DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

29. april 2004 *

I de forenede sager C-456/01 P og C-457/01 P,

Henkel KGaA, Düsseldorf (Tyskland), ved Rechtsanwalt C. Osterrieth, og med valgt adresse i Luxembourg,

appellant,

angående appel af to domme afsagt den 19. september 2001 af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (Anden Afdeling) i sag T-335/99, Henkel mod KHIM (rød og hvid rektangulær tablet), (Sml. II, s. 2581), og i sag T-336/99, Henkel mod KHIM (grøn og hvid rektangulær tablet), (Sml. II, s. 2589), hvori der er nedlagt påstand om ophævelse af disse domme,

den anden part i appelsagen:

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

sagsøgt i første instans,

* Processprog: tysk.

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 Henkel KGaA var repræsenteret ved C. Osterreith, og Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) 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 26. november 2001 har Henkel KGaA (herefter »Henkel«) i medfør af artikel 49 i EF-statutten for

Domstolen iværksat appel med påstand om ophævelse af domme afsagt af Retten i Første Instans den 19. september 2001 i sag T-355/99, Henkel mod KHIM (rød og hvid rektangulær tablet), (Sml. II, s. 2581, herefter »dom i sag T-335/99«), og i sag T-336/99, Henkel mod KHIM (grøn og hvid rektangulær tablet), (Sml. II, s. 2589, herefter »dom i sag T-336/99«) (herefter tilsammen »de appellerede domme«), hvorved Retten forkastede Henkels påstande om annullation af afgørelser truffet den 21. september 1999 (sagerne R 70/1999-3 og R 71/1999-3) af Tredje Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«), hvorved Henkels klager over afslaget på registrering af tabletter med tredimensional form som EF-varemærker i forskellige klasser, herunder navnlig produkter til vaskemaskine eller opvaskemaskine, blev afvist (herefter »de anfægtede afgørelser«).

2 Ved kendelse afsagt af formanden for Domstolens Sjette Afdeling den 2. juni 2003 blev sagerne C-456/01 P og C-457/01 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 Den samme forordnings artikel 7 er affattet således:

»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

[...]

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.«

Tvistens baggrund

5 Den 15. december 1997 og den 8. januar 1998 indgav Henkel en ansøgning til Harmoniseringskontoret om registrering som EF-varemærke af tabletter med tredimensional form, hvor den ene består af to lag, et hvidt og et rødt, ovenpå hinanden (sag T-335/99), og den anden består af to lag, et hvidt og et grønt, ovenpå hinanden (sag T-336/99).

6 De varer, som registreringsansøgningen vedrørte, 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: »Produkt til brug i vaskemaskine og opvaskemaskine i tabletform«.

7 Ved afgørelser af 3. februar 1999 afslog undersøgeren ved Harmoniseringskontoret ansøgningerne med den begrundelse, at de varemærker, der er søgt registreret, manglede fornødent særpræg og af denne grund var udelukket fra registrering i medfør af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

8 Ved de anfægtede afgørelser stadfæstede Tredje Appelkammer ved Harmoniseringskontoret undersøgerens afgørelser med henvisning til, at for hver af de varemærker, der er søgt registreret, manglede det fornødne særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, idet dets konkrete form ikke i forhold til forbrugeren eller den endelige køber opfyldte nogen funktion som oprindelsesangivelse for de varer, som varemærket var påført. Efter appelkammerets opfattelse skal en tredimensional form have et tilstrækkeligt originalt præg til, at den let indprenter sig i hukommelsen, og at den markerer sig i forhold til det, der er sædvanligt i handelen.

Retsforhandlingerne ved Retten og de appellerede domme

9 Ved stævninger indleveret til Rettens Justitskontor den 26. november 1999 anlagde Henkel to sager med påstand om annullation af de anfægtede afgørelser.

10 I sag T-335/99 fastslog Retten, at appelkammeret ved Harmoniseringskontoret med rette var nået frem til, at det tredimensionale varemærke, der er søgt registreret, manglede fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, af følgende grunde:

»41 I den foreliggende sag udgøres det varemærke, der er ansøgt registreret, af formen og af farvekombinationen på en tablet til vaskemaskine eller opvaskemaskine, dvs. af selve varens fremtræden.

42 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.

43 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 [vare]

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 henseende Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 28).

44 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 indkøbssituation.

45 Artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 skelner ikke mellem de forskelle 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.

46 Der skal ikke desto mindre ved anvendelsen af disse kriterier tages hensyn til det forhold, at opfattelsen [hos] 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.

47 Appelkammeret har vedrørende opfattelsen [hos] den [berørte kunde]kreds med rette anført, at de varer, for hvilke der er ansøgt om registrering i den foreliggende sag, nemlig produkter til vaskemaskine og opvaskemaskine i tabletform, 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).

48 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). Appelkammeret har i denne forbindelse med rette antaget, at da der er tale om dagligvarer, er gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau over for formen [af] og farven [på] tabletter til vaskemaskine eller opvaskemaskine ikke højt.

49 For at bedømme, om kombinationen af den omtvistede tablets form og farvelægning i [offentligheden] kan opfattes som en oprindelsesbetegnelse, skal det helhedsindtryk, som denne sammensætning 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.

50 Den tredimensionale form, for hvilken der er ansøgt om registrering [...] hører til de geometriske grundformer og er en af de former, der er naturlig for en tablet til brug for vaskemaskine eller opvaskemaskine [...].

51 Hvad angår den omstændighed, at der er to lag [...] 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.

[...]

53 [...] Anvendelsen af grundfarver, såsom blå eller grøn, er gængs og endog typisk for vaskemidler. Anvendelsen af andre basiske farver, såsom rød eller gul, er en af de naturligt forekommende variationer af den form, disse varer typisk udbydes i.

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

[...]

56 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 indkøbssituation.

57 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.

[...]

59 Det følger heraf, at appelkammeret med rette har konkluderet, at det ansøgte tredimensionale varemærke mangler fornødent særpræg.

60 Det forhold, at bedømmelseskriterierne for dette særpræg ved tredimensionale varemærker, der består af selve varens form, ikke er strengere end de kriterier, der finder anvendelse på andre varemærkekategorier, fører ikke til en anden konklusion.

61 De betragtninger, der ledte appelkammeret til at fastslå, at det ansøgte varemærke ikke havde det fornødne særpræg, berettiger nemlig til en identisk konklusion i henhold til de bedømmelseskriterier for dette særpræg, der finder anvendelse på alle varemærker, uanset om det er ordmærker, figurmærker eller tredimensionale varemærker.«

11 I dom i sag T-336/99 nåede Retten til samme konklusion. Præmis 38-58 i denne dom er i det væsentlige affattet på samme måde som præmis 40-52 og 54-61 i dom i sag T-335/99, som er gengivet i den foregående præmis.

12 Retten frifandt derfor ved de appellerede domme Harmoniseringskontoret i begge sager, der var anlagt af Henkel til prøvelse af de anfægtede afgørelser.

Appelsagerne

13 Henkel har nedlagt påstand om ophævelse af de appellerede domme og om annullation af de anfægtede afgørelser samt om, at Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

14 Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om forkastelse af appellerne og om, at Henkel tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

15 Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 9. januar 2003 blev en begæring, der var indleveret til Domstolens Justitskontor den 6. maj 2002 af selskabet Reckitt Benckiser NV om at få tilladelse til at intervenere til støtte for Henkels påstande, afslået.

16 Henkel har til støtte for sine appeller gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved fortolkningen af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Dette ene anbringende er i det væsentlige opdelt i tre led vedrørende:

— fornødent særpræg hos de varemærker, der er søgt registreret

— definitionen af gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsgrad

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

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

Anbringendets første led vedrørende varemærkets fornødne særpræg

Parternes argumenter

18 Henkel har for det første gjort gældende, at Retten har anvendt et ukorrekt kriterium i forbindelse med vurderingen af, om varemærket har fornødent særpræg, idet den fastslog, at de rektangulære former, der er anvendt til de omhandlede tabletter, er naturlige former. I det foreliggende tilfælde burde Retten have begrænset sig til at vurdere, om disse tabletters kendetegn adskilte sig fra dem, der er sædvanlige for sådanne varer, eller om de var nødvendige af tekniske årsager.

19 Henkel har endvidere bestridt Rettens antagelse om, at de forskellige farveelementer i et vaskemiddel ikke opfattes som en angivelse af varens oprindelse, men blot fortæller forbrugeren, at der er forskellige aktive stoffer i produktet. Ifølge Henkel opfatter [offentligheden] farvesammensætningen som et individuelt kendetegn ved et bestemt vaskemiddels fremtræden.

20 Henkel har i sag C-456/01 P tilføjet, at Retten i sin bedømmelse af, om varemærket, der søges registreret, havde fornødent særpræg, ikke burde have set bort fra den omstændighed, at Henkel er den eneste virksomhed, der anvender den røde farve til vaskemidler. For at vurdere, om varemærket har fornødent særpræg, er det vigtigt, at [offentligheden] alene på grund af den eksklusive anvendelse af den røde farve for de nævnte varer kan forbinde varen med varemærkets indehaver.

21 Henkel har for det andet gjort gældende, at den omstændighed, at Retten primært har tillagt det betydning, at de omhandlede tabletters former og farver udgør en geometrisk grundform eller grundfarver, tyder på, at Retten i sin bedømmelse af, om varemærkerne har fornødent særpræg, har inddraget overvejelser vedrørende et eventuelt friholdelsesbehov, i modsætning til hvad, der blev fastslået i dom af 4. maj 1999 (forenede sager C-108/97 og C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Sml. I, s. 2779).

22 Henkel har tilføjet, at et friholdelsesbehov under ingen omstændigheder er til hinder for anvendelsen af den kombination af form og farver, for hvilke der er ansøgt om registrering som varemærke i det foreliggende tilfælde. Hvad for det første angår den valgte form er det fabrikanten, der med forbehold af iagttagelse af visse tekniske parametre frit vælger formen. Det har ikke på det tekniske plan vist sig, at konkurrenter kun kan fremstille tabletter, der kan anvendes af forbrugerne, ved at vælge den form, der er genstand for ansøgningerne om registrering i det foreliggende tilfælde. Desuden er der ikke noget friholdelsesbehov med hensyn til den konkrete farvesammenstilling. Ifølge Henkel vil

forbrugeren, når han står over for en kombination af farver, ikke opfatte den som teknisk begrundet, men som et frit og fantasifuldt udtryk for varens individualitet. Heraf følger endelig, at der ikke er noget friholdelsesbehov, der er til hinder for registreringen af en bestemt kombination af former og farver som den, der er tale om i denne sag.

23 Harmoniseringskontoret har for det første anført, at Retten med rette fandt, at de varemærker, der er søgt registreret, ikke kunne beskyttes i medfør af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, idet der er tale om tredimensionale varemærker, der består af en kombination af ydre træk, der er naturlige og typiske for den pågældende vare, og som ikke giver den relevante kundekreds mulighed for at adskille de omhandlede varer fra dem, der har en anden handelsmæssig oprindelse.

24 For at et tredimensionalt varemærke, der består af varens form, kan have fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i nævnte artikel 7, stk. 1, litra b), skal varemærket ifølge Harmoniseringskontoret være opfindsomt, usædvanligt eller vilkårligt. Former eller kombinationen af former og farver, der er almindelige, banale eller naturlige, mangler fornødent særpræg.

25 Harmoniseringskontoret har anført, at det med hensyn til tabletter til vaskemaskine eller opvaskemaskine er funktionen, der er afgørende, og at forbrugeren vil opfatte den rektangulære form på samme måde som en hvilken som helst anden form, der er så enkel, nemlig som en almindelig og naturlig form for den slags varer. Forbrugeren gør sig ikke overvejelser vedrørende den nøjagtige sammensætning og virkning af tablettens farvede bestanddele, men går i det højeste ud fra, at der er tale om to stoffer med forskellige egenskaber og ikke et middel til at identificere varens oprindelse. Formen på selve varen sikrer kun varemærkets funktion som angivelse af oprindelsen i særlige tilfælde. Ifølge Harmoniseringskontoret følger dette ikke af forskellige — eller strengere — retlige kriterier. Det er snarere et resultat af faktiske omstændigheder, dvs. af den måde, hvorpå forbrugerne opfatter de pågældende varer.

26 Harmoniseringskontoret har endvidere gjort gældende, at det er med rette, at Retten i de appellerede domme har baseret sin prøvelse af, om de varemærker, for hvilke der er ansøgt om registrering, har fornødent særpræg, på det helhedsindtryk, som varemærket giver, idet en sådan fremgangsmåde ikke udelukker, men forudsætter, at de forskellige ydre elementer vurderes separat. Denne fremgangsmåde er i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets undersøgelsespraksis vedrørende registreringsansøgninger, navnlig i sager vedrørende tredimensionale varemærker.

27 Harmoniseringskontoret har sluttet, at indgivelsen af en registreringsansøgning vedrørende varers former, der er så enkle og banale, ikke kan sikre ansøgeren prioritet til et EF-varemærke, og at den slags tabletter til vaskemaskine eller opvaskemaskine kun kan beskyttes, hvis — og da fra dette tidspunkt — de som følge af intensiv brug har indprentet sig som et tegn for en bestemt fabrikant i overensstemmelse med artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

28 Hvad for det andet angår friholdelsesbehovet har Harmoniseringskontoret anført, at Domstolen i Windsurfing-Chiemsee-dommen kategorisk har forkastet den fortolkning af dette begreb, som Henkel forfægter med henvisning til ældre tysk retspraksis.

29 Harmoniseringskontoret har tilføjet, at Henkels beskrivelse af udviklingen af vaskemidler og af markedet for disse varer taler for, at der er et friholdelsesbehov (dog ikke i henhold til tysk retspraksis), for så vidt som den viser, i hvilket omfang de forskellige konkurrerende virksomheder fra begyndelsen har anvendt rektangulære og cirkulære former samt et andet farvet lag til deres tabletter til vaskemaskine og opvaskemaskine.

Domstolens bemærkninger

30 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.

31 Det fremgår af nævnte bestemmelse, at såvel varens form som 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 ovenstående præmis, er opfyldt.

32 Som Retten imidlertid med rette fastslog i præmis 42 i dom i sag T-335/99 og i præmis 40 i dom i sag T-336/99, indebærer den omstændighed, at et tegn generelt kan udgøre et varemærke i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 4 i forordning nr. 40/94, dog ikke, at tegnet nødvendigvis har det fornødne særpræg i henhold til nævnte forordnings artikel 7, stk. 1, litra b), i forhold til en bestemt vare eller tjenesteydelse.

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

34 At et varemærke har fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning 40/94 betyder, at varemærket gør det muligt at identificere den vare, for hvilken det søges registreret, som hidrørende fra en bestemt virksomhed, og dermed 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), der 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).

35 Hvorvidt et varemærke har fornødent særpræg skal dels bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket er søgt registreret, dels i forhold til opfattelsen af varemærket hos den relevante kundekreds, der består af en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger af de pågældende varer eller tjenesteydelser (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).

36 Det fremgår i denne forbindelse af de appellerede dommes præmisser, at Retten ikke har begået en retlig fejl ved fortolkningen af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

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

38 Retten har ligeledes med rette fastslået, at kriterierne for bedømmelsen af, om tredimensionale varemærker, der består af selve varens form, har fornødent særpræg, ikke er forskellige fra dem, der finder anvendelse på andre varemærkekategorier. Retten har imidlertid i forbindelse med anvendelsen af disse kriterier erindret om, at opfattelsen hos den relevante kundekreds ikke nødvendigvis er den samme, når der er tale om et tredimensionalt varemærke,

der består af selve 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 af deres form eller emballage uden nogen geografisk eller tekstmæssig oplysning, og det kan derfor 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, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 52).

39 Det følger heraf, at jo 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 den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Kun et varemærke, der afviger betydeligt fra normen eller branchesædvanen og derfor opfylder sin grundlæggende oprindelsesfunktion, mangler ikke fornødent særpræg i henhold til nævnte bestemmelse (jf. vedrørende den identiske bestemmelse i artikel 3, stk. 1, litra b), i det første direktiv 89/104, Henkel-dommen, præmis 49).

40 Ved at fastslå, at varemærkerne, der er søgt registreret, mangler fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, har Retten således ikke begået en retlig fejl i forhold til denne bestemmelse eller i forhold til Domstolens relevante praksis.

41 Hvad angår Rettens konkrete anvendelse af kriterierne i denne sag bemærkes, at dette indebærer en bedømmelse 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).

42 Rettens konstateringer indeholder i denne sag intet, der kan give anledning til en formodning om, at der foreligger en forkert gengivelse af de for Retten fremlagte beviser.

43 Hvad angår Henkels argument om Rettens påståede anvendelse af et friholdelsesbehov bemærkes, at dette støttes på, at de omhandlede tabletters farver og former mangler fornødent særpræg.

44 Selv om det antages, at Retten har inddraget betragtninger vedrørende almene interesser i sin bedømmelse af det fornødne særpræg, har den ikke begået en retlig fejl i den henseende.

45 Alle registreringshindringer i artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 40/94 er uafhængige af de andre og kræver en separat efterprøvelse. Desuden skal nævnte hindringer fortolkes i lyset af den almene interesse, der ligger bag hver af dem (jf. dom af 18.6.2002, sag C-299/99, Philips, Sml. I, s. 5474, præmis 77, og Linde m.fl.-dommen, præmis 67 og 71).

46 Den almene interesse, der skal tages i betragtning i forbindelse med prøvelsen af hver af disse registreringshindringer, kan eller skal afspejle forskellige overvejelser, alt efter hvilken registreringshindring der er tale om.

47 Med hensyn til varemærkeregistrering af en farve i sig selv uden rumlige begrænsninger har Domstolen allerede fastslået i dom af 6. maj 2003, Libertel (sag C-104/01, Sml. I, s. 3793, præmis 60), at den almene interesse, der ligger bag

artikel 3, stk. 1, litra b), i første direktiv 89/104, hvilken bestemmelse er identisk med bestemmelsen i artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 40/94, angår hensynet til ikke utilbørligt at begrænse rådigheden over farver for andre erhvervsdrivende, der udbyder varer eller tjenesteydelser af den samme art som de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket søges registreret.

48 I øvrigt bemærkes, at der ikke er en almen interesse i at yde fuld beskyttelse i medfør af forordning nr. 40/94 til et varemærke, der ikke opfylder varemærkets grundlæggende funktion, som er at garantere oprindelsen af den omhandlede vare eller tjenesteydelse over for forbrugeren eller den endelige bruger, som dermed sættes i stand til uden risiko for forveksling at adskille varen eller tjenesteydelsen fra varer eller tjenesteydelser med en anden oprindelse.

49 Hvad endelig angår Henkels argument om, at Harmoniseringskontoret allerede har godkendt, at varemærker med form som tabletter til vaskemaskine og til opvaskemaskine, der svarer til dem, der søges registreret i det foreliggende tilfælde, har fornødent særpræg, bemærkes, at Henkel ikke har påberåbt sig dette argument for Retten.

50 En parts adgang til først for Domstolen at fremføre et anbringende, der ikke er blevet fremført for Retten, er ensbetydende med en adgang til at forelægge Domstolen — der har en begrænset kompetence i appelsager — en mere omfattende tvist end den, der blev forelagt Retten. Under en appel har Domstolen således kun kompetence til at tage stilling til den retsafgørelse, der er blevet truffet vedrørende de anbringender, der er blevet behandlet i første instans (jf. herved dom af 1.6.1994, sag C-136/92 P, Kommissionen mod Brazzelli Lualdi m.fl., Sml. I, s. 1981, præmis 59, og kendelse af 28.6.2001, sag C-352/99 P, Eridania m.fl. mod Rådet, Sml. I, s. 5037, præmis 53).

51 Nævnte argument bør derfor forkastes.

52 Det følger i det hele af det anførte, at anbringendets første led vedrørende fornødent særpræg må forkastes som ugrundet.

Anbringendets andet led vedrørende definitionen af gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsgrad

Parternes argumenter

53 Henkel har medgivet, at gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsgrad i princippet kan variere efter varens art. Henkel har imidlertid i modsætning til Rettens bedømmelse anført, at der ikke er noget, der giver anledning til at antage, at forbrugerens opmærksomhedsniveau principielt ikke er særlig højt for dagligvarer. Efter Henkels opfattelse bør det derimod antages, at forbrugeren med hensyn til dagligvarer, som f.eks. varerne i den foreliggende sag, har en særlig interesse i at kende varens præcise art og ikke blot den kategori, som den omhandlede vare henhører under.

54 Producenterne af vaskemidler og opvaskemidler fremhæver desuden klart kvaliteten af deres forskellige midler i reklamerne. En almindeligt oplyst, rimeligt

opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger vil derfor stille visse krav til bestemte varer og forsøge at adskille varerne ved hjælp af deres fremtræden.

55 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at det i de appellerede domme er lagt til grund, at den relevante kundekreds omfatter alle forbrugere, idet produkter til vaskemaskine og opvaskemaskine, præsenteret i form af tabletter, er almindeligt udbredte forbrugsvarer. Den omstændighed, at den pågældende gennemsnitsforbruger kun er svagt opmærksom på tabletternes nøjagtige form og farve, skyldes ifølge Harmoniseringskontoret netop, at de ikke sælges i løs vægt, men i en indpakning, hvor det hver gang i forbindelse med brug er tilstrækkeligt at udtage det antal tabletter, der er nødvendigt. Forbrugeren holder kun tabletterne i hånden et øjeblik og har ikke i det korte tidsrum anledning til at gøre sig tanker om, hvilken tablet han er i færd med at anvende.

Domstolens bemærkninger

56 Rettens konstatering i præmis 48 i dom i sag T-335/99 og i præmis 46 i dom i sag T-336/99 — hvori den har fastslået, at da der tale om dagligvarer, er gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau over for formen og farven af tabletter til vaskemaskine og/eller opvaskemaskine ikke højt — er en faktisk bedømmelse, der, således som det er anført i denne doms præmis 41, ikke er undergivet Domstolens efterprøvelse under en appelsag, når den, således som det er tilfældet i denne sag, ikke udgør en forkert gengivelse af de for Retten fremlagte beviser.

57 Under disse omstændigheder må anbringendets andet led vedrørende fastlæggelsen af gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsgrad også forkastes.

Anbringendets tredje led vedrørende tidspunktet for vurderingen af, om varemærket har fornødent særpræg

Parternes argumenter

58 Efter Henkels opfattelse har Retten ikke taget stilling til spørgsmålet om, hvilket tidspunkt der skal lægges til grund ved vurderingen af, om de ansøgte varemærker mangler fornødent særpræg. Denne vurdering skal ifølge Henkel ske på grundlag af faktiske omstændigheder, sådan som de var på det tidspunkt, hvor registreringsansøgningen blev indgivet. Ansøgeren kan kun beslutte, hvorvidt et varemærke skal anmeldes på grundlag af de faktiske omstændigheder, som han har kendskab til på anmeldelsestidspunktet. Ved afgørelsen af, om et tegn har karakteristiske kendetegn, der går ud over de typiske eller teknisk nødvendige kendetegn for en vare, kan der kun tages hensyn til de varer, der var kendt på tidspunktet for indgivelsen af nævnte ansøgning, og til de typiske kendetegn for disse varer.

59 Henkel har med henvisning til situationen på markedet på tidspunktet for indgivelsen af selskabets registreringsansøgninger gjort gældende, at betingelsen om fornødent særpræg var opfyldt på nævnte tidspunkt. Efter Henkels opfattelse blev produkter til vaskemaskine og opvaskemaskine dengang typisk fremstillet i pulverform, således at den blotte idé om tabletter gav disse varer et fornødent særpræg, hvilket rakte ud over varens form, der på daværende tidspunkt var sædvanlig og teknisk nødvendig. Henkel har anført, at de varemærker, der er søgt registreret, med deres vilkårlige kendetegn, der ikke er teknisk betinget eller knyttet til varen, havde fornødent særpræg i forhold til de varer, der var på markedet på det tidspunkt.

60 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. Harmoniseringskontoret har anført, at betingelserne for registrering af et EF-varemærke skal være opfyldt såvel på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen som på registreringstidspunktet. I det foreliggende tilfælde er det navnlig den omstændighed, at tablettens kombination af form og farver var blevet almindelig, der var til hinder for registreringen.

Domstolens bemærkninger

61 Som det fremgår af denne doms præmis 34, 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.

62 I det foreliggende tilfælde har Retten i præmis 57 i dom i sag T-335/99 og i den tilsvarende præmis i dom i sag T-336/99 med rette fastslået, 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 nævnte bestemmelses forstand, når den havde fastslået, at de varemærker, der søges registreret, ikke gør det muligt at fastslå de omfattede varers oprindelse, og at denne konklusion ikke modsiges af det større eller mindre antal tilsvarende tabletter, der allerede findes på markedet.

63 Retten har under disse omstændigheder ikke begået en retlig fejl ved at fastslå, at det var ufornødent at tage stilling spørgsmålet om, på hvilket af de to tidspunkter bedømmelsen af, om de omhandlede varemærker har fornødent særpræg, skulle foretages.

64 Anbringendets tredje led vedrørende tidspunktet for vurderingen af, om varemærket har fornødent særpræg, skal derfor også forkastes som ugrundet.

65 Det følger i det hele af det anførte, at appellerne er ugrundede og derfor skal forkastes.

Sagsomkostningerne

66 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 Henkel 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) **Henkel KGaA betaler sagsomkostningerne.**

Skouris Cunha Rodrigues Puissochet

Schintgen Macken

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

R. Grass V. Skouris

Justitssekretær Præsident