RETTENS DOM (Anden Afdeling)

5. marts 2003 *

I sag T-194/01,

Unilever NV, Rotterdam (Nederlandene), ved advokaterne V. von Bomhard og A. Renck,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved F. López de Rego og J.F. Crespo Carrillo, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af afgørelse af 22. maj 2001 (sag R 1086/2000-1) fra Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design),

* Processprog: engelsk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, R.M. Moura Ramos, og dommerne J. Pirrung og A.W.H. Meij,

justitssekretær: fuldmægtig D. Christensen,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 13. november 2002,

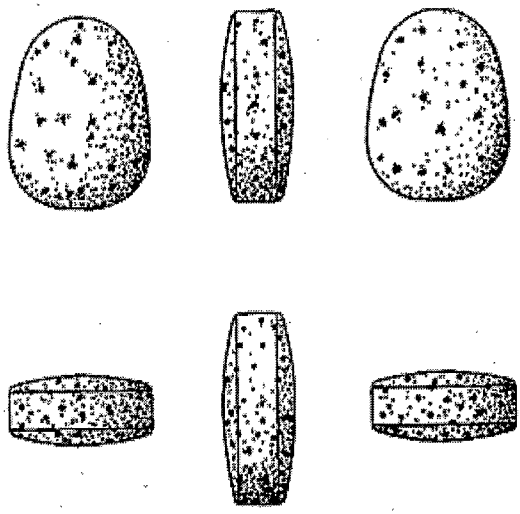
afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder

1 Den 9. december 1999 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, der søges registreret, er følgende:



Der gøres ikke krav på nogen farve.

3 De produkter, som varemærket søges registreret for, 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: »Vaskemidler; varer og stoffer til vask af tøj; varer til behandling af tekstiler; blegemidler; præparater til rengøring, polering og fjernelse af pletter samt slibemidler; produkter til opvask; sæbe; parfumerivarer; æteriske olier; kosmetiske præparater; kosmetisk creme; hårvand; deodoranter til personligt brug; alunsten; slibesten; pimpsten; barbersten; polérkridt; badesalt; blegesalt; svedbekæmpende midler; tandplejemidler; produkter til sminkning; produkter til fjernelse af sminke; toiletartikler«.

4 Ved afgørelse af 7. september 2000 afslog undersøgeren ansøgningen i henhold til artikel 38 i forordning nr. 40/94 med den begrundelse, at det ansøgte varemærke savnede ethvert fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

5 Den 7. november 2000 påklagede sagsøgeren i henhold til artikel 59 i forordning nr. 40/94 undersøgerens afgørelse til Harmoniseringskontoret.

6 Ved afgørelse af 22. maj 2001 (herefter »den anfægtede afgørelse«), som blev meddelt sagsøgeren den 5. juni 2001, annullerede appelkammeret undersøgerens afgørelse, for så vidt som undersøgeren havde afslået ansøgningen for følgende varer: »Parfumerivarer, æteriske olier, kosmetisk creme, hårvand, deodoranter til personligt brug, svedbekæmpende midler og tandplejemidler«. Appelkammeret afviste i øvrigt sagsøgerens klage.

7 Appelkammeret fandt i det væsentlige, at det ansøgte varemærke savnede fornødent særpræg for vaskemidler i fast form og beslægtede varer. Det anførte, at det ansøgte varemærkes uregelmæssige ægform ikke afviger væsentligt fra den skiveform, som sæbe og vaskemidler til daglig brug traditionelt kommer i, selv om den ikke er strengt identisk. Prikkerne på tabletten er også helt almindelige. Tabletter som sagsøgerens er en grundlæggende udformning af salgsemballagen for vaskemidler og en lang række lignende varer. Den pågældende tablet har ingen frit opfundne træk, hvorved den kan adskilles fra andre lignende former på markedet.

Retsforhandlinger og parternes påstande

8 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 14. august 2001 har sagsøgeren anlagt nærværende sag. Den 13. november 2001 har Harmoniseringskontoret indleveret et svarskrift. Sagsøgeren har ikke anmodet om tilladelse til at indgive replik i medfør af artikel 135, stk. 2, i Rettens procesreglement.

9 Retten har som foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse anmodet parterne om at besvare et spørgsmål. Den har endvidere anmodet sagsøgeren om at fremlægge visse dokumenter. Disse begæringer har sagsøgeren efterkommet ved fremlæggelse af et processkrift med bilag. Retten har besluttet at tage sagsøgerens svar på det stillede spørgsmål og de i henhold til anmodningen fremlagte dokumenter til efterretning. Dette svar, der fremgår af processkriftets punkt 1-13, 35 og 36 samt bilag 20 til processkriftet, er følgelig blevet optaget i sagsakten. Retten har i øvrigt afvist at registrere dette processkrift og de andre bilag hertil, som er blevet tilbagesendt til sagsøgeren.

10 I stævningen havde sagsøgeren nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse ændres således, at det ansøgte varemærke vil kunne registreres.

— Subsidiært annulleres den anfægtede afgørelse.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

11 I retsmødet erklærede sagsøgeren, at virksomheden ønskede at begrænse listen over de varer, som varemærket søges registreret for, således at varemærkeansøgningen herefter alene omfatter produkter til opvaskemaskine. Som svar på et spørgsmål fra Retten har sagsøgeren forklaret, at denne erklæring indebærer, at virksomheden frafalder sit andet anbringende om, at begrundelsespligten var tilsidesat med hensyn til en del af de varer, for hvilke appelkammeret bekræftede undersøgerens afgørelse, og at virksomheden herefter alene påstår den anfægtede afgørelse annulleret på grund af en tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Sagsøgeren anmoder herved om, at spørgsmålet om det

ansøgte varemærkes særpræg alene bedømmes i forhold til vaskemaskineprodukter.

12 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

Rækkevidden af sagsøgerens påstande

13 For så vidt angår erklæringerne, som sagsøgeren angav i retsmødet, skal der mindes om, at den, der ansøger om et EF-varemærke, til enhver tid kan rette en anmodning til Harmoniseringskontoret om en begrænsning af fortegnelsen over varer eller 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). Det fremgår af disse bestemmelser, at en begrænsning af fortegnelsen over varer eller tjenesteydelser, der er angivet i en ansøgning om registrering af et EF-varemærke, skal gennemføres efter visse nærmere bestemte regler. Anmodningen, der blev fremsat mundtligt i retsmødet af sagsøgeren, overholder ikke disse regler, og den kan derfor ikke betragtes som en begæring om ændring i de førnævnte bestemmelsers forstand.

14 Erklæringen kan derimod fortolkes således, at sagsøgeren har hævet sagen, for så vidt som virksomheden havde påstået annullation af den anfægtede afgørelse for andre varer end produkterne til opvaskemaskine.

15 En sådan delvis hævelse af sagen er ikke som sådan i strid med forbuddet, der fremgår af artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement, mod, at der for Retten foretages nogen ændring af sagsgenstanden, som den har foreligget for appelkammeret. Idet sagsøgeren nemlig har begrænset annullationspåstanden til alene den del af den anfægtede afgørelse, der vedrører produkterne til opvaskemaskine, anmoder virksomheden ikke Retten om at træffe afgørelse vedrørende andre påstande end dem, der var gjort gældende for appelkammeret. Ved at afstå fra påstanden om annullation af den anfægtede forordning, for så vidt som denne vedrører en hel række andre varer, der henhører under klasse 3 i Nice-arrangementet, har sagsøgeren snarere koncentreret sit søgsmål om de produkter, der primært omfattes af virksomhedens varemærkeansøgning, nemlig en bestemt gruppe vaskemidler i fast form.

16 For så vidt angår sagsøgerens begæring om, at spørgsmålet om det ansøgte varemærkes særpræg udelukkende bedømmes med henblik på produkter til opvaskemaskine, skal det dog bemærkes, at virksomhedens delvise hævelse af sagen ikke berører princippet om, at det under nærværende sag tilkommer Retten at efterprøve lovligheden af appelkammerets afgørelse. Denne efterprøvelse skal foretages under hensyn til de faktiske og retlige omstændigheder i sagen, som den har foreligget for appelkammeret. Heraf følger det, at en part ikke ved delvis at frafalde sine påstande kan ændre de faktiske og retlige omstændigheder, på grundlag af hvilke lovligheden af appelkammerets afgørelse undersøges.

17 Under hensyn til sagsøgerens erklæringer under retsmødet må det fastslås, at virksomheden herefter nedlægger påstand om, at den anfægtede afgørelse kun annulleres i det omfang, denne afviser klagen for så vidt angår produkterne til opvaskemaskine, og at Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Lovligheden af den anfægtede afgørelse

Parternes argumenter

18 Idet sagsøgeren har frafaldet sit andet anbringende vedrørende en tilsidesættelse af begrundelsespligten, gør virksomheden herefter til støtte for søgsmålet som eneste anbringende gældende, at artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er tilsidesat. Dette anbringende er opdelt i fire led. For det første er det sagsøgerens opfattelse, at appelkammeret foretog en fejlagtig fortolkning af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, idet det anvendte strengere kriterier for tredimensionale varemærker end for andre mærker. For det andet gør sagsøgeren gældende, at appelkammeret ikke tog hensyn til situationen på det relevante marked og forbrugernes vaner. For det tredje kritiserer sagsøgeren appelkammeret for ikke at have indset, at det ansøgte varemærke er tilstrækkeligt forskelligt fra de gængse udformninger af tabletter til opvaskemaskine til at have særpræg. For det fjerde henviser sagsøgeren til retspraksis i visse medlemsstater og til de nationale varemærkemyndigheders praksis, som efter virksomhedens opfattelse støtter dens antagelse om, at udformninger af opvaskemaskinetabletter, der er forskellige fra de gængse grundformer, kan beskyttes som EF-varemærker.

19 Med anbringendets første led kritiserer sagsøgeren appelkammeret for at have begået forskelsbehandling mellem tredimensionale varemærker og traditionelle varemærker i strid med artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Sagsøgeren gør gældende, at ifølge forordning nr. 40/94 er hovedreglen den, at det er muligt at registrere et varemærke, hvorimod det er undtagelsen, at der foreligger en registreringshindring i henhold til artikel 7 i forordning nr. 40/94. Bevisbyrden for, at der foreligger en absolut registreringshindring påhviler derfor Harmoniseringskontoret. Appelkammeret vendte op og ned på forholdet mellem hovedregel og undtagelse og foretog en omlægning af bevisbyrden for så vidt angår de tredimensionale varemærker, og især for tabletter til opvaskemaskine. Sagsøgeren minder om, at et minimalt særpræg er tilstrækkeligt til at begrunde, at der registreres et varemærke.

20 Sagsøgeren anser det for en urigtig antagelse, at forbrugerne ikke principielt betragter formerne som en angivelse af varens oprindelse. Efter virksomhedens opfattelse tænker forbrugerne ikke over, hvad der er de daglige forbrugsvarers oprindelse — som de ikke engang kender — men hæfter sig alene ved forskellene mellem de enkelte produkter selv. Varemærkernes funktion er således ikke at være en oprindelsesangivelse, men snarere den funktion at identificere produktet. Med henblik på at adskille produkterne indbyrdes anvender forbrugerne en lang række tegn, herunder varens emballage samt dens farve og form, og blandt disse er varens navn ikke det vigtigste.

21 Sagsøgeren har anført, at det ikke kan begrundes at anvende strengere kriterier for tredimensionale varemærker med henvisning til, at formerne skal stå til rådighed med henblik på at kunne benyttes af alle erhvervsdrivende. For det første gør virksomheden gældende, at dette »friholdelseshensyn« ikke er en selvstændig registreringshindring. For det andet bemærker virksomheden, at det med registreringen af tredimensionale varemærker ikke tilsigtes at monopolisere salget af en bestemt vare, men at beskytte en vares særlige udseende. Sagsøgeren finder endvidere, at man ikke kan begrunde strengere kriterier for tredimensionale varemærker med henvisning til beskyttelsen af mønstre og modeller.

22 Med det andet led i anbringendet kritiserer sagsøgeren appelkammerets konstatering, hvorefter forbrugerne ikke opfatter den ydre udformning af opvaskemidler i tabletform som en oprindelsesangivelse, idet appelkammeret ifølge sagsøgeren alene bygger på generelle betragtninger og ikke på faktiske omstændigheder og beviser. Ifølge sagsøgeren tog appelkammeret ikke hensyn til samtlige omstændigheder i den konkrete sag, som sagsøgeren havde fremlagt for kammeret, navnlig hvad angår situationen på markedet.

23 Hvad markedssituationen angår har sagsøgeren anført, at producenterne af opvaskemidler i tabletform i Europa anvender tabletternes udformning og udseende til at adskille deres produkter fra andre erhvervsdrivendes produkter. Ifølge sagsøgeren har forbrugerne altid været i stand til at skelne mellem forskellige opvaskemidler i form af tabletter på grundlag af disses former og

farver, og de har rent faktisk gjort det. Efter sagsøgerens opfattelse er forbrugerne under alle omstændigheder blevet »oplært« til at gøre det. Virksomheden understreger, at virkningen af denne »oplæring« må holdes adskilt fra spørgsmålet, om et fornødent særpræg er opnået ved brug.

24 Sagsøgeren gør gældende, at det er producenterne af opvaskemidler i tabletform, der kender markedet bedst. Når de har valgt forskellige former og farver til at adskille deres opvaskemidler i fast form fra deres konkurrenters produkter, og når de bestræber sig på at beskytte dem som varemærker, må dette derfor anses for bevis — eller i det mindste som et stærkt indicium — for, at forbrugerne opfatter tabletternes egenskaber, og at de bruger dem, og ikke udelukkende varernes navne, til at orientere sig på markedet.

25 Med anbringendets tredje led anfægter sagsøgeren Harmoniseringskontorets konstatering om, at den i nærværende sag omhandlede tablet er gængs i henseende til udformning og ydre. Sagsøgeren erkender, at runde eller rektangulære tabletter med et eller to farvede lag er blevet almindelige på markedet for opvaskemidler og følgelig kan anses for at savne fornødent særpræg.

26 Sagsøgeren understreger, at den i nærværende sag omhandlede form udgøres af en uregelmæssig oval med flade kanter og store mørke prikker, hvilket minder om formen på en rullesten. Sagsøgeren anfører, at de europæiske forbrugere lægger mærke til opvasketabletters form og farver. Heraf udleder sagsøgeren, at den relevante kundekreds med sikkerhed vil skelne mellem »rullestensformen« og de rundt eller rektangulært udformede tabletter, der generelt anvendes på det pågældende marked. Virksomheden fremhæver, at denne form er den eneste på markedet, og at ingen anden erhvervsdrivende har benyttet den for de pågældende produkter. Virksomheden bemærker, at der på markedet kun er runde eller rektangulære tabletter og angiver eksempler til godtgørelse heraf. Virksomheden tilføjer, at de store og klart synlige prikker, der findes på den i

sagen omhandlede tablet, giver et andet ydre end andre opvasketabletter på markedet, idet prikkerne på disse er meget mindre og ikke kan ses som sådanne. Sagsøgeren finder, at appelkammeret burde have indhentet beviser vedrørende dette spørgsmål til bekræftelse af, at den i sagen omhandlede form var almindelig. Som svar på et spørgsmål fra Retten har sagsøgeren oplyst, at virksomheden for tiden ikke selv markedsfører en tablet til opvaskemaskine i en form som det ansøgte varemærke, hvorfor virksomheden ikke kan fremlægge et tredimensionalt eksemplar af det ansøgte varemærke.

27 Sagsøgeren bemærker, at appelkammeret i den anfægtede afgørelse har erkendt, at den konkret ansøgte form er en uregelmæssig oval form, der ikke er identisk med den normale form for opvaskemidler. Det er efter sagsøgerens opfattelse med urette, at appelkammeret stillede det krav, at det ansøgte varemærke skal adskille sig væsentligt fra de normale former og udvise frit opfundne træk for at kunne registreres.

28 Sagsøgeren tilføjede i retsmødet, at med hensyn til produkter for opvaskemaskine er kun den rektangulære form almindelig på markedet, fordi denne form svarer til formen på de beholdere, der findes i de maskiner, som disse produkter finder anvendelse i. Heraf udleder sagsøgeren, at for så vidt angår opvaskemaskineprodukter er det alene den rektangulære form, der ikke har fornødent særpræg. Efter virksomhedens opfattelse forholder det sig anderledes med den form som »rullesten«, der er tale om i den foreliggende sag. Denne form er ifølge virksomheden enestående og adskiller sig væsentligt fra de gængse grundformer, der hidtil er brugt på markedet. Hertil kommer, at selv om man ville anse denne form for at ligne formen på en rund tablet, som er almindeligt forekommende på markedet for produkter til tøjvask, kan det ikke på dette grundlag antages, at der ikke er noget særpræg med hensyn til produkter til opvaskemaskine.

29 I retsmødet anførte sagsøgeren endvidere, at de former, som opvasketabletter kan forekomme i, udgør et begrænset antal varianter, da de består i sammenpresset opvaskepulver, som risikerede at smuldre, hvis de valgte former var for kunstfærdigt udformet. Efter sagsøgerens opfattelse følger det heraf, at mindre afvigelser i forhold til grundformerne må være tilstrækkelige til, at en form kan anses for at have særpræg.

30 Med anbringendets fjerde led har sagsøgeren henvist til retspraksis og administrativ praksis i visse medlemsstater og til Harmoniseringskontorets egen praksis for dermed at påvise, at de anvendte kriterier i den konkrete sag er for strenge. Sagsøgeren henviser først til domstolsafgørelser i Tyskland, Nederlandene og Italien. Det fremgår ifølge sagsøgeren af denne retspraksis, at visse nationale domstole antager, at opvasketabletter, hvis egenskaber afviger, eventuelt blot lidt, fra disse produkters sædvanlige form, har et tilstrækkeligt særpræg til, at deres udseende er beskyttet som varemærke. Så meget mere finder sagsøgeren, at den i nærværende sag omhandlede form kan beskyttes.

31 Sagsøgeren gør endvidere gældende, at de nationale myndigheder i en række medlemsstater har registreret opvasketabletter i forskellige udformninger uden at kræve, at disse udviser markante forskelle sammenholdt med de gængse udformninger, der allerede findes. Formen på den i nærværende sag omhandlede tablet adskiller sig efter sagsøgerens opfattelse mere fra de sædvanlige former end de varemærker, der er blevet registreret nationalt.

32 Sagsøgeren henviser endelig til Harmoniseringskontorets praksis vedrørende registrering af tredimensionale varemærker for opvaskemidler i tabletform. Sagsøgeren nævner først to offentliggjorte varemærkeansøgninger, nemlig ansøgning nr. 809 830 og 924 829. Sagsøgeren er opmærksom på, at disse ansøgninger ikke har ført til registreringer, men anfører, at undersøgerne åbenbart fandt, at de havde tilstrækkeligt særpræg. Sagsøgeren bemærker, at dette imidlertid fandt sted, før Harmoniseringskontoret principielt vedtog, at opvasketabletter ikke kan registreres, medmindre de udviser markante forskelle sammenlignet med de sædvanlige tabletter. Sagsøgeren gør endvidere gældende, at Harmoniseringskontoret har registreret et vist antal former på opvasketabletter. Efter virksomhedens opfattelse viser disse registreringer, når de ses i modsætning til det afslag, virksomheden fik i denne sag, at der er usikkerhed inden for Harmoniseringskontoret med hensyn til de kriterier, der finder anvendelse ved registreringen af varemærker for opvasketabletter.

33 Sagsøgeren finder, at det ville være i overensstemmelse med formålet med forordning nr. 40/94 og med de nationale myndigheders praksis, såfremt Harmoniseringskontoret accepterede sådanne varemærker, så snart de har et

minimum af særpræg. Det i denne sag omhandlede varemærke har ifølge sagsøgeren et sådant minimalt særpræg. Sagsøgeren erkender, at en sådan praksis vil berøre omfanget af beskyttelsen af de pågældende mærker. Virksomheden finder det dog bedst, at dette omfang fastlægges fra sag til sag af de domstole, som får indbragt sager om varemærkekrænkelse.

34 Harmoniseringskontoret har over for det første led i anbringendet anført, at de af appelkammeret anvendte kriterier ikke er udtryk for en forskelsbehandling mellem tredimensionale varemærker, der udgøres af varens form, og andre varemærker. Ifølge Harmoniseringskontoret har appelkammeret simpelthen anvendt artikel 7 i forordning nr. 40/94 under hensyntagen til de pågældende varers særlige egenskaber og de omstændigheder, hvorunder disse varer afsættes på markedet.

35 Vedrørende det andet led i anbringendet har Harmoniseringskontoret bemærket, at sagsøgeren ikke tager tilstrækkeligt hensyn til betydningen af produktnavnene, når forbrugerne træffer deres valg. Det kritiserer endvidere den af sagsøgeren foretagne markedsanalyse, fordi virksomheden hverken undersøger produkternes pris eller deres kvalitet. Den omstændighed, at billeder af tabletterne findes på produkternes emballage, viser efter Harmoniseringskontorets opfattelse ikke, at disse tabletter har et fornødent særpræg. Efter dettes opfattelse er sagsøgerens påstand om, at forbrugerne er i stand til at skelne mellem forskellige opvasketabletter på grundlag af deres udformninger og deres farver, og at de er blevet oplært til at gøre det, en ren formodning, der ikke er bevismæssigt underbygget for så vidt angår grund- eller standardformerne og de varianter, de naturligt forekommer i.

36 Med hensyn til det tredje led i anbringendet gør Harmoniseringskontoret gældende, at forskellene mellem den form, der er ansøgt registreret, og grundformerne af runde eller rektangulære opvasketabletter ikke vil blive bemærket af forbrugerne. Harmoniseringskontoret har først sammenlignet den grafiske gengivelse af det ansøgte varemærke med gengivelsen af en lignende rund tablet. Kontoret bemærker, at når den omtvistede tablet gengives fra seks forskellige sider, er fire af disse gengivelser identiske med gengivelserne af en rund

tablet, hvorimod ægformen kun ses på to af disse gengivelser. Dernæst anfører Harmoniseringskontoret, at når opvasketabletterne gengives på en emballage, vises de normalt flere sammen og/eller set fra en bestemt vinkel. I begge disse tilfælde kan der ifølge Harmoniseringskontoret ikke ses nogen som helst forskel mellem den i sagen omhandlede ægform og en rund form. Hvad angår prikkerne på varemærkets overflade har Harmoniseringskontoret henvist til Rettens domme af 19. september 2001 vedrørende tredimensionale varemærker (Henkel mod KHIM (rød og hvid rektangulær tablet), sag T-335/99, Sml. II, s. 2581; (grøn og hvid rektangulær tablet), sag T-336/99, Sml. II, s. 2589; (rød og hvid rund tablet), sag T-337/99, Sml. II, s. 2597; Procter & Gamble mod KHIM (hvid og svagt grøn firkantet tablet), sag T-117/00, Sml. II, s. 2723; (firkantet tablet i hvid med grønne prikker og svagt grøn), sag T-118/00, Sml. II, s. 2731; (firkantet hvid tablet med gule og blå prikker), sag T-119/00, Sml. II, s. 2761; (firkantet hvid tablet med blå prikker), sag T-120/00, Sml. II, s. 2769; (firkantet hvid tablet med grønne og blå prikker), sag T-121/00, Sml. II, s. 2777; (firkantet tablet med fordybning), sag T-128/00, Sml. II, s. 2785; (firkantet tablet med fordybning), sag T-129/00, Sml. II, s. 2793). Ifølge disse domme er prikkerne ikke nok til, at en opvasketablet efter sit udseende kan opfattes som en angivelse af varens oprindelse. Efter Harmoniseringskontorets opfattelse kan det ansøgte varemærke ikke adskille de pågældende varer fra varer med en anden oprindelse. Det understreger, at den omtvistede form er almindeligt forekommende eller i hvert fald en naturlig variation af den runde, firkantede eller rektangulære standardform.

37 Hvad endelig angår anbringendets fjerde led har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at den praksis i form af de nationale retters afgørelser, som sagsøgeren har nævnt, ikke længere er relevant efter Rettens domme af 19. september 2001 (nævnt i præmis 36 ovenfor). Harmoniseringskontoret henviser til retspraksis, hvorefter de allerede foretagne registreringer i medlemsstaterne blot udgør et forhold, som — uden at være bestemmende — alene kan tages i betragtning ved registreringen af et EF-varemærke. De af sagsøgeren fremlagte eksempler på registrering viser efter Harmoniseringskontorets opfattelse, at det har fulgt en konsekvent praksis ved registreringen af varemærker for opvasketabletter.

Rettens bemærkninger

38 Ifølge artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er »varemærker, som mangler fornødent særpræg«, udelukket fra registrering.

39 Som det fremgår af retspraksis, er de af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 omfattede varemærker navnlig de varemærker, der ud fra den relevante kundekreds' synspunkt er almindeligt anvendt i omsætningen til at præsentere de pågældende varer eller tjenesteydelser, eller i forhold til hvilke der i det mindste findes konkrete forhold, der gør det muligt at konkludere, at de kan anvendes på denne måde (Rettens dom af 2.7.2002, sag T-323/00, SAT.1 mod KHIM (SAT.2), Sml. II, s. 2839, præmis 37). Sådanne varemærker gør det nemlig ikke muligt for forbrugeren, der køber den vare eller tjenesteydelse, som varemærket betegner, ved et senere køb at vælge den samme, hvis den var en positiv erfaring, eller vælge en anden, hvis det var en negativ erfaring (Rettens dom af 27.2.2002, sag T-79/00, Rewe-Zentral mod KHIM (LITE), Sml. II, s. 705, præmis 26).

40 Spørgsmålet om, hvorvidt et varemærke har det fornødne særpræg, kan derfor kun bedømmes dels i forhold til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke der er ansøgt om registrering, dels under hensyn til, hvorledes det opfattes af den relevante kundekreds (LITE-dommen, præmis 27, og SAT.2-dommen, præmis 37, begge nævnt i den foregående præmis).

41 For så vidt angår de i nærværende sag omhandlede produkter, dvs. produkter for opvaskemaskine, der henhører under klasse 3 i Nice-arrangementet, skal det bemærkes, at det ansøgte varemærke udgøres af selve varens ydre.

42 De i nærværende sag omhandlede tabletter for opvaskemaskine er — ligesom de andre varer henhørende under klasse 3 i Nice-arrangementet, der var omfattet af den oprindelige varemærkeansøgning og af den anfægtede afgørelse — vidt udbredte forbrugsgoder. Den relevante kundekreds 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). Det skal endvidere bemærkes, at opfattelsen af varemærket i den relevante kundekreds, som her udgøres af gennemsnitsforbrugeren, påvirkes af dennes 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).

43 Det er i øvrigt 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 kundekreds 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).

44 Med hensyn til anbringendets første led, hvormed det gøres gældende, at der er forskelsbehandlet mellem tredimensionale varemærker og andre varemærker, skal det bemærkes, at artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ikke skelner 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 [dommen i sagen vedrørende en rektangulær tablet med fordybning, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 50; jf. også vedrørende artikel 2 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) Domstolens dom af 18.6.2002, sag C-299/99, Philips, Sml. I, s. 5475, præmis 48, og vedrørende artikel 3, stk. 1, litra b), i direktiv 89/104/EØF forslag til afgørelse fra advokat Ruiz-Jarabo Colomer, som blev fremsat den 24.10.2002 i de forenede sager C-53/01 — C-55/01, Linde m.fl., endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, punkt 13].

45 Der skal ikke desto mindre ved anvendelsen af disse kriterier tages hensyn til det forhold, at opfattelsen i den relevante kundekreds ikke nødvendigvis er den samme ved tredimensionale varemærker, der består af selve varens ydre, som ved ordmærker, figurmærker eller tredimensionale varemærker, der ikke består af dette ydre. 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 (dommen i sagen vedrørende en rektangulær tablet med fordybning, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 51, og forslag til afgørelse fra generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer, nævnt i præmis 44 ovenfor, punkt 12).

46 Det fremgår af den anfægtede afgørelse, navnlig af dens punkt 14 og 15, at appelkammeret undersøgte det ansøgte varemærke i overensstemmelse med de ovennævnte synspunkter. Følgelig anvendte appelkammeret ikke strengere kriterier for tredimensionale varemærker, der udgøres af produktets form, end for andre varemærker. Det første led i sagsøgerens anbringende er derfor ikke begrundet.

47 Med hensyn til anbringendets andet led, hvormed det gøres gældende, at appelkammeret ikke tog hensyn til situationen på det relevante marked, fremgår det af punkt 7 i den anfægtede afgørelse, at appelkammeret gjorde sig bekendt med sagsøgerens argumenter vedrørende situationen på markedet for produkter til opvask. Det tiltrådte imidlertid ikke sagsøgerens antagelse om, at forbrugerne adskiller de forskellige opvaskemidler, der tilbydes i tabletform, på grundlag af disse tabletters former og farver. Denne vurdering støttede appelkammeret navnlig på det forhold, at producenterne af sådanne tabletter benytter traditionelle varemærker, hvilket ifølge appelkammeret viser, at de samme fabrikanter er usikre med hensyn til, hvorvidt varernes udseende kan fungere som angivelse af den handelsmæssige oprindelse.

48 Det kan i den forbindelse ikke tiltrædes, når sagsøgeren gør gældende, at det påhviler Harmoniseringskontoret på grundlag af konkrete beviser at godtgøre, at forbrugerne ikke opfatter opvasketabletternes præsentation som en oprindelsesangivelse. Der er nemlig tale om daglige forbrugsgoder, som normalt sælges i

emballager, som er påført varernes navn, og på hvilke der hyppigt ses ordmærker eller figurmærker eller andre figurative elementer, heriblandt efter omstændighederne et billede af produktet. For varer, der afsættes på denne måde, er det den generelle erfaring, at gennemsnitsforbrugeren ikke har et højt opmærksomhedsniveau med henblik på varernes ydre. Under disse omstændigheder påhviler det den, der ansøger om et varemærke, at bevise, at forbrugerne på det pågældende marked har andre vaner, og det kan ikke kræves af Harmoniseringskontoret, at det foretager en økonomisk undersøgelse af markedet, eller endog forbrugerundersøgelser, med henblik på at fastslå i hvilket omfang forbrugerne hæfter sig ved den ydre fremtræden af varer, der hører til en vis kategori, Den, der ansøger om et sådant varemærke, er i kraft af sit indgående kendskab til markedet, som sagsøgeren selv har henvist til, langt bedre i stand til at fremlægge konkrete og velunderbyggede indicier vedrørende dette spørgsmål.

49 Sagsøgeren har navnlig gjort gældende, at forbrugerne er blevet »oplært« til at skelne mellem forskellige opvasketabletter på grundlag af deres former og farver. Det fastslås i den forbindelse i Rettens domme af 19. september 2001, som er citeret i præmis 36 ovenfor (navnlig dommen vedrørende en rektangulær tablet med fordybning, præmis 61), at muligheden for, at forbrugerne kan blive vant til at genkende varen på grundlag af dens ydre, ikke er tilstrækkelig til at fjerne registreringshindringen i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, idet en sådan udvikling i offentlighedens opfattelse af tegnet kun — såfremt den er fastslået — kan tages i betragtning i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94. Sagsøgerens argumentation vedrører således ikke spørgsmålet om, hvorvidt en særlig udformning af en vare har det fornødne særpræg, hvorimod der argumenteres for, at Retten tager hensyn til den betydning, som den relevante kundekreds generelt tillægger udseendet af varer inden for en bestemt gruppe.

50 Den omstændighed, at sagsøgeren og virksomhedens konkurrenter har valgt forskellige former og farver for deres opvaskemidler i fast form, og det forhold, at de gør en indsats for at beskytte dem som varemærker, giver dog ikke i sig selv tilstrækkeligt grundlag for at antage, at den relevante kundekreds normalt opfatter disse varers ydre som en angivelse af deres handelsmæssige oprindelse.

51 Sagsøgeren fremlagde ikke for appelkammeret konkrete beviser for, at opvasketabletters form og farver spiller en væsentlig rolle, når forbrugeren træffer sit valg mellem forskellige produkter. Under disse omstændigheder kan appelkammeret ikke kritiseres for at have fejlbedømt situationen på det relevante marked.

52 Det skal yderligere bemærkes, at sagsøgeren heller ikke har fremlagt sådanne beviser på et senere trin i sagen, hvorved det i den foreliggende sag ikke er nødvendigt for Retten at tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt den under en sag i henhold til artikel 63 i forordning nr. 40/94 kan tage hensyn til oplysninger, der ikke blev fremlagt for appelkammeret. Sagsøgeren besluttede ganske vist at fremlægge visse oplysninger herom for Retten, da virksomheden som reaktion på de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, som Retten havde besluttet, indleverede et processkrift, som svarede til en replik, og som var vedlagt diverse bilag. Herved overholdt sagsøgeren imidlertid ikke de betingelser, hvorunder der i overensstemmelse med procesreglementets artikel 135, stk. 2, kan indgives et yderligere processkrift, og de forklaringer, som ikke vedrørte et svar på foranstaltningerne til sagens tilrettelæggelse, og som sagsøgeren ved dette processkrift ønskede at gøre Retten opmærksom på, kunne under alle omstændigheder ikke tages i betragtning.

53 Følgelig er anbringendets andet led ikke begrundet.

54 For i forbindelse med anbringendets tredje led at bedømme, om appelkammeret fejlagtigt undlod at anerkende, at det ansøgte varemærke har fornødent særpræg, skal det helhedsindtryk undersøges, som fremkaldes af den omtvistede tablets ydre (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 hver for sig af de forskellige ydre træk, der er anvendt.

55 Den tredimensionale form, der er søgt registreret, fremtræder, når den ses mod siden eller mod endefladerne, som et rektangel, hvis lange sider er konvekse. På dette punkt er den derfor ikke forskellig fra andre former for konvekse tabletter, hvadenten de er runde eller firkantede. Set ovenfra har den i sagen omhandlede tablet form af en uregelmæssig oval, eller ægform, hvis nederste del er bredere og affladet, og har en noget fjernere lighed med en trapezform, hvis hjørner er stærkt afrundet.

56 Denne form hører ikke som sådan til de geometriske grundformer, men fremtræder som en kombination af egenskaberne ved forskellige afrundede former og synes ligeledes at være inspireret af visse firkantede former. Den har således stor lighed med visse former for tabletter, der finder almindelig anvendelse for opvaskemidler, navnlig med formen på de runde og ovale tabletter samt i et mindre omfang med formen på de rektangulære tabletter.

57 Som Harmoniseringskontoret med rette har anført, at det ikke let at se de forskelle, som den ansøgte form har i forhold til disse andre former. Den ansøgte form er en variant af de grundformer, der anvendes almindeligt, og er ikke tilstrækkeligt forskellig fra disse til at gøre det muligt for den relevante kundekreds at genkende den og i forbindelse med et senere køb at gentage en købserfaring, hvis den viser sig positiv, eller undgå den, hvis den viser sig negativ.

58 Prikkerne på tabletten er ikke egnet til at give det ansøgte varemærke fornødent særpræg. Anvendelsen af prikker hører faktisk til de løsninger, der forekommer helt naturlige, når forskellige stoffer skal kombineres i et opvaskemiddel (jf. bl.a. dommen vedrørende en rektangulær tablet med fordybning, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 58). De er endvidere et almindeligt træk i faste opvaskemidlers udseende. Den omstændighed, at de prikker, der indgår som et træk i den ansøgte tablets udseende, er forholdsvis store, er ikke egnet til at have væsentlig indflydelse på det ansøgte varemærkes særpræg. Prikkerne fremtræder således på samme måde som et pulver bestående af lyse og mørke partikler, når det

sammenpresses i form af tabletter, og variationerne i prikkernes størrelse kan let forklares med henvisning til størrelsen af de partikler, som et sådant pulver består af.

59 Appelkammeret fandt følgelig med rette, at den ansøgte tablets ydre er uden fornødent særpræg.

60 Sagsøgerens argument om, at det på markedet for opvaskemidler kun er rektangulære tabletter, som er almindeligt anvendt, således at alle andre former har særpræg, kan ikke afkræfte denne konklusion. For det første bemærkes, således som det er anført ovenfor i præmis 15 og 16, at Retten ikke som følge af sagsøgerens delvise hævelse af sagen kan overskride rammen for en legalitetsprøvelse af den anfægtede afgørelse og undersøge spørgsmålet, om det ansøgte varemærke har fornødent særpræg, på grundlag af andre faktiske omstændigheder end dem, der forelå for appelkammeret.

61 Endvidere bemærkes, at selv om det antages, at appelkammeret burde have foretaget en særskilt undersøgelse af, om det ansøgte varemærke havde fornødent særpræg med henblik på produkter til opvaskemaskine, og selv om det blev bevist, at det kun er den rektangulære form, der for tiden finder anvendelse for disse produkter, ville konklusionen om, at den ansøgte tablets ydre savner fornødent særpræg, fortsat være rigtig. Også de andre geometriske grundformer, som f.eks. runde, ovale, firkantede eller cylindriske tabletter samt disses varianter, kan nemlig tænkes at finde almindelig anvendelse for disse produkter, idet alle disse former naturligt melder sig, når et pulver skal sammenpresses med henblik på at blive præsenteret i en fast form.

62 Den omstændighed, at der på det beslægtede marked for produkter til tøjvask forekommer runde, firkantede og ovale tabletter, er et konkret indicium, der støtter den antagelse, at disse forskellige former også er egnet til at finde almindelig anvendelse for opvaskemidler.

63 Sagsøgerens argument om, at den rektangulære form af tabletter, der er bestemt til opvaskemaskiner, svarer til formen på de beholdere, som findes i disse maskiner til anbringelse af produktet, er ikke tilstrækkeligt til at afkræfte dette indicium. Således kan ovale eller cylindriske tabletter samt — afhængig af deres størrelse — runde eller firkantede tabletter lige så godt anbringes i disse beholdere som rektangulære tabletter.

64 Der kan heller ikke gives sagsøgeren medhold i argumentet om, at det sagsøgte varemærkes minimale forskelle i forhold til grundformerne bør betragtes som tilstrækkelige i den konkrete sag til at fastslå et særpræg, fordi det af tekniske grunde er begrænset, hvor mange formvarianter opvasketabletter kan forekomme i. Selv om anbringendet herom måtte blive bevist, kan det under ingen omstændigheder begrunde en ændring af kriterierne for bedømmelse af spørgsmålet om fornødent særpræg.

65 For det første er der intet grundlag for en antagelse om, at den relevante kundekreds' opfattelse af en tablets form og ydre og den opmærksomhed, som denne kundekreds udviser med hensyn til de minimale forskelle mellem de forskellige tabletters former og udseende, påvirkes af, hvorvidt det er teknisk muligt eller umuligt at fremstille former, der er meget forskellige fra hinanden.

66 For det andet bemærkes, at selv om det af tekniske grunde faktisk måtte være vanskeligt at fremstille tabletter, hvis former indbyrdes afviger væsentligt, ville en registrering af former, der meget ligner de grundformer, som anvendes almindeligt, medføre en øget risiko for, at der ved hjælp af varemærketten tillægges en erhvervsdrivende enerettigheder, der vil kunne være til hinder for konkurrencen på markedet for de pågældende produkter. De absolutte registreringshindringer viser her netop fællesskabslovgivers ønske om at undgå skabelsen af sådanne monopoler (dommen vedrørende en rektangulær tablet med fordybning, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 69). Omstændigheder, der må

formodes at forøge denne risiko, kan følgelig ikke påberåbes til støtte for registrering af et tegn, der ikke kan opfylde et varemærkes funktion, nemlig at gøre det muligt for den berørte kundekreds at adskille den pågældende vare fra varer med en anden handelsmæssig oprindelse.

67 Følgelig er anbringendets tredje led ikke begrundet.

68 For så vidt angår de argumenter, som sagsøgeren har fremført i forbindelse med anbringendets fjerde led, og som støttes på retspraksis og administrativ praksis i visse medlemsstater samt på Harmoniseringskontorets praksis, skal der mindes om, 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 KHIM (formen på en sæbe), Sml. II, s. 265, præmis 61, af 31.1.2001, sag T-24/00, Sunrider mod KHIM (VITALITE), Sml. II, s. 449, præmis 33, og dommen om en rund, rød og hvid tablet, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 58). Det samme gælder med hensyn til praksis ved medlemsstaternes domstole. I øvrigt fremgår det af dokumenter, som sagsøgeren har fremlagt til støtte for sine argumenter, at de nationale varemærkemyndigheders praksis vedrørende tredimensionale varemærker, der udgøres af den ydre fremtræden af tabletter til tøjvask og til opvask, ikke er ensartet.

69 Det skal yderligere bemærkes, at det store flertal af de varemærker, der omhandles i den retspraksis og i de nationale registreringer, som sagsøgeren har påberåbt sig, har andre egenskaber end det i denne sag ansøgte varemærke. Blandt de af sagsøgeren nævnte eksempler udviser alene to varemærker, der er registreret i Frankrig, visse lighedspunkter med det ansøgte varemærke, idet de er tredimensionale, består i en variant af de geometriske grundformer og er blevet anmeldt til registrering, uden at der er krævet registrering af en farve. Imidlertid kan det ikke udledes af disse enkeltstående eksempler, at appelkammeret ikke har taget hensyn til de nationale myndigheders praksis.

70 Vedrørende Harmoniseringskontorets praksis, som sagsøgeren har henvist til, skal det endelig bemærkes, at faktiske eller retlige omstændigheder i en tidligere afgørelse utvivlsomt kan udgøre argumenter til støtte for et anbringende om, at en bestemmelse i forordning nr. 40/94 er tilsidesat. Det må imidlertid fastslås, at sagsøgeren i nærværende sag ikke har fremført forhold fra disse afgørelser, som er egnede til at rejse tvivl om appelkammerets vurdering af spørgsmålet om det fornødne særpræg ved det ansøgte varemærke.

71 Følgelig er anbringendets fjerde led ikke begrundet.

72 Idet sagsøgerens eneste anbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ikke er begrundet, må sagsøgte frifindes.

Sagens omkostninger

73 I medfør af artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor dømmes til at betale sagsomkostningerne i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling)

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

2) **Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.**

Moura Ramos Pirrung Meij

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 5. marts 2003.

H. Jung

Justitssekretær

R.M. Moura Ramos

Afdelingsformand