DOMSTOLENS DOM (sjätte avdelningen)
den 29 april 2004 *

I de förenade målen C-456/01 P och C-457/01 P,

Henkel KGaA, Düsseldorf (Tyskland), företrätt av C. Osterrieth, Rechtsanwalt,

klagande,

angående två överklaganden som ingivits mot domar meddelade den 19 september 2001 av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt (andra avdelningen) i mål T-335/99, Henkel mot harmoniseringsbyrån (röd och vit rektangulär tablett) (REG 2001, s. II-2581), och i mål T-336/99, Henkel mot harmoniseringsbyrån (grön och vit rektangulär tablett) (REG 2001, s. II-2589), i vilka det förs talan om att dessa domar skall upphävas,

i vilka den andra parten är:

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån), företrädd av D. Schennen och S. Laitinen, i egenskap av ombud,

svarande i första instans,

* Rättegångsspråk: tyska.

meddelar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av V. Skouris, tillförordnad ordförande på sjätte avdelningen, samt domarna J.N. Cunha Rodrigues, J.-P. Puissochet, R. Schintgen och F. Macken (referent),

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
justitiesekreterare: avdelningsdirektören Múgica Arzamendi,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden avgivits vid förhandlingen den 2 oktober 2003 av: Henkel KGaA, företrätt av C. Osterreith, och Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller), företrädd av D. Schennen och A. von Mühlendahl, i egenskap av ombud,

efter att ha hört generaladvokatens förslag till avgörande den 6 november 2003,

följande

Dom

1 Henkel KGaA (nedan kallat Henkel) har genom ansökningar, som inkom till domstolens kansli den 26 november 2001, med stöd av artikel 49 i EG-stadgan

för domstolen överklagat förstainstansrättens domar av den 19 september 2001 i mål T-335/99, Henkel mot harmoniseringsbyrån (röd och vit rektangulär tablett) (REG 2001, s. II-2581) (nedan kallad domen i mål T-335/99), och i mål T-336/99, Henkel mot harmoniseringsbyrån (grön och vit rektangulär tablett) (REG 2001, s. II-2589) (nedan kallad domen i mål T-336/99) (nedan tillsammans kallade de överklagade domarna), genom vilka förstainstansrätten ogillade dess talan om ogiltigförklaring av de beslut som fattats av tredje överklagandenämnden vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (nedan kallad harmoniseringsbyrån) den 21 september 1999 (ärendena R 70/1999-3 och R 71/1999-3). I dessa beslut ogillades klagandens överklaganden av avslaget på ansökan om registrering som gemenskapsvarumärken av tabletter i tredimensionell form för olika varuklasser, bland annat omfattande produkter för tvätt- eller diskmaskiner (nedan kallade de omtvistade besluten).

2 Målen C-456/01 P och C-457/01 P har, genom beslut av ordföranden för sjätte avdelningen av den 2 juni 2003, förenats vad gäller det muntliga förfarandet och domen.

Tillämpliga bestämmelser

3 Artikel 4 i rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3) har följande lydelse:

"Ett gemenskapsvarumärke kan utgöras av alla kännetecken som kan återges grafiskt, särskilt ord, inbegripet personnamn, figurer, bokstäver, siffror, formen på en vara eller dess utstyrsel, förutsatt att kännetecknet i fråga kan särskilja ett företags varor eller tjänster från andra företags."

4 I artikel 7 i samma förordning anges följande:

"1. Följande får inte registreras:

a) Kännetecken som inte uppfyller kraven i artikel 4.

b) Varumärken som saknar särskiljningsförmåga.

c) Varumärken som endast består av kännetecken eller upplysningar vilka i handeln visar varornas eller tjänsternas art, kvalitet, kvantitet, avsedda användning, värde, geografiska ursprung, tiden för deras framställande eller andra egenskaper hos varorna eller tjänsterna.

...

3. Punkterna 1 b), c) och d) skall inte tillämpas om varumärket till följd av dess användning har uppnått en särskiljningsförmåga i fråga om de varor eller tjänster för vilka det ansöks om registrering."

Bakgrund till tvisten

5 Den 15 december 1997 och den 8 januari 1998 ansökte Henkel vid harmoniseringsbyrån om registrering som gemenskapsvarumärken av två tabletter i tredimensionell form, den ena med ett vitt och ett rött skikt (mål T-335/99), den andra med ett vitt och ett grönt skikt ovanpå varandra (mål T-336/99).

6 De produkter som registreringsansökan avser omfattas av klass 3 i Niceöverenskommelsen om klassificering av varor och tjänster för varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar beskrivningen "tvätt- och diskmedel i tablettform".

7 Harmoniseringsbyråns granskare avslog genom beslut av den 3 februari 1999 dessa ansökningar med motiveringen att de varumärken för vilka registrering begärts saknar särskiljningsförmåga och av den anledningen inte kan registreras enligt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94.

8 Tredje överklagandenämnden vid harmoniseringsbyrån fastställde genom de omtvistade besluten granskarens beslut och fann att vart och ett av de varumärken som ansökan om registrering avsåg saknade särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, eftersom dess konkreta form i förhållande till konsumenten eller den slutliga köparen inte fyller någon funktion som ursprungsangivelse för de produkter som varumärket anbringas på. Enligt överklagandenämnden skall en tredimensionell form ha ett tillräckligt originellt utseende för att lätt bli ihågkommen och skilja sig markant från den i handeln vanligen förekommande formen.

Förfarandet vid förstainstansrätten och de överklagade domarna

9 Henkel väckte genom ansökningar som inkom till förstainstansrättens kansli den 26 november 1999 i två mål talan om ogiltigförklaring av de omtvistade besluten.

10 I domen i målet T-335/99, fastslog förstainstansrätten att överklagandenämnden vid harmoniseringsbyrån med rätta hade dragit slutsatsen att det tredimensionella varumärke som registreringsansökan avsåg saknar särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 av följande skäl:

"41 I förevarande fall utgörs det varumärke som registreringsansökan avser av formen och sammansättningen av färgerna på en tablett för tvätt- eller diskmaskiner, det vill säga av utförandet av själva produkten.

42 Det framgår av artikel 4 i förordning nr 40/94 att såväl en varas form som dess färger räknas till de kännetecken som kan utgöra ett gemenskapsvarumärke. Emellertid medför inte den omständigheten att ett slags kännetecken allmänt sett är ägnat att utgöra ett varumärke att alla kännetecken av detta slag nödvändigtvis har särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 i förhållande till en bestämd vara eller tjänst.

43 Enligt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 får inte 'varumärken som saknar särskiljningsförmåga' registreras. Ett varumärke måste anses ha särskiljningsförmåga om det gör det möjligt att särskilja de varor eller tjänster för vilka registrering begärs med avseende på deras ursprung. För att detta kriterium skall anses vara uppfyllt behöver varumärket inte ge någon exakt upplysning

om vem som tillverkar varan eller utför tjänsten. Det är tillräckligt att den berörda allmänheten med hjälp av varumärket kan särskilja de varor eller tjänster som bär varumärket från andra med ett annat ursprung i handeln och utgå från att alla varor eller tjänster som bär varumärket har tillverkats, saluförts eller levererats under kontroll av varumärkesinnehavaren, som är ansvarig för deras kvalitet (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 29 september 1998 i mål C-39/97, Canon, REG 1998, s. I-5507, punkt 28).

44 Det framgår av lydelsen i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 att det räcker med ett minimum av särskiljningsförmåga för att det registreringshinder som anges i denna artikel inte skall tillämpas. I ett första skede, och helt utan att beakta kännetecknets användning i den mening som avses i artikel 7.3 i förordning nr 40/94, skall rätten således utreda huruvida det begärda varumärket gör det möjligt för allmänheten i målgruppen att särskilja de avsedda varorna från varor med annat ursprung i handeln när den skall göra ett val vid inköp.

45 I artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 om gemenskapsvarumärken görs ingen åtskillnad mellan olika slags varumärken. Kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan hos tredimensionella varumärken som utgörs av själva varans form skiljer sig således inte från de kriterier som tillämpas för andra slags varumärken.

46 Vid tillämpningen av dessa kriterier måste hänsyn emellertid tas till den omständigheten att den berörda allmänheten inte nödvändigtvis uppfattar ett tredimensionellt varumärke som utgörs av själva varans form och färger på samma sätt som ett ordmärke, ett figurmärke eller ett tredimensionellt varumärke som inte utgörs av varans form. Allmänheten är nämligen van vid att omedelbart uppfatta de sistnämnda varumärkena som utmärkande kännetecken för en vara, vilket inte nödvändigtvis gäller för kännetecken som sammanfaller med själva varans utseende.

47 Beträffande den berörda allmänhetens uppfattning har överklagandenämnden med rätta påpekat att de varor som registreringsansökan i förevarande fall avser, det vill säga tabletter för tvätt- och diskmaskiner, är mycket vanligt förekommande konsumtionsvaror. Den allmänhet som berörs av dessa varor består av samtliga konsumenter. Således skall särskiljningsförmågan hos det begärda varumärket bedömas med hänsyn till de förväntningar som en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument kan tänkas ha (se analogt domstolens dom av den 16 juli 1998 i mål C-210/96, Gut Springenheide och Tusky, REG 1998, s. I-4657, punkterna 30-32).

48 Den berörda allmänhetens uppfattning om varumärket påverkas av genomsnittskonsumentens uppmärksamhet, som kan variera beroende på vilket slags varor eller tjänster det är fråga om (se domstolens dom av den 22 juni 1999 i mål C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, REG 1999, s. I-3819, punkt 26). I detta avseende har överklagandenämnden med rätta bedömt att det rör sig om dagliga konsumtionsvaror och att genomsnittskonsumenten därför inte ägnar någon större uppmärksamhet åt rengöringstabletternas form och färger.

49 För att bedöma om allmänheten kan uppfatta den omtvistade tablettens kombination av form och färgsammansättning som en uppgift om ursprunget, skall det utredas vilket helhetsintryck denna kombination ger (se analogt domstolens dom av den 11 november 1997 i mål C-251/95, SABEL, REG 1997, s. I-6191, punkt 23), vilket inte är oförenligt med en successiv genomgång av de olika beståndsdelarna i utförandet.

50 Den tredimensionella form som registreringsansökan avser ... hör till de geometriska grundformerna och är en av de former som spontant kommer i åtanke när det gäller produkter för tvätt- eller diskmaskiner. ...

51 Beträffande förekomsten av två skikt ..., noterar rätten att den berörda allmänheten är van vid att beståndsdelar i rengöringsprodukter har olika färger. ... De färgade partiklarna erinrar sålunda om vissa av varans egenskaper, utan att de därmed kan anses vara en beskrivning i den mening som avses i artikel 7.1 c i förordning nr 40/94. Av den omständigheten att sistnämnda registreringshinder inte är tillämpligt kan emellertid inte den slutsatsen dras att de färgade beståndsdelarna nödvändigtvis ger det begärda varumärket särskiljningsförmåga. Någon sådan förmåga finns nämligen inte om allmänheten i målgruppen, såsom i förevarande fall, har fått uppfattningen att förekomsten av färgade beståndsdelar visar på vissa av produktens egenskaper, och inte på dess ursprung. Möjligheten att konsumenterna trots allt kan vänja sig vid att känna igen varan på dess färger räcker inte i sig för att undanröja registreringshindret i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. En sådan utveckling av allmänhetens sätt att uppfatta kännetecknet kan, om den kan styrkas, endast beaktas inom ramen för artikel 7.3 i förordning nr 40/94.

...

53 ... Användningen av basfärger, såsom blått eller grönt, är utbredd och till och med typisk för rengöringsprodukter. Användningen av andra basfärger, såsom rött eller gult, hör till de varianter av de typiska utförandena i fråga om dessa varor som spontant kommer i åtanke.

54 Det begärda tredimensionella varumärket är sålunda utfört som en kombination av beståndsdelar i utförandet som spontant kommer i åtanke och som är typiska för varan i fråga.

...

56 Med hänsyn till det helhetsintryck som den omtvistade tablettens form och färgsammansättning ger, gör det begärda varumärket det inte möjligt för den berörda allmänheten att särskilja de avsedda varorna från varor med annat ursprung i handeln när den skall göra ett val vid inköp.

57 Vidare skall tilläggas att det större eller mindre antal liknande tabletter som redan finns på marknaden inte påverkar det begärda varumärkets oförmåga att — från början och oberoende av dess användning enligt artikel 7.3 i förordning nr 40/94 — upplysa om varans ursprung. Det saknas således anledning att i förevarande fall avgöra frågan huruvida varumärkets särskiljningsförmåga skall bedömas vid tidpunkten för ansökan om registrering eller vid tidpunkten för den faktiska registreringen.

...

59 Överklagandenämnden har således med rätta fastslagit att det begärda tredimensionella varumärket saknar särskiljningsförmåga.

60 Den omständigheten att kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan hos ett tredimensionellt märke som utgörs av formen på själva produkten inte är strängare än de som tillämpas för andra slags varumärken medför ingen annan bedömning.

61 De överväganden som låg till grund för överklagandenämndens beslut att fastställa att det begärda varumärket saknade särskiljningsförmåga kan nämligen ligga till grund för samma slutsats med avseende på de kriterier för bedömning av särskiljningsförmåga som tillämpas på samtliga varumärken, oavsett om de är ordmärken, figurmärken eller tredimensionella varumärken."

11 Förstainstansrätten kom fram till samma slutsats i domen i mål T-336/99. Punkterna 38–58 i den domen har i allt väsentligt samma lydelse som punkterna 40–52 och 54–61 i domen i målet T-335/99, som är återgivna i föregående punkt.

12 Förstainstansrätten har därför genom de överklagade domarna ogillat Henkels talan i respektive mål mot de omtvistade besluten.

Överklagandena

13 Henkel har yrkat att de överklagade domarna skall upphävas, att de omtvistade besluten skall ogiltigförklaras och att harmoniseringsbyrån skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

14 Harmoniseringsbyrån har yrkat att överklagandena skall ogillas och att Henkel skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

15 Domstolens ordförande avslog genom beslut av den 9 januari 2003 bolaget Reckitt Benckiser NV:s ansökan, som inkom till domstolens kansli den 6 maj 2002, att få intervenera till stöd för Henkels yrkanden.

16 Till stöd för sina överklaganden har Henkel gjort gällande att förstainstansrätten har gjort en felaktig rättstillämpning vid sin tolkning av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Denna grund har delats upp i i huvudsak tre delar som rör

— särskiljningsförmågan hos de varumärken som registreringsansökan avser,

— definitionen av genomsnittskonsumentens grad av uppmärksamhet, och

— den tidpunkt då varumärkenas särskiljningsförmåga skall bedömas.

17 Harmoniseringsbyrån anser att förstainstansrätten i de överklagade domarna inte har gjort någon felaktig rättstillämpning vid tolkningen och bedömningen av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94.

Den första delgrunden: Ett varumärkes särskiljningsförmåga

Parternas argument

18 Henkel har i första hand gjort gällande att förstainstansrätten har tillämpat fel kriterium för att bedöma ett varumärkes särskiljningsförmåga när den konstaterat att den rektangulära form som använts för de ifrågavarande tabletterna är en form som spontant kommer i åtanke. Den borde i förevarande fall ha begränsat sig till att analysera huruvida dessa tabletters särdrag skiljer sig från dem som är vanligt förekommande för sådana produkter eller om de är nödvändiga av tekniska skäl.

19 Henkel har även bestridit förstainstansrättens ståndpunkt att de olika färger som används i ett rengöringsmedel inte uppfattas som en uppgift om dess ursprung, utan för konsumenten helt enkelt betyder att det finns olika aktiva beståndsdelar i denna produkt. Henkel anser att allmänheten uppfattar sammansättningen av färgerna som en specifik egenskap i utformningen av ett visst rengöringsmedel.

20 Henkel har i mål C-456/01 P tillagt att förstainstansrätten i sin analys av särskiljningsförmågan hos det varumärke som registreringsansökan avser inte borde ha bortsett ifrån den omständigheten att Henkel är det enda företag som använder röd färg för rengöringsmedel. Henkel anser nämligen att det för bedömningen av varumärkets särskiljningsförmåga är viktigt att allmänheten kan se sambandet med innehavaren av varumärket enbart på den grundvalen, eftersom den är ensam om att använda den röda färgen för dessa produkter.

21 I andra hand anser Henkel att det faktum att förstainstansrätten främst har grundat sig på den omständigheten att de ifrågavarande tabletternas form och färger utgör en grundläggande geometrisk form eller grundfärger ger vid handen att den i sin analys av varumärkets särskiljningsförmåga tagit hänsyn till det eventuella behovet av att utesluta ensamrätt, i motsats till vad som fastslogs i domen av den 4 maj 1999 i de förenade målen C-108/97 och C-109/97, Windsurfing Chiemsee (REG 1999, s. I-2779).

22 Henkel har tillagt att det i vart fall inte föreligger något behov av att utesluta ensamrätt som hindrar användning av kombinationen av en sådan form och sådana färger som avses i ansökningarna om registrering som varumärken i förevarande fall. När det för det första gäller den valda formen anser Henkel att det är tillverkaren som, under iakttagande av vissa tekniska parametrar, avgör denna. På det tekniska planet har det inte framkommit att konkurrenterna endast kan tillverka tabletter som kan användas av konsumenten genom att välja den form som är föremål för de aktuella registreringsansökningarna i förevarande fall. Det föreligger inte heller något behov av att utesluta ensamrätt när det gäller den konkreta sammansättningen av färgerna. Om konsumenten ser en sammansätt-

ning av färger, uppfattar han den enligt Henkel inte som en nödvändig teknisk upplysning utan som ett fritt påhittat uttryck för produktens särprägel. Följaktligen föreligger inget behov av att utesluta ensamrätt som utgör hinder för registrering av en sådan viss kombination av former och färger som är i fråga i detta fall.

23 Harmoniseringsbyrån har i första hand gjort gällande att förstainstansrätten med rätta har ansett att de varumärken för vilka registrering begärts inte kan skyddas genom tillämpning av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 med motiveringen att det är fråga om tredimensionella varumärken som utgörs av en kombination av beståndsdelar som spontant kommer i åtanke och som är typiska för varan i fråga och inte gör det möjligt för målgruppen att särskilja de avsedda varorna från andra med ett annat ursprung i handeln.

24 För att ett tredimensionellt varumärke som utgörs av varans form skall ha särskiljningsförmåga i den mening som avses i nämnda artikel 7.1 b skall varumärket enligt harmoniseringsbyrån vara originellt, ovanligt eller godtyckligt. Former eller kombinationer av vanliga, enkla former och färger som spontant kommer i åtanke saknar särskiljningsförmåga.

25 Harmoniseringsbyrån anser att när det gäller en tablett för tvätt- eller diskmaskiner är det funktionaliteten som kommer i första hand och för konsumenten är det den rektangulära formen, liksom vilken annan lika enkel form som helst, som är normal och naturlig för detta slags produkt. Konsumenten frågar inte efter den exakta sammansättningen och effekten av tablettens färgämnen, utan antar på sin höjd att det är fråga om två ämnen med olika egenskaper och inte om ett utmärkande kännetecken för varans ursprung. Formen på själva varan fyller endast i undantagsfall funktionen som en uppgift om dess ursprung. Detta förhållande följer enligt harmoniseringsbyrån inte av olika, till och med strängare, rättsliga kriterier. Det är snarare resultatet av en faktisk situation, det vill säga det sätt på vilket konsumenterna uppfattar de ifrågavarande varorna.

26 Harmoniseringsbyrån har även gjort gällande att förstainstansrätten i de överklagade domarna med rätta har grundat sin prövning av särskiljningsförmågan hos de varumärken som registreringsansökan avser på det helhetsintryck som varumärket ger, då ett sådant tillvägagångssätt inte utesluter, utan till och med kräver, att de olika beståndsdelarna i utförandet beaktas var för sig. Detta tillvägagångssätt motsvarar harmoniseringsbyråns praxis vid prövning av registreringsansökningar, i synnerhet när det gäller tredimensionella varumärken.

27 Harmoniseringsbyrån har dragit slutsatsen att ingivandet av en registreringsansökan som rör formen på sådana enkla och vardagliga varor kan användas av den sökande för att försäkra sig om prioritet för ett gemenskapsvarumärke, och att tabletter av detta slag för tvätt- eller diskmaskiner kan skyddas, först om och när de till följd av ett intensivt bruk har lyckats etablera sig som kännetecken för en viss tillverkare i enlighet med artikel 7.3 i förordning nr 40/94.

28 När det för det andra gäller behovet av att utesluta ensamrätt, har harmoniseringsbyrån hävdat att den tolkning av detta begrepp som Henkel har gjort på grundval av äldre rättspraxis från de tyska domstolarna, avvisades direkt av domstolen i domen i det ovannämnda målet Windsurfing Chiemsee.

29 Harmoniseringsbyrån har tillagt att Henkels beskrivning av utvecklingen av tvättmedlen och av marknaden för dessa produkter talar för att det påstådda behovet av att utesluta ensamrätt (dock inte alltid i den mening som avses i nämnda rättspraxis), eftersom den visar i vilken utsträckning de olika konkurrerande företagen redan från början använt sig av både rektangulära och cirkulära former samt av ett andra färgat skikt för tabletter för tvätt- eller diskmaskiner.

Domstolens bedömning

30 I enlighet med artikel 4 i förordning nr 40/94 kan ett varumärke utgöras av alla tecken som kan återges grafiskt, förutsatt att kännetecknet i fråga kan särskilja ett företags varor eller tjänster från andra företags.

31 Av denna bestämmelse följer att såväl formen på en produkt som dess färger hör till de kännetecken som kan utgöra ett gemenskapsvarumärke. Följaktligen kan ett kännetecken som består av en tredimensionell form på en tablett för tvätt- eller diskmaskiner, i kombination med sammansättningen av färgerna på tabletten, i princip utgöra ett varumärke såvitt de två villkor som nämns i föregående punkt är uppfyllda.

32 Förstainstansrätten påpekade med rätta i punkt 42 i domen i målet T-335/99 och i punkt 40 i domen i målet T-336/99 att den omständigheten att ett kännetecken allmänt sett är ägnat att utgöra ett varumärke i den mening som avses i artikel 4 i förordning nr 40/94 emellertid inte medför att detta kännetecken nödvändigtvis har särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i denna förordning i förhållande till en bestämd vara eller tjänst.

33 Enligt ordalydelsen i den sistnämnda bestämmelsen får varumärken som saknar särskiljningsförmåga inte registreras.

34 Ett varumärkes särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 innebär att detta varumärke gör det möjligt att säkerställa att den vara som är föremål för registreringsansökan härrör från ett visst företag, och således att särskilja denna vara från andra företags varor (se, beträffande artikel

3.1 b i rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT, L 40, 1989, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178), en bestämmelse som är likalydande med nämnda artikel 7.1 b, dom av den 8 april 2003 i de förenade målen C-53/01–C-55/01, Linde m.fl., REG 2003, s. I-3161, punkt 40).

35 Denna särskiljningsförmåga skall bedömas utifrån de varor eller tjänster som registreringsansökan avser och hur målgruppen, som utgörs av en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument av dessa varor eller tjänster, uppfattar varumärket (se dom i det ovannämnda målet Linde m.fl., punkt 41, och av den 12 februari 2004 i mål C-363/99, Koninklijke KPN Nederland, REG 2004, s. I-1619, punkt 34).

36 I det avseendet framgår det av domskälen i de överklagade domarna att förstainstansrätten inte har gjort någon felaktig rättstillämpning vid sin tolkning av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94.

37 Förstainstansrätten bedömde nämligen i enlighet med domstolens fasta rättspraxis avsaknaden av särskiljningsförmåga hos de ifrågavarande varumärkena dels i förhållande till de varor eller tjänster för vilka registrering av varumärken begärts, dels i förhållande till uppfattningen hos målgruppen, som i förevarande fall utgörs av samtliga konsumenter.

38 Förstainstansrätten påpekade även med rätta att kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan hos tredimensionella varumärken som utgörs av formen på själva varan inte skiljer sig från dem som är tillämpliga på andra kategorier av varumärken. Den erinrade dock om att målgruppen, vid tillämpningen av dessa kriterier, inte nödvändigtvis uppfattar tredimensionella varumärken, som består av formen och färgerna på själva varan, på samma sätt som ett ord- eller

figurmärke, som består av ett kännetecken som är oberoende av utformningen av de varor som det betecknar. Genomsnittskonsumenten är nämligen inte van vid att omedelbart uppfatta form eller förpackningar utan grafik eller text som utmärkande kännetecken för varans ursprung, och det kan således vara svårare att påvisa ett sådant tredimensionellt varumärkes särskiljningsförmåga än ett ord- eller figurmärkes (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovannämnda förenade målen Linde m.fl., punkt 48, och av den 12 februari 2004 i mål C-218/01, Henkel, REG 2004, s. I-1725, punkt 52).

39 Ju mer den form som registreringsansökan avser närmar sig den mest troliga formen för varan i fråga, desto mer sannolikt är det under dessa omständigheter att denna form saknar särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Endast ett varumärke som kraftigt avviker från normen eller från vad som är sedvanligt i branschen, och således uppfyller sitt huvudsakliga syfte att fungera som ursprungsangivelse, har särskiljningsförmåga i den mening som avses i den bestämmelsen (se, beträffande den likalydande bestämmelsen i artikel 3.1 b i det första direktivet 89/104, domen i det ovannämnda målet Henkel, punkt 49).

40 Härav följer att förstainstansrätten inte gjorde någon felaktig rättstillämpning med avseende på denna bestämmelse och på domstolens relevanta rättspraxis när den fastslog att de varumärken för vilka registrering begärts saknar särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94.

41 Vad gäller förstainstansrättens konkreta tillämpning av dessa kriterier på förevarande fall skall det påpekas att den omfattar bedömningar som avser sakomständigheterna. Förstainstansrätten är emellertid dels ensam behörig att fastställa de faktiska omständigheterna, utom då det av handlingarna i målet framgår att de fastställda omständigheterna är materiellt oriktiga, dels ensam behörig att bedöma dessa faktiska omständigheter. Bedömningen av de faktiska omständigheterna är därför inte — utom i det fall då uppgifter som underställts rätten har missuppfattats — en rättsfråga som i sig är underställd domstolens kontroll i ett mål om överklagande (se dom av den 19 september 2002 i mål C-104/00 P, DKV mot harmoniseringsbyrån, REG 2002, s. I-7561, punkt 22).

42 I förevarande fall innehåller de konstateranden som förstainstansrätten gjort ingenting som tyder på att den har missuppfattat de uppgifter som underställts den.

43 I fråga om Henkels argument angående förstainstansrättens påstådda tillämpning av behovet av att utesluta ensamrätt, skall det påpekas att denna grundat sig på avsaknaden av särskiljningsförmåga hos de ifrågavarande tabletternas form och färg.

44 Även om man antar att förstainstansrätten har tagit hänsyn till allmänintresset i sin bedömning av särskiljningsförmågan, har den i vart fall inte gjort någon felaktig rättstillämpning i det avseendet.

45 Vart och ett av de registreringshinder som räknas upp i artikel 7.1 i förordning nr 40/94 skall tillämpas oberoende av varandra. Dessa hinder skall dessutom tolkas mot bakgrund av det allmänintresse som ligger bakom vart och ett av dem (se bland annat, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juni 2002 i mål C-299/99, Philips, REG 2002, s. I-5475, punkt 77, och i det ovannämnda målet Linde m.fl., punkterna 67 och 71).

46 Det allmänintresse som beaktas vid prövningen av vart och ett av dessa hinder kan, eller till och med bör, återspegla olika hänsynstaganden beroende på vilket hinder det gäller.

47 Vad gäller registrering av en färg som varumärke, utan begränsningar i rummet, har domstolen redan fastslagit i dom av den 6 maj 2003 i mål C-104/01, Libertel (REG 2003, s. I-3793, punkt 60), att det bakomliggande allmänintresset i artikel

3.1 b i det första direktivet 89/104, en bestämmelse som är likalydande med artikel 7.1 i förordning nr 40/94, syftar på nödvändigheten av att inte otillbörligen begränsa tillgången på färger för andra aktörer som utbjuder varor eller tjänster av samma slag som dem som registreringsansökan avser.

48 För övrigt konstaterar domstolen att det inte föreligger något allmänt intresse av att ge allt det skydd som avses i förordning nr 40/94 åt ett varumärke som inte fyller sin grundläggande funktion, nämligen att garantera varans eller tjänstens ursprungsidentitet för konsumenten eller den slutlige användaren genom att göra det möjligt att utan förväxlingsrisk särskilja den från sådana varor eller tjänster som har ett annat ursprung.

49 När det slutligen gäller Henkels argument att harmoniseringsbyrån redan har medgett att varumärken som består av en tablettform för tvätt- och diskmaskiner liknande dem för vilka registrering begärts i förevarande fall har särskiljningsförmåga, måste det konstateras att detta argument inte har åberopats vid förstainstansrätten.

50 Om en part tillåts att vid domstolen åberopa en ny grund som han inte har åberopat vid förstainstansrätten skulle innebära att han vid domstolen, som har en begränsad behörighet i mål om överklagande, kunde anhängiggöra en mer omfattande tvist än den som förstainstansrätten har prövat. Domstolen är i ett mål om överklagande således endast behörig att pröva den lägre instansens rättsliga bedömning av de grunder som har behandlats vid den (dom av den 1 juni 1994 i mål C-136/92 P, kommissionen mot Brazzelli Lualdi m.fl., REG 1994, s. I-1981, punkt 59, och beslut av den 28 juni 2001 i mål C-352/99 P, Eridania m.fl. mot rådet, REG 2001, s. I-5037, punkt 53).

51 Det argumentet måste därför avvisas.

52 Med hänsyn till det ovan anförda kan överklagandet inte bifallas på den första delgrunden om ett varumärkes särskiljningsförmåga.

Den andra delgrunden: Definitionen av genomsnittskonsumentens grad av uppmärksamhet

Parternas argument

53 Henkel har medgett att genomsnittskonsumentens grad av uppmärksamhet i princip kan variera beroende på vilken typ av vara det gäller. Henkel har dock, i motsats till förstainstansrättens analys, hävdat att det inte finns någon grund för slutsatsen att konsumenterna inte ägnar någon större uppmärksamhet åt dagligvaror. Företaget anser tvärtom att konsumenten för sådana dagligvaror som de som är i fråga i detta fall har ett särskilt intresse av att känna till inte bara vilken kategori som den aktuella varan tillhör, utan även hur den är beskaffad.

54 Dessutom framhäver tillverkarna av tvätt- och diskmedel i sin reklam kvaliteten på sina olika produkter. Följaktligen förknippar en normalt informerad samt

skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument vissa kvalitetskrav med vissa produkter och försöker att särskilja dem med stöd av deras utseende.

55 Harmoniseringsbyrån har gjort gällande att målgruppen i de överklagade domarna ansetts bestå av alla konsumenter, med tanke på att tvätt- och diskmedel i tablettform är vanligt förekommande konsumtionsvaror. Den anser att om den berörda genomsnittskonsumenten inte ägnar någon större uppmärksamhet åt den exakta formen och färgen på tabletterna, är det just därför att de inte säljs i lösvikt, utan i en förpackning där det räcker att vid varje användning ta fram enbart det antal tabletter som behövs. Konsumenten håller bara dessa tabletter i sin hand några ögonblick och har ingen anledning att under dessa få ögonblick fråga sig vad det är för en tablett den har för avsikt att använda.

Domstolens bedömning

56 Förstainstansrättens konstaterande i punkt 48 i domen i målet T-335/99 och i punkt 46 i domen i målet T-336/99, att det rör sig om dagliga konsumtionsvaror och att genomsnittskonsumenten därför inte ägnar någon större uppmärksamhet åt form och färg på tabletter för tvätt- och diskmaskin, utgör i det avseendet en bedömning som avser sakomständigheter som, vilket påpekas i punkt 41 i den här domen, inte är underställd domstolens kontroll i ett mål om överklagande eftersom den, som i förevarande fall, inte utgör ett missförstånd av de uppgifter som har underställts förstainstansrätten.

57 Under dessa omständigheter kan överklagandet inte heller bifallas på den andra delgrunden om definitionen av genomsnittskonsumentens grad av uppmärksamhet.

Den tredje delgrunden: Den tidpunkt då varumärkenas särskiljningsförmåga skall bedömas

Parternas argument

58 Enligt Henkel har inte förstainstansrätten avgjort frågan vid vilken tidpunkt avsaknaden av särskiljningsförmåga hos de varumärken för vilka registrering begärts skall bedömas. Denna bedömning måste enligt Henkel göras på grundval av de faktiska omständigheterna såsom de förelåg vid ingivandet av registreringsansökan. Den sökande kan endast fatta beslut om huruvida den skall ansöka om att ett varumärke registreras med stöd av de faktiska omständigheter som den har kännedom om vid den tidpunkten. Vid avgörandet av om ett kännetecken har utmärkande drag utöver dem som är typiska för en vara eller som avgörs av tekniska skäl, kan bara de varor som är kända vid ingivandet av denna ansökan och deras typiska egenskaper beaktas.

59 Henkel har, med hänvisning till situationen på marknaden vid tidpunkten för ingivandet av dess registreringsansökningar, gjort gällande att villkoret avseende särskiljningsförmågan var uppfyllt vid denna tidpunkt. Henkel anser att den typiska formen för tvätt- och diskmedel då var i pulverform, och att bara idén med tabletter gav dessa produkter en särskiljande egenskap som överträffade formen på tabletterna, vilken då var vanlig och nödvändig av tekniska skäl. Henkel har hävdat att de varumärken för vilka registrering begärts, med sina fritt utformade drag, som varken är nödvändiga av tekniska skäl eller förknippade med produkten, hade särskiljningsförmåga i förhållande till de produkter som vid den tiden fanns på marknaden.

60 Harmoniseringsbyrån har gjort gällande att förstainstansrätten i de överklagade domarna inte fann det nödvändigt att avgöra den punkten av det skälet att särskiljningsförmåga saknades hos de ifrågavarande varumärkena när registreringsansökningarna ingavs. Den har hävdat att kraven för registrering av ett gemenskapsvarumärke skall vara uppfyllda både när ansökan inges och när varumärket registreras. I förevarande fall var det särskilt den omständigheten att kombinationen av tabletternas form och färger hade blivit vanlig som utgjorde hinder för registrering.

Domstolens bedömning

61 Såsom framgår av punkt 34 i den här domen har ett varumärke särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 om den gör det möjligt att särskilja de varor eller tjänster för vilka registrering begärts från andra företags varor eller tjänster.

62 I förevarande fall ansåg förstainstansrätten med rätta i punkt 57 i domen i målet T-335/99 och i motsvarande punkt i domen i målet T-336/99 att det inte var nödvändigt att avgöra frågan om den relevanta tidpunkten för att bedöma varumärkenas särskiljningsförmåga i den mening som avses i denna bestämmelse, eftersom den hade fastslagit att de varumärken för vilka registrering begärts inte gör det möjligt att särskilja ursprunget för de ifrågavarande varorna och eftersom denna slutsats inte kunde påverkas av det större eller mindre antal liknande tabletter som redan fanns på marknaden.

63 Under dessa omständigheter gjorde förstainstansrätten inte någon felaktig rättstillämpning när den ansåg att det inte fanns någon anledning att ta ställning till frågan vid vilken av de två tidpunkterna de ifrågavarande varumärkenas särskiljningsförmåga skall bedömas.

64 Överklagandet kan således inte heller bifallas på den tredje delgrunden om den tidpunkt då ett varumärkes särskiljningsförmåga skall bedömas.

65 Av det ovan anförda följer att överklagandena saknar grund och således skall ogillas.

Rättegångskostnader

66 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 118 i samma regler skall tillämpas i mål om överklagande, skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna om detta har yrkats. Harmoniseringsbyrån har yrkat att Henkel skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Henkel har tappat målet och skall därför ersätta rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

följande dom:

1) **Överklagandena ogillas.**

2) **Henkel KGaA skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Skouris Cunha Rodrigues Puissochet

Schintgen Macken

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 29 april 2004.

R. Grass V. Skouris

Justitiesekreterare Ordförande