoniseringskontoret er desuden af den opfattelse, at det er vigtigt at vide, hvordan de omhandlede tabletter sælges, på hvilken måde de adskiller sig fra andre varer, eller hvilke fordele der er ved dem i forhold til andre former for produkter til vaskemaskine eller opvaskemaskine, og hvordan de faktisk anvendes i vaskeprocessen. Forbrugerne er på intet tidspunkt under anvendelsen af disse tabletter tvunget til eller tilskyndet til at stille yderligere spørgsmål med hensyn til deres form eller deres ydre fremtræden.

Domstolens bemærkninger

53 Rettens konstatering i præmis 58 i dom i sag T-118/00 og i de tilsvarende præmisser i dommene i sagerne T-117/00 og T-119/00 — T-121/00 — hvori den har fastslået, at da der er tale om dagligvarer, er gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau over for formen på og farven på tabletter til vaskemaskine eller opvaskemaskine ikke højt — er en bedømmelse af faktuel karakter og er, således som det blev anført i præmis 39 i denne dom, ikke underlagt Domstolens efterprøvelse under en appelsag, idet den, som det er tilfældet i disse sager, ikke udgør en forkert gengivelse af de for Retten fremlagte faktiske omstændigheder.

54 Herefter må anbringendets tredje led vedrørende definitionen af gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsgrad ligeledes forkastes.

Anbringendets fjerde led vedrørende tidspunktet for vurderingen af, om et varemærke har fornødent særpræg

Parternes argumenter

55 Procter & Gamble har med anbringendets fjerde led påstået, at Retten fejlagtigt har undladt at tage stilling til spørgsmålet om, på hvilket tidspunkt det skal bedømmes, om varemærker, der søges registreret, har fornødent særpræg. I det foreliggende tilfælde bør der ifølge selskabet foretages en undersøgelse af, hvad der på markedet for tabletter til vaskemaskine og til opvaskemaskine var den sædvanlige fremtræden på det tidspunkt, hvor de respektive registreringsansøgninger blev indgivet, og en bedømmelse af, om den måde, hvorpå de ansøgte varemærker fremtræder, for forbrugeren i væsentlig grad adskiller sig herfra.

56 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at Retten i de appellerede domme ikke har fundet det nødvendigt at tage stilling til dette punkt med den begrundelse, at de omhandlede varemærker på tidspunktet for indgivelsen af registreringsansøgningerne manglede fornødent særpræg. Under alle omstændigheder bør de betingelser, der stilles for registrering af et EF-varemærke, ifølge Harmoniseringskontoret være opfyldt såvel på det nævnte tidspunkt som på registreringstidspunktet.

Domstolens bemærkninger

57 Som det fremgår af denne doms præmis 32, har et varemærke fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, hvis det er egnet til at adskille de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret, fra andre virksomheders varer eller tjenesteydelser.

58 I dommene har Retten med rette fastslået — i præmis 68 i dom i sag T-118/00 og i de tilsvarende præmisser i dommene i sagerne T-117/00 og T-119/00 — T-121/00 — at det ikke var nødvendigt at tage stilling til spørgsmålet om, hvilket tidspunkt der var relevant ved bedømmelsen af, om et varemærke har fornødent særpræg i den nævnte bestemmelses forstand, når den havde fastslået, at de varemærker, der er søgt registreret, ikke gør det muligt at fastslå de omfattede varers oprindelse, og at denne konklusion ikke kunne anfægtes med henvisning til det større eller mindre antal tilsvarende tabletter, der allerede fandtes på markedet.

59 Retten har under disse omstændigheder ikke begået nogen retlig fejl ved at fastslå, at det ikke var nødvendigt at tage stilling til spørgsmålet om, på hvilket af de to tidspunkter der skal foretages en bedømmelse af, om de omhandlede varemærker har fornødent særpræg.

60 Anbringendets fjerde led vedrørende det tidspunkt, hvor det skal vurderes, om et varemærke har fornødent særpræg, må derfor ligeledes forkastes som ugrundet.

Anbringendets femte led om kriteriet vedrørende brugen af et varemærke

Parternes argumenter

61 Procter & Gamble har med anbringendets femte led anført, at offentlighedens vane med normalt at opfatte farver som betegnelse for en vares oprindelse er en vane, der kan skabes ved anvendelse af andre tegn eller ved at reklamere for de pågældende tegn, og som henhører under artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 og ikke under artikel 7, stk. 3.

62 Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at spørgsmålet om, hvorvidt et varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug, kun kan rejses i forbindelse med artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

Domstolens bemærkninger

63 Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at bemærke, at dette argument er irrelevant, idet Retten, således som det fremgår af denne doms præmis 31-38, har fortolket artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 korrekt, og, uden at begå nogen retlig fejl, har fastslået, at de varemærker, der er søgt registreret, ikke har fornødent særpræg.

64 Det følger i det hele af det foregående, at appellerne er ugrundede og derfor bør forkastes.

Sagsomkostningerne

65 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, som i medfør af samme reglements artikel 118 finder anvendelse i en appelsag, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at Procter & Gamble tilpligtes at betale sagsomkostningerne, og selskabet har tabt sagen, bør det pålægges det at betale sagsomkostningerne.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

1) **Appellerne forkastes.**

2) **Procter & Gamble Company betaler sagsomkostningerne.**

Skouris Cunha Rodrigues Puissochet

Schintgen Macken

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 29. april 2004.

R. Grass V. Skouris

Justitssekretær Præsident