RETTENS DOM (Anden Afdeling)

19. september 2001 *

I sag T-337/99,

Henkel KGaA, Düsseldorf (Tyskland), ved advokaterne H.F. Wissel og C. Osterrieth, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

* Processprog: tysk.

angående en påstand om annullation af afgørelse af 21. september 1999 (sag R 73/1999-3) fra Tredje Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design), der er meddelt sagsøgeren den 28. september 1999,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Afdeling)

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

justitssekretær: fuldmægtig D. Christensen,

på grundlag af stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 26. november 1999,

på grundlag af svarskrift indleveret til Rettens Justitskontor den 17. februar 2000,

og efter mundtlig forhandling den 5. april 2001,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Den 15. december 1997 indgav sagsøgeren i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret, en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«).

2 Det tredimensionale varemærke, som der er ansøgt om registrering af, fremtræder i den grafiske fremstilling heraf, som sagsøgeren har indleveret, i form af en rund tablet, der indeholder to lag, hvis farver — hvid (nederste del) og rød (øverste del) — der ligeledes er gjort krav på.

3 De tjenesteydelser, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 36 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«.

4 Harmoniseringskontorets undersøger fremsatte ved meddelelse af 28. september 1998 indsigelser mod ansøgningen på grundlag af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 og fastsatte en frist på to måneder for sagsøgeren til at fremkomme med sine bemærkninger, hvilket sagsøgeren gjorde ved skrivelse af 9. oktober 1998.

5 Sagsøgeren bemærkede i en skrivelse af 6. januar 1999 til Harmoniseringskontoret, at en konkurrents varemærkeansøgning, der angik tilsvarende tabletter til opvaskemaskine, var blevet offentliggjort i EF-varemærketidende.

6 Undersøgeren afviste ved afgørelse af 26. januar 1999 ansøgningen i henhold til artikel 38 i forordning nr. 40/94. Undersøgeren gentog i den første del af afgørelsen begrundelsen for de indsigelser, der fandtes i meddelelsen af 28. september 1998. I den anden del anførte undersøgeren, at sagsøgeren ikke havde taget stilling til denne meddelelse inden for den deri fastsatte frist på to måneder, og at der derfor ville blive truffet afgørelse om ansøgningen på det foreliggende grundlag. I den tredje del præciserede undersøgeren, at argumenterne i skrivelsen af 6. januar 1999 var blevet taget under overvejelse, men at de ikke var taget til følge.

7 Undersøgeren sendte den 3. februar 1999 sagsøgeren en kopi af afgørelsen af 26. januar 1999, der var ledsaget af følgende tekst: »Det er åbenbart, at vedlagte meddelelse, som blev sendt til Dem den 26. januar 1999, ikke er retmæssig, idet Harmoniseringskontoret modtog Deres stillingtagen inden for fristen. De bedes derfor anse denne meddelelse for værende uden retsvirkning.« Samme dag sendte undersøgeren sagsøgeren en ny afgørelse, der afviste EF-varemærkeansøgningen.

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

9 Klagen blev afvist ved afgørelse af 21. september 1999 (herefter »den anfægtede afgørelse«).

10 Appelkammeret fandt i det væsentlige, at artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 var til hinder for registreringen af det ansøgte varemærke. Appelkammeret vurderede, at et varemærke for at kunne registreres skal adskille de varer, som der er ansøgt om registrering af, i henhold til deres oprindelse og ikke i henhold til deres art. Hvad angår et tredimensionalt varemærke, der indskrænker sig til at gengive varen, indebærer dette krav, at varens form skal være tilstrækkelig original til, at den let indprenter sig i hukommelsen, og at den markerer sig i forhold til det, der er sædvanligt i handelen. Under hensyn til dels risikoen for, at der gennem beskyttelsen af varens form gives varemærkeindehaveren et monopol på formen, og dels at det er nødvendigt at tage forskellen mellem varemærkeretten og brugsmodel- og mønsterretten i betragtning, skal kriterierne for bedømmelse af det fornødne særpræg være ganske strenge. I denne sag opfylder varemærkeansøgningen ikke disse strengere krav. Ifølge appelkammeret er den form, som sagsøgeren gør krav på, hverken særlig speciel eller usædvanlig, men henhører under de grundformer, der er typiske på det pågældende marked. Ligeledes giver farvesammensætningen, nemlig rød og hvid, ikke den form, der er gjort krav på, nogen særegenhed. Appelkammeret tilføjede, at hverken den manglende ensartethed i Harmoniseringskontorets afgørelsespraksis eller de tidligere registreringer, som sagsøgeren har påberåbt sig, kan være bindende for dets afgørelse.

Parternes påstande

11 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Sagsøgte tilpligtes at betale sagens omkostninger.

12 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

13 Sagsøgeren har gjort tre anbringender gældende. Det første vedrører tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Det andet vedrører »magtfordrejning« og tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. Det tredje omhandler en tilsidesættelse af retten til kontradiktion. Det tredje anbringende skal behandles først.

Anbringendet om tilsidesættelse af retten til kontradiktion

14 Sagsøgeren er af den opfattelse, at appelkammeret ikke har behandlet de argumenter, der findes i selskabets skrivelse af 9. oktober 1998, hvilket udgør en tilsidesættelse af sagsøgerens ret til kontradiktion.

15 Det fremgår imidlertid af punkt 3 i den anfægtede afgørelse, at appelkammeret har gjort sig bekendt med sagsøgerens skrivelse af 9. oktober 1998. De argumenter, sagsøgeren er fremkommet med i denne skrivelse, er i det væsentlige taget i betragtning af appelkammeret ved den begrundelse, der førte til den nævnte afgørelse. Dette anbringende kan derfor ikke tages til følge.

Anbringendet om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

16 Sagsøgeren er af den opfattelse, at appelkammeret ikke har taget hensyn til, at det ansøgte varemærke har det fornødne særpræg, idet sagsøgeren har præciseret, at en minimal adskillelsesevne er tilstrækkelig til at begrunde, at et tegn beskyttes i henhold til forordning nr. 40/94.

17 Sagsøgeren har anført, at det ansøgte varemærke har det fornødne særpræg på grund af farvesammenstillingen, og har erindret om, at farver i henhold til forordning nr. 40/94 kan registreres som varemærker. Sagsøgeren har påberåbt sig holdningen hos en forfatter, der mener, at anerkendelsen af farver og af farvekombinationer som varemærker ikke må modarbejdes gennem en restriktiv anvendelse af registreringshindringerne.

18 Sagsøgeren mener, at det ansøgte varemærke ligeledes har fornødent særpræg på grund af dets form, og har kritiseret appelkammerets holdning, hvorefter det kræves, at en tredimensional form har en speciel karakter og er let at huske, dvs. har en originalitet, der gør, at den adskiller sig fra det, der er sædvanligt inden for handelen. Ifølge sagsøgeren er det forhold, at en tredimensional form er særegen

eller original, alene afgørende for undersøgelsen af, om betingelserne for beskyttelse af mønstre og modeller er opfyldt. Hvad angår et varemærkes fornødne særpræg, er det alene et spørgsmål om, hvorvidt en vares form eller sammensætningen af bestemte farver, der anvendes, i omsætningen kan forstås som en angivelse af den pågældende vares oprindelse.

19 Sagsøgeren har beskrevet udviklingen inden for de forskellige præsentationsformer for vaskemidler og opvaskemidler. Sagsøgeren har anført, at præsentationsformen med tofarvede tabletter er fremkommet for nylig, og at der kan anvendes adskillige former for sådanne tabletter. På samme måde kan valget af farver og disses placering på tabletten varieres meget.

20 Ifølge sagsøgeren karakteriseres situationen på markedet for disse varer af, at der findes et begrænset antal hovedproducenter, og at antallet af varer i form af tofarvede tabletter på de forskellige nationale markeder er meget begrænset. Forbrugerne har under disse omstændigheder fra starten forbundet de vaskemidler, der fremstilles i form af tofarvede tabletter, med et meget begrænset antal producenter af varemærkeartikler, hvoriblandt sagsøgeren er at finde. Denne opfattelse hos forbrugerne er ifølge sagsøgeren blevet forstærket og varigt indarbejdet gennem en omfattende og længerevarende reklamering, der har understreget de to farver, der karakteriserer varen, og den særlige form, som vasketabletter har. Sagsøgeren har understreget omfanget af de udgifter, selskabet har haft til denne reklamering, og størrelsen af den omsætning, det har på de pågældende varer.

21 Sagsøgeren har påberåbt sig den overskuelige situation, der er på markedet, og den interesse, som enhver producent har i dels at adskille sine varer fra andre producenters ved hjælp af en form og en bestemt farvelægning, og dels i at gøre sine varer synlige under denne form også på varens emballage, til støtte for, at det ikke kan forsvares at fastholde, at en specifik kombination af form og farver i sig selv er uegnet til at betegne den pågældende vares oprindelse. Sagsøgeren har den opfattelse, at spørgsmålet om rækkevidden af beskyttelsen af et sådant vare-

mærke skal behandles for sig selv. Det forhold, at denne beskyttelse i særlige tilfælde kan være meget begrænset, berettiger ifølge sagsøgeren ikke til, at en given kombination af form og farver uden videre frakendes ethvert fornødent særpræg.

22 Sagsøgeren har, idet selskabet har fremlagt betydelig dokumentation, henvist til forskellige registreringsansøgninger for vaskemidler og opvaskemidler i tabletform, både nationalt og internationalt, hvoraf visse har ført til registreringer. Ifølge sagsøgeren fremgår det af disse oplysninger dels, at alle de kendte producenter af varemærkeartikler inden for området vaskemidler og opvaskemidler altid har haft den opfattelse, at tabletters form og bestemte farver er distinktive elementer, der betegner producenten, og dels at flere varemærkemyndigheder har anerkendt, at tabletter kan være varemærker. Sagsøgeren har påberåbt sig en afgørelse fra en italiensk ret, der anerkendte, at et varemærke, som efter sagsøgerens opfattelse er tilsvarende det anfægtede varemærke, var gyldigt.

23 Ifølge sagsøgeren skal det ansøgte varemærkes fornødne særpræg bedømmes på det tidspunkt, hvor registreringsansøgningen blev indgivet, således at konkurrenternes brug af tilsvarende former og farver efter denne dato ikke kan anvendes til at anfægte det ansøgte varemærkes fornødne særpræg. Sagsøgeren har dog den opfattelse, at dette punkt ikke er afgørende for den foreliggende sag, idet sagsøgeren er den eneste virksomhed, der fremstiller tabletter, der består af et rødt lag og et hvidt lag, til vaskemaskine og opvaskemaskine.

24 Sagsøgeren har endelig gjort gældende, at det ansøgte varemærke har opnået det fornødne særpræg for selskabets vare Persil Color som følge af den brug, der er gjort heraf, i overensstemmelse med artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, navnlig på grund af den helt specielle farvekombination (rød og hvid).

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

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

27 Harmoniseringskontoret har understreget, at de retlige kriterier til bedømmelse af det fornødne særpræg for tredimensionale varemærker, der som i den foreliggende sag består af selve varens form, hverken er anderledes eller strengere end de kriterier, der anvendes på andre varemærker. Harmoniseringskontoret har den opfattelse, at den formulering, som Appelkammeret har anvendt i den anfægtede afgørelse, og som kan forstås som en antagelse af, at det er nødvendigt med strengere kriterier for tredimensionale varemærker (punkt 23 og 24 i den anfægtede afgørelse), kan give anledning til forvirring, men dette punkt er ikke afgørende i den anfægtede afgørelse. Harmoniseringskontoret har imidlertid anført, at en vares form ikke betegner varens oprindelse på samme måde som ord eller figurelementer, der anbringes på varen eller dens emballage.

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

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

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

31 Harmoniseringskontoret har for det andet foretaget en analyse af det ansøgte varemærke.

32 Ifølge Harmoniseringskontoret er det ansøgte varemærkes form, der udgør en rund skive, ikke usædvanlig og er ikke fantasifuld, men den er tværtimod banal og gængs på markedet.

33 Hvad angår farverne mener Harmoniseringskontoret, at tilføjelsen af et rødt lag ikke giver det ansøgte tegn det fornødne særpræg. Harmoniseringskontoret har den opfattelse, at der ikke er tale om en kombination af farver, når kun én farve anvendes sammen med grundfarven (hvid eller grå) for produkter til vaskemaskine eller opvaskemaskine.

34 Ifølge Harmoniseringskontoret er den ansøgte farve en af grundfarverne. Harmoniseringskontoret har erklæret, at alle tabletter på markedet, der består af to lag, har et farvet lag sammen med en af grundfarverne (rød, grøn eller blå). Hvis Harmoniseringskontoret skulle anerkende, at sådanne banale farvelægninger havde fornødent særpræg, ville de varemærkeansøgninger, som kontoret modtog vedrørende vaskemiddeltabletter, der har farverne rød, blå eller grøn, omfatte næsten enhver normal farvelægning og ville føre til en monopolisering af varens form.

35 Harmoniseringskontoret har anført, at de farver, der anvendes i tablettens forskellige lag eller dele, angiver, at der er flere aktive ingredienser, og tjener således til at oplyse forbrugeren om varens egenskaber, hvilket er understreget i den reklame, der er foretaget for de pågældende tabletter. Harmoniseringskontoret har i øvrigt bemærket, at det fremgår af måden, hvorpå tabletterne anvendes, at forbrugeren ikke anser deres farver for en betegnelse af varens oprindelse.

36 Harmoniseringskontoret har anført, at argumentet om, at sagsøgeren er den eneste virksomhed, der producerer røde og hvide tabletter, ikke er relevant. Harmoniseringskontoret har erindret om, at de betragtninger vedrørende den brug, der er gjort af varemærket, er relevante for en undersøgelse i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, og at sagsøgeren for første gang har påberåbt sig denne bestemmelse i stævningen og således for sent.

37 Harmoniseringskontoret har den opfattelse, at det ikke kan udledes af det forhold, at sagsøgerens konkurrenter har valgt andre farver til deres tabletter, at

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

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

39 Ifølge Harmoniseringskontoret skal varemærkets fornødne særpræg bedømmes på tidspunktet for registreringen. Harmoniseringskontoret har anført, at sagsøgerens konkurrenter — inden indgivelsen af den foreliggende varemærkeansøgning — på markedet har introduceret tabletter, der har form af runde skiver.

Rettens bemærkninger

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

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 mærket giver præcise oplysninger om identiteten af den producent, der har fremstillet varen, eller den, der har præsteret tjenesteydelsen. Det er tilstrækkeligt, at varemærket giver mulighed for, at den pågældende omsætningskreds kan adskille den vare eller tjenesteydelse, som det omfatter, fra dem, der har en anden kommerciel oprindelse, og at det giver mulighed for at fastslå, at alle de varer eller tjenesteydelser, som det omfatter, er blevet fremstillet, markedsført eller leveret under kontrol af varemærkeindehaveren, der er ansvarlig for deres kvalitet (jf. i denne henseende Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 28).

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

47 Appelkammeret har vedrørende opfattelsen i den relevante omsætningskreds 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 relevante omsætningskreds for disse varer er gruppen af samtlige forbrugere. Det ansøgte varemærkes fornødne særpræg skal således bedømmes under hensyntagen til den formodede forventning hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger (jf. analogt Domstolens dom af 16.7.1998, sag C-210/96, Gut Springenheide og Tusky, Sml. I, s. 4657, præmis 30, 31 og 32).

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

49 For at bedømme, om kombinationen af den omtvistede tablets form og farvelægning i omsætningen 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, nemlig en rund tablet, 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, hvoraf det ene er hvidt og det andet rødt, skal det anføres, at den pågældende omsætningskreds er vant til, at der er forskellige farveelementer i et vaskemiddel. Vaskepulver, som er den form, disse varer traditionelt udbydes i, har oftest en meget lys grå eller beige farve og synes næsten hvidt. Det indeholder ofte partikler i en eller flere forskellige farver. Den reklamering, som sagsøgeren og de andre vaskemiddelproducenter foretager, fremhæver, at disse partikler viser, at der er forskellige aktive stoffer. De farvede partikler henviser således til visse kvaliteter ved varen, uden at de kan anses for en beskrivende betegnelse i henhold til artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94. Det kan imidlertid ikke udledes af, at denne sidstnævnte registreringshindring ikke finder anvendelse, at de farvede elementer nødvendigvis giver det ansøgte varemærke det fornødne særpræg. Dette særpræg mangler, når den tilsigtede omsætningskreds, som det er tilfældet i denne sag, bibringes den opfattelse, at de farvede elementer skal forstås som en henvisning til visse kvaliteter ved varen, og ikke som en betegnelse af dens oprindelse. Muligheden for, at forbrugerne ikke desto mindre kan blive vant til at genkende varen i kraft af dens farver, er ikke i sig selv tilstrækkelig til at fjerne registreringshindringen i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. En sådan udvikling i omsætningens opfattelse kan, når den er fastslået, alene tages i betragtning i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

52 Det forhold, at de farvede partikler i denne sag ikke er regelmæssigt fordelt over hele tabletten, men er koncentreret i den øverste del heraf, er ikke tilstrækkeligt til, at tablettens fremtræden kan anses for en betegnelse for varens oprindelse. Når det drejer sig om at sammensætte forskellige stoffer i et produkt til vaskemaskine eller opvaskemaskine, der er i tabletform, er tilføjelsen af et lag en af de løsninger, der falder meget naturligt.

53 Det er i denne forbindelse uden betydning, at sagsøgeren er den eneste virksomhed, der anvender den røde farve til tabletter, der består af to lag. 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.

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

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

58 Hvad dernæst angår sagsøgerens argumenter om de nationale varemærkemyndigheders praksis og anerkendelsen af et tilsvarende tegns fornødne særpræg i en afgørelse fra en italiensk ret, skal det bemærkes, at registreringer, der allerede er foretaget i medlemsstaterne, er et forhold, som — uden at være bestemmende — alene kan tages i betragtning ved registreringen af et EF-varemærke (Rettens dom af 16.2.2000, sag T-122/99, Procter & Gamble mod Harmoniseringskontoret (sæbes form), Sml. II, s. 265, præmis 61, og af 31.1.2001, sag T-24/00, Sunrider mod Harmoniseringskontoret (VITALITE), Sml. II, s. 449, præmis 33). De samme betragtninger gælder for praksis fra medlemsstaternes retter. Det fremgår endvidere af Harmoniseringskontorets besvarelse af Rettens spørgsmål, at de nationale varemærkemyndigheders praksis vedrørende tredimensionale varemærker, der udgøres af tabletter til vaskemaskine eller opvaskemaskine, ikke er ensartet. Appelkammeret kan derfor ikke bebrejdes, at det ikke har taget hensyn til den nævnte praksis og til en national retspraksis.

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.

62 Sagsøgeren har endvidere gjort gældende — uden udtrykkeligt at gøre et anbringende gældende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 — at det ansøgte varemærke har fornødent særpræg i kraft af den brug, der er gjort heraf. Da denne argumentation ikke er blevet fremført for appelkammeret, kan Retten ikke behandle den (jf. Rettens dom af 8.7.1999, sag T-163/98, Procter & Gamble mod Harmoniseringskontoret, BABY-DRY, Sml. II, s. 2383, præmis 48-51).

Anbringendet vedrørende »magtfordrejning« og tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet

Parternes argumenter

63 Sagsøgeren har til støtte for anbringendet om »magtfordrejning« gjort gældende, at Harmoniseringskontoret har tilladt offentliggørelsen af visse EF-varemærkeansøgninger, der er tilsvarende sagsøgerens, for varer inden for samme område eller et tilgrænsende område. Sagsøgeren har navnlig påberåbt sig EF-vare-

mærkeansøgning nr. 809 830 fra selskabet Benckiser NV. Sagsøgeren har den opfattelse, at appelkammeret hermed har tilsidesat ligebehandlingsprincippet.

64 Sagsøgeren har i øvrigt den opfattelse, at den anfægtede afgørelse er i strid med det overordnede mål i fællesskabsretten generelt og i særdeleshed med EF-varemærkeforordningen, der har til formål at harmonisere varemærkeretten på fællesskabsniveau. Ifølge sagsøgeren kan dette harmoniseringsformål ikke virkelig opfyldes, medmindre varemærkeretten fortolkes på ensartet vis.

65 Harmoniseringskontoret har anført, at den af sagsøgeren påberåbte varemærkeansøgning ikke har ført til en registrering. Selv om det i øvrigt antages, at Harmoniseringskontoret reelt har registreret dette varemærke, er en sådan afgørelse fejlagtig, og sagsøgeren kan ikke henholde sig hertil til støtte for, at der træffes en afgørelse, der er en gentagelse af denne fejl.

Rettens bemærkninger

66 Det bemærkes, at begrebet magtfordrejning i fællesskabsretten har et klart afgrænset indhold, og at der ved magtfordrejning forstås, at en administrativ myndighed har anvendt sine beføjelser til at fremme et andet formål end det, der ligger til grund for beføjelserne. Det fremgår herved af fast retspraksis, at en beslutning kun kan anses for at udgøre magtfordrejning, når det på grundlag af objektive, relevante og samstemmende indicier må antages, at beslutningen er truffet for at forfølge andre formål end dem, der er angivet (jf. bl.a. Rettens dom af 24.4.1996, forenede sager T-551/93, T-231/94, T-232/94, T-233/94 og T-234/94, Industrias Pesqueras Campos m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 247, præmis 168). Sagsøgeren er ikke fremkommet med noget forhold, hvoraf

det kan udledes, at den anfægtede afgørelse havde et andet formål end at efterprøve, om det ansøgte varemærke opfyldte registreringsbetingelserne i forordning nr. 40/94.

67 I det omfang sagsøgeren med dette anbringende vil gøre gældende, at der er sket en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, fremgår det af Harmoniseringskontorets besvarelse af Rettens spørgsmål, at den varemærkeansøgning, hvis offentliggørelse er blevet påberåbt af sagsøgeren, blev afvist af undersøgeren, efter at nærværende sag var anlagt, og at denne afgørelse i øjeblikket behandles af et appelkammer. Det argument, der støttes på offentliggørelsen af denne varemærkeansøgning, er således under alle omstændigheder ubegrundet. Det følger heraf, at dette anbringende ikke kan tages til følge.

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

Sagens omkostninger

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

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling)

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

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

Meij Potocki Pirrung

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

H. Jung

Justitssekretær

A.W.H. Meij

Afdelingsformand