

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

25. september 2002 *

I sag T-316/00,

Viking-Umwelttechnik GmbH, Kufstein (Østrig), ved advokat S. Völker,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved A. von Mühlendahl, E. Joly og S. Bonne, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af den afgørelse, der blev truffet af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) den 28. juli 2000 (sag R 558/1999-1), om afslag på at registrere en sammenstilling af farverne grøn og grå som EF-varemærke,

* Processprog: tysk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, og dommerne V. Tiili og P.Mengozzi,

justitssekretær: fuldmægtig J. Plingers,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 9. oktober 2000,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 4. januar 2001,

efter mundtlig forhandling den 27. februar 2002,

afsagt følgende

Dom

Baggrunden for tvisten

1 Den 30. januar 1997 indgav sagsøgeren i medfør af Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som

ændret, en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM).

- 2 Det varemærke, der er søgt registreret, er selve sammenstillingen af to farver, der gengives ved et grønt rektangel i referencefarven Pantone 369c, placeret oven over et gråt rektangel i referencefarven Pantone 428u.

- 3 De varer, som mærket ønskes registreret for, henhører under klasse 7 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret. Varerne er beskrevet som følger: »Kompostkværne og -snittere; motorfræsere; plæneklippere; frontklippere; traktorplæneklippere; plæneluftere; græs-trimmere; hækkesakse; fejmaskiner; snerydningsmaskiner; plove; motorsave; udtyndingsmaskiner; højtryksrensere; alle maskiner drevet med motor, med dele, reservedele og tilbehør«.

- 4 Ved afgørelse af 23. juli 1999 afslog undersøgeren ansøgningen i medfør af artikel 38 i forordning nr. 40/94, med den begrundelse, at kombinationen af farverne grøn og grå manglede fornødent særpræg og var beskrivende for de anførte varer i disse begrebers forstand i forordningens artikel 7, stk. 1, litra b) og c).

- 5 Den 31. august 1999 indgav sagsøgeren i medfør af artikel 59 i forordning nr. 40/94 en klage til Harmoniseringskontoret over undersøgerens afgørelse.

- 6 Ved afgørelse af 28. juli 2000 (herefter »den anfægtede afgørelse«), som blev meddelt sagsøgeren den 7. august 2000, har Første Appelkammer stadfæstet afslaget på registrering af det ansøgte varemærke. Appelkammeret har i det væsentlige anført, at det anmeldte tegn mangler fornødent særpræg i betydningen i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

Parternes påstande

- 7 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

- 8 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

- 9 Sagsøgeren har fremsat to anbringender om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), og af artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94.

- 10 Det bemærkes, at selv om appelkammeret har fremsat bemærkninger, som kan henføres til betingelsen om, at mærket ikke blot er beskrivende, har det imidlertid i den anfægtede afgørelses punkt 24 afslået ansøgningen for det omhandlede tegn i medfør af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Anbringendet om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra c), er derfor irrelevant.

- 11 Som følge heraf er det alene anbringendet om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, der skal undersøges.

Parternes argumenter

- 12 Sagsøgeren har anført, at det principielt er muligt at beskytte farver ved registrering af et varemærke, hvilket fremgår af den i forordning 40/94, artikel 4, indeholdte definition af de tegn, som et EF-varemærke kan bestå af. Sagsøgeren mener, at denne definition stemmer overens med en moderne opfattelse af varemærkerne, som i stigende omfang består af ukonventionelle tegn, som f.eks. lyde, farver eller indpakning.

- 13 Sagsøgeren har gjort gældende, at anvendelse af farver som middel til identifikation af en virksomhed, og ikke som et dekorativt element, gør det muligt for offentligheden at genkende virksomhedens varer på afstand blandt andre varer, mens andre elementer, som f.eks. et ordmærke, muliggør den endelige identifikation af varen.
- 14 Sagsøgeren finder, at der er en kommerciel interesse i at beskytte farver abstrakt og uafhængigt af fremtrædelsesformen, eftersom de anvendes i forskellige dimensioner på forskellige former for informationsbærere eller på varerne selv.
- 15 Sagsøgeren har anført, at individualiseringen af et vare med hjælp af den anmeldte farvekombination især for små redskaber sker ved en fordeling af den grønne og den grå farve på plastikkappen.
- 16 Sagsøgeren gør gældende, at det ikke er en forudsætning for, at farvekombinationen kan have fornødent særpræg, at den er meget usædvanlig. Et sådant kriterium er uegnet, fordi en kombination, som en virksomhed har anvendt i lang tid, ikke længere er meget usædvanlig. Det gælder ligeledes, at hvis en virksomhed begynder at anvende kombinationen efter at have registreret den som varemærke, ophører den med at være meget usædvanlig, så snart anvendelsen har haft en vis succes.
- 17 Hvad angår den grå farve har sagsøgeren anført, at der er tale om en bestemt grå farvetone (pantone 428u), som i almindelighed ikke anvendes til plastikprodukter, og at nærmere definition af farven er uden betydning for vurderingen af, om den har fornødent særpræg.

- 18 Angående den grønne farve har sagsøgeren understreget, at selskabets konkurrenters produkter er forsynet med flere forskellige farver. Denne farve spiller ikke nogen særlig rolle for de omhandlede varer, og det forhold, at den muligvis vil blive forbundet med naturen, har ingen særlig betydning for vurderingen af, om den har fornødent særpræg, navnlig fordi den består af en bestemt farvetone, der er sammenstillet med en anden farvenuance.
- 19 Endelig har sagsøgeren understreget, at den konkrete sammenstilling af bestemte farvenuancer giver varerne et specifikt visuelt præg og en særegen karakter, som kendetegner dem i forhold til andre varer, hvilket giver varemærket det fornødne mindstemål af adskillelsesevne.
- 20 Harmoniseringskontoret er uenig i sagsøgerens argumentation. Kontoret har gjort gældende, at det anmeldte tegn ikke blot skal opfylde betingelserne i artikel 4 i forordning nr. 40/94, men også bestemmelserne i forordningens artikel 7, stk. 1. Harmoniseringskontoret har i den henseende anført, at det er en betingelse, at farverne gør det muligt for offentligheden at skelne sagsøgerens varer fra konkurrenternes, og at de ikke blot opfattes som et almindeligt dekorativt element eller som en henvisning til en egenskab ved varen eller dennes beskaffenhed.
- 21 Harmoniseringskontoret har anført, at visse kategorier af varemærker grundlæggende mangler fornødent særpræg, når den tilsigtede omsætningskreds ikke sætter tegnet i forbindelse med en bestemt virksomhed. Dette er tilfældet for farver, når der ikke er krævet beskyttelse for en bestemt fremtrædelsesform for varen.
- 22 Harmoniseringskontoret har endelig gjort gældende, at sammenstillingen af farverne grøn og grå formidler indtrykket af en grøn farvetone — som er almindeligt forekommende og har signalværdi for de omhandlede varer — anbragt på en lysegrå baggrund, hvilken farve ikke tiltrækker offentlighedens opmærksomhed, da den ligger tæt op ad farven på metal og er sædvanlig for mange forskellige former for informationsbærere. Kombinationen af grøn og grå

vil således ikke af de tilsigtede omsætningskredse blive opfattet som en oprindelsesangivelse.

Rettens bemærkninger

- 23 Det skal først bemærkes, at farver eller kombinationer af farver i sig selv kan udgøre EF-varemærker, når de er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra en anden virksomheds varer eller tjenesteydelser.
- 24 Imidlertid medfører det forhold, at en kategori af tegn generelt er egnet til at udgøre et varemærke, ikke, at de tegn, der henhører under denne kategori, nødvendigvis har fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 i forhold til en bestemt vare eller tjenesteydelse.
- 25 De af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 omfattede tegn, som mangler fornødent særpræg, anses for uegnede til at udføre varemærkets væsentligste funktion, nemlig at angive varens eller tjenesteydelsens oprindelse, således at en forbruger, som erhverver den vare eller tjenesteydelse, der er omfattet af varemærket, ved en senere erhvervelse kan gentage oplevelsen, hvis den er positiv, eller undgå den, hvis den er negativ.
- 26 Et varemærkes fornødne særpræg skal bedømmes dels i forhold til de varer eller tjenesteydelser, det er søgt registreret for, dels i forhold til den opfattelse, som den tilsigtede omsætningskreds har af disse varer eller tjenesteydelser.

- 27 Yderligere bemærkes, at artikel 7, stk. 1, litra b) i forordning nr. 40/94 ikke sondrer mellem forskellige arter af tegn. Opfattelsen hos den tilsigtede omsætningskreds er dog ikke nødvendigvis den samme, når der er tale om et tegn, der består af selve en farve eller en farvekombination, 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. Selv om offentligheden er vant til umiddelbart at opfatte ord- eller figurmærker som tegn, der angiver varens oprindelse, er det samme ikke nødvendigvis tilfældet for tegn, der går ud i ét med fremtrædelsesformen for den vare, for hvilken tegnet er søgt registreret.
- 28 Det skal først og fremmest bemærkes, at de varer, som er omfattet af registreringsansøgningen, er bestemt til samtlige forbrugere og således ikke til specialiserede aftagere. Den relevante omsætningskreds må således anses for at bestå af gennemsnitsforbrugeren, som er almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Der skal imidlertid tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugeren må stole på det ufuldstændige billede, han i erindringen har af de forskellige varer. Der må også tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugers opmærksomhedsniveau kan variere, alt efter hvilken kategori af varer der er tale om (jf. i denne retning Domstolens dom af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 26).
- 29 Hvad angår den grønne farve bemærkes, at den anvendes almindeligt for de omhandlede produkter og derfor ikke udgør et element, som uden videre vil blive opfattet og husket som en angivelse af den forretningsmæssige oprindelse. I øvrigt bemærkes, at den grønne nuance, som anvendes i den af registreringsansøgningen omfattede sammenstilling, ikke i tilstrækkelig synlig grad afviger fra de grønne nuancer, som sædvanligt anvendes inden for den omhandlede varesektor.
- 30 For så vidt angår den grå farve bemærkes, at den ikke udviser noget særpræg, som kan give forbrugeren en anden opfattelse, end at den er materialets naturlige farve, eller at den blot er en farvelægning af dette materiale eller af varens udstyr.

- 31 Da det tegn, der er søgt registreret, består af en sammenstilling af de to farver, der er undersøgt ovenfor, skal det vurderes, om den helhed, som sammenstillingen udgør, har fornødent særpræg.
- 32 I den forbindelse skal det for det første tages i betragtning, at som det fremgår af de eksempler, der er anført i Harmoniseringskontorets svarskrift, finder disse to farver eller lignende farvenuancer faktisk almindelig anvendelse sammen i forbindelse med produkter til havebrug.
- 33 Yderligere bemærkes, at den blotte sammenstilling af grønne og grå farver, som er gengivet i registreringsansøgningen, fremtræder abstrakt og ubestemt i forhold til de omhandlede varer og ikke udgør en kombination af de nævnte farver i et bestemt arrangement. I den forbindelse har appelkammeret med rette påpeget, at der ikke er anmeldt nogen bestemt indbyrdes placering af farverne.
- 34 En sådant tegn kan følgelig ikke opfattes og genkendes, fordi en vilkårlig fordeling af farverne på varerne kan resultere i mange forskellige udformninger, som ikke gør det muligt for forbrugeren at opfatte og huske en bestemt kombination, som han umiddelbart og med sikkerhed ville kunne benytte med henblik på at gentage en bestemt købsoplevelse.
- 35 Denne vurdering bekræftes i øvrigt — som eksemplerne fra det katalog, sagsøgeren fremlagde under retsmødet, viser — af den omstændighed, at varerne, der er forsynet med de farver, som ønskes registreret, har forskellige former, hvorfor det ikke er muligt at sætte farverne sammen på samme måde og dermed at anvende tegnet ensartet i en bestemt udformning og i et bestemt arrangement af de to elementer i sammenstillingen. Hertil kommer, at det af

samme katalog fremgår, at sammenstillingen af grøn og sort for visse varer er mere iøjnefaldende.

- 36 Endelig er det, hvad angår sagsøgerens argument om, at de anvendte farver gør det muligt for forbrugeren på afstand at genkende varer, der hører til samme produktserie, tilstrækkeligt at bemærke, at sagsøgeren i forbindelse med dette argument samtidig indrømmer, at den endelige identifikation af varens forretningsmæssige oprindelse foretages ved hjælp af andre karakteristiske elementer, navnlig et ordmærke.
- 37 Forbrugeren vil derfor ikke opfatte sammenstillingen af grøn og grå som et tegn, der angiver, at produkterne hidrører fra én og samme virksomhed, men snarere blot som en del af de omhandlede varers færdige udformning.
- 38 Følgelig må det konkluderes, at det anmeldte tegn ikke gør det muligt for den tilsigtede forbruger at genkende tegnet som et tegn, der har særpræg, når han står over for at skulle træffe beslutning i forbindelse med et senere køb af de omhandlede varer.
- 39 Sagsøgerens argumenter om, at kriteriet om farvekombinationens usædvanlige karakter er uegnet, når en virksomhed har anvendt kombinationen i lang tid, og den derfor ikke længere er usædvanlig, og at den, hvis den har kunnet registreres som varemærke, ophører med at være usædvanlig, så snart anvendelsen har haft en vis succes, kan ikke ændre denne konklusion. For det første indebærer en virksomheds anvendelse af en farvekombination i en vis periode før dens eventuelle registrering ikke automatisk, at kombinationen også er blevet anvendt for varerne, der er omhandlet i registreringsansøgningen, men som er fremstillet

af andre virksomheder. For det andet har indehaveren efter registreringen af kombinationen, når varemærket har haft en vis succes, fortsat ret til at håndhæve den eneret, der knytter sig til varemærket inden for de rammer, forordning nr. 40/94 har afstukket.

- 40 Det følger heraf, at det er med rette, at appelkammeret har fundet, at sammenstillingen af grønne og grå farver ikke giver de omhandlede varer fornødent særpræg i betydningen i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, da farverne er sædvanlige og ikke er givet nogen bestemt udformning.

Sagens omkostninger

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

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Fjerde Afdeling)

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

2) Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Vilaras

Tiili

Mengozzi

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 25. september 2002.

H. Jung

Justitssekretær

M. Vilaras

Afdelingsformand