

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

fremsat den 12. november 2002¹

1. Kan en farve i sig selv uden form eller kontur udgøre et varemærke i henhold til Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988² for visse varer og tjenesteydelser og i bekræftende fald, under hvilke betingelser? Dette er nærmere bestemt de spørgsmål, som Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandene) har stillet i denne sag.

A — *Pariserkonventionen*

3. Pariserkonventionen, som alle medlemsstaterne har tilsluttet sig, udgør det grundlæggende instrument for de internationale bestemmelser, der regulerer den industrielle ejendomsret.

4. Pariserkonventionen indeholder ingen definition af tegn, der kan udgøre et varemærke.

I — Retsforskrifter

2. De relevante retsforskrifter omfatter Pariserkonventionen om beskyttelse af industriel ejendomsret³, fællesskabslovgivningen og Benelux-landenes fælles lov om varemærker.

5. Det bestemmes i artikel 6e, punkt A, at ethvert varemærke, som på en foreskreven måde er registreret i hjemlandet, med de i bestemmelsen angivne forbehold skal modtages til registrering og nyde beskyttelse i de andre lande, der har tilsluttet sig konventionen, således som det foreligger. Det fastsættes i artikel 6e, punkt B, nr. 2, at varemærker kan afslås, når de mangler ethvert fornødent særpræg eller udelukkende består af tegn og angivelser, som i omsætningen kan tjene til at betegne varernes art, beskaffenhed, mængde, bestemmelse, værdi, oprindelsessted eller frembringelsens tidspunkt, eller som benyttes i daglig sprogbrug eller i redelig og fast handels-sædvane i det land, hvor beskyttelsen kræves.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Direktiv af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1, herefter »direktivet«).

3 — Konvention af 20.3.1883 (herefter »Pariserkonventionen«).

6. Ifølge artikel 6e, punkt C, skal der ved bedømmelsen af, om varemærket er egnet til beskyttelse, tages hensyn til alle foreliggende forhold, navnlig varigheden af den brug, der er gjort af mærket.

9. Direktivet fastlægger således de betingelser, som et tegn skal opfylde for at kunne registreres som varemærke⁷. Artikel 2, der har overskriften »Varemærkers form«, bestemmer:

B — Fællesskabslovgivningen

7. Fællesskabslovgivningen omfatter direktivet og Rådets forordning (EF) nr. 40/94⁴.

»Et varemærke kan bestå af alle tegn, der kan gengives grafisk, navnlig ord, herunder personnavne, afbildninger, tal eller varens form eller emballage, for så vidt disse tegn er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders.«

10. Direktivets artikel 3, der vedrører registreringshindringer og ugyldighedsgrunde, har følgende ordlyd:

1) Direktivet

8. Rådet vedtog direktivet med henblik på at fjerne de forskelle mellem medlemsstaternes lovgivninger om varemærker, som kunne forbrejde konkurrencevilkårene i fællesmarkedet. Direktivet har ligeledes til formål at tilnærme de bestemmelser i lovgivningerne, der har den mest direkte indvirkning på det indre markeds funktion⁵. Direktivet vedrører alene bestemmelserne om registrerede varemærker⁶.

»1. Følgende tegn og varemærker udelukkes fra registrering eller kan erklæres ugyldige, hvis de allerede er blevet registreret:

a) tegn, som ikke kan udgøre et varemærke

b) varemærker, der mangler fornødent særpræg

4 — Forordning af 20.12.1993 (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret (herefter »forordningen«).

5 — Første og tredje betragtning til direktivet.

6 — Fjerde betragtning til direktivet.

7 — Syvende betragtning til direktivet.

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

d) varemærker, som udelukkende består af tegn eller angivelser, som i daglig sprogbrug eller i redelig og almindelig markedsføringsskik udgør en sædvanlig betegnelse for varen eller tjenesteydelsen

e) tegn, som udelukkende består af

— en udformning, som følger af varens egen karakter

— en udformning af varen, som er nødvendig for at opnå et teknisk resultat, eller

— en udformning, hvorved varen får en væsentlig værdi

3. Et varemærke må ikke udelukkes fra registrering og kan ikke erklæres ugyldigt efter stk. 1, litra b), c) eller d), hvis det inden anmeldelsen til registrering, som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg. Medlemsstaterne kan i øvrigt træffe bestemmelse om, at det samme skal gælde, når det fornødne særpræg først opnås efter anmeldelse til registrering eller efter registrering.«

11. Ifølge direktivets artikel 4 kan et varemærke ligeledes udelukkes fra registrering eller erklæres ugyldigt, hvis det er blevet registreret, såfremt det er identisk med et ældre varemærke, eller såfremt der er risiko for forveksling med det ældre varemærke, for varer eller tjenesteydelser, der er af samme eller lignende art som dem, for hvilke det ældre varemærke er beskyttet.

12. Med henblik på at garantere varemærkets funktion som oprindelsesangivelse definerer direktivet dernæst den erhvervmæssige beskyttelse, som de registrerede varemærker nyder i alle medlemsstater⁸. Artikel 5 bestemmer:

»1. Det registrerede varemærke giver indehaveren en eneret. Indehaveren kan forbyde

tredjemand, der ikke har hans samtykke, at gøre erhvervsmæssig brug af

de varemærkeretlige regler i medlemsstaterne, såsom bestemmelser om illoyal konkurrence, erstatningsansvar eller forbrugerbeskyttelse⁹. Direktivet bestemmer således i artikel 5, stk. 5:

a) et tegn, der er identisk med varemærket, for varer eller tjenesteydelser af samme art som dem, for hvilke varemærket er registreret

b) et tegn, der er identisk med eller ligner varemærket, når de varer eller tjenesteydelser, der er dækket af varemærket, er af samme eller lignende art som dem, der er dækket af det pågældende tegn, og der som følge heraf i offentlighedens bevidsthed er risiko for forveksling, herunder at der er en forbindelse med varemærket.

»Stk. 1 til 4 berører ikke de i en medlemsstat gældende bestemmelser vedrørende beskyttelse mod brug af et tegn, der er udarbejdet med andet formål for øje end at skelne mellem varer eller mellem tjenesteydelser, når der med brug af dette tegn uden skellig grund tilsigtes en utilbørlig udnyttelse af varemærkets særpræg eller renommé, eller sådan brug ville skade dette særpræg eller renommé.«

2. En medlemsstat kan ligeledes træffe bestemmelse om, at indehaveren kan forhindre tredjemand, der ikke har hans samtykke, i at gøre erhvervsmæssig brug af et tegn, der er identisk med eller ligner varemærket, for varer eller tjenesteydelser af anden art end dem, for hvilke varemærket er registreret, når varemærket er registreret i medlemsstaten, og brugen af tegnet uden skellig grund ville medføre en utilbørlig udnyttelse af varemærkets særpræg eller renommé eller sådan brug ville skade dette særpræg eller renommé.«

14. De registrerede varemærker skal dog bruges, idet de ellers fortabes¹⁰. Ifølge direktivets artikel 10 indtræder denne fortabelse, hvis indehaveren ikke inden fem år har gjort reel brug af varemærket. I henhold til artikel 10, stk. 2, litra a), anses reel brug for »brug af varemærket i en form, der kun ved enkeltheder, som ikke forandrer mærkets særpræg, afviger fra den form, hvori dette er blevet registreret«.

13. Direktivet udelukker imidlertid ikke, at varemærkerne underkastes andre regler end

9 — Sjette betragtning til direktivet.

10 — Ottende betragtning til direktivet.

2) Forordningen

C — Benelux-landenes fælles lov om varemærker

15. Forordningen har ligesom direktivet til formål at fjerne hindringerne for de frie varebevægelser og for den frie udveksling af tjenesteydelser samt gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen ikke fordrejes¹¹. Forordningen bestemmer, at der skal indføres et varemærke, der er beskyttet og har retsvirkning på hele Fællesskabets område, uden at medlemsstaternes varemærkeret anfægtes.

16. Forordningens bestemmelser om opnåelse af varemærkeretten og varemærkets virkninger er formuleret på samme måde som direktivets bestemmelser. Artikel 4 gentager således bestemmelserne i direktivets artikel 2 for så vidt angår tegn, der kan udgøre et EF-varemærke, artikel 7 gentager artikel 3 om registreringshindringer, og artikel 9 gentager artikel 5 om rettigheder knyttet til varemærket. Ligeledes er EF-varemærket kun beskyttet, i det omfang det bruges. Forordningens artikel 15 gentager bestemmelserne i direktivets artikel 10 om brug af varemærket.

17. De tre medlemsstater af Den Økonomiske Union Benelux har indført deres varemærkeret i en fælles lov, Benelux-landenes fælles lov om varemærker¹². Loven blev med virkning fra den 1. januar 1996 ændret ved en protokol, der blev undertegnet i Bruxelles den 2. december 1992, og som havde til hensigt at sikre direktivets gennemførelse i de tre Benelux-lande¹³.

18. Benelux-lovens artikel 1 bestemmer:

»Som individuelle varemærker anses betegnelser, tegninger, aftryk, prægninger, bogstaver, tal, vare- eller emballageformer og alle andre tegn, der tjener til at adskille en virksomheds varer.

Udformninger, der følger af varens egen udformning, og som giver varen en væsentlig værdi eller har industrielle resultater, kan imidlertid ikke anses for varemærker.«

11 — Første betragtning til forordningen.

12 — Loven blev undertegnet i Bruxelles den 19.3.1962, *Moniteur belge* af 14.10.1969 (herefter »Benelux-loven«).

13 — *Moniteur belge* af 12.3.1996.

19. Benelux-lovens artikel 6a bestemmer:

»1. Benelux-varemærkemyndigheden afslår registrering af en ansøgning, når den finder, at

a) det ansøgte tegn ikke udgør et varemærke i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 1, navnlig på grund af manglende fornødent særpræg i henhold til Pariserkonventionens artikel 6e, punkt B, nr. 2.

[...]

3. Benelux-varemærkemyndigheden meddeler omgående ansøgeren skriftligt, at registreringen helt eller delvist afslås, idet den anfører begrundelsen herfor og giver ansøgeren mulighed for at svare herpå inden for en frist, der er fastsat i gennemførelsesbestemmelserne.

4. Er Benelux-varemærkemyndighedens indsigelser mod registreringen ikke blevet tilbagevist inden for den fastsatte frist, afslås registrering af ansøgningen helt eller delvist. Benelux-varemærkemyndigheden meddeler omgående ansøgeren dette skriftligt, idet den anfører begrundelsen for afslaget og oplyser om muligheden for at klage over denne afgørelse, som omhandlet i artikel 6b.

5. Afslås ansøgningen for alle varerne eller en del af varerne, medfører dette, at ansøgningen er helt eller delvis ugyldig. Denne ugyldighed indtræder først efter udløbet af den klagefrist, der er omhandlet i artikel 6b, hvis der ikke klages, eller efter at ansøgningen om registrering af varemærket uigenkaldeligt er blevet afslået.«

20. Benelux-lovens artikel 6b har følgende ordlyd:

»Ansøgeren kan inden for en frist på to måneder fra den meddelelse, der er omhandlet i artikel 6a, stk. 4, anlægge sag ved Cour d'appel de Bruxelles, Gerechtshof te 's-Gravenhage eller Cour d'appel de Luxembourg med påstand om, at der skal ske registrering af ansøgningen. Den stedligt kompetente ret afgøres i henhold til ansøgerens adresse, fuldmægtigens adresse eller den postadresse, der er nævnt i ansøgningen.«

II — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

21. Den 27. august 1996 ansøgte Libertel Groep BV¹⁴ om registrering af farven orange ved Benelux-varemærkemyndigheden¹⁵.

¹⁴ — Herefter »Libertel«.

¹⁵ — Herefter »BVM«.

22. Denne ansøgning indeholdt i ansøgningsskemaet en orangefarvet flade i den del, der skulle indeholde en gengivelse af tegnet. I den rubrik, hvor bl.a. tegnets farve kunne angives, var angivet »oranje«¹⁶.

25. Libertel fremkom med bemærkninger med henblik på at bevise, at et sådant særpræg var opnået.

26. Ved skrivelse af 10. september 1997 meddelte BVM afslag på registrering af den nævnte farve på grund af manglende fornødent særpræg.

23. De varer og tjenesteydelser, for hvilke registrering af denne farve er blevet ansøgt, er omfattet af klasse 9, og 35-38 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret. Libertel præciserede, at det for klasse 9 drejede sig om varer i forbindelse med telekommunikation og for klasse 35-38 tjenesteydelser i forbindelse med telekommunikation samt forretningsmæssig, økonomisk og teknisk forvaltning af telekommunikationsmidler¹⁷.

27. Libertel anlagde sag mod denne afgørelse ved Gerechtshof te 's-Gravenhage (Nederlandene), men fik af samme årsag ikke medhold.

28. Libertel indgav revisionsanke mod afgørelsen fra Gerechtshof te 's-Gravenhage ved Hoge Raad der Nederlanden.

III — De præjudicielle spørgsmål

24. Ved skrivelse af 21. februar 1997 meddelte BVM Libertels fuldmægtig, at registreringsansøgningen var blevet foreløbigt afvist, da Libertel ikke havde godtgjort, at farven orange havde opnået fornødent særpræg ved brug¹⁸.

29. Hoge Raad der Nederlanden har ved kendelse af 23. februar 2001 besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

¹⁶ — Forelæggelseskendelsen, punkt 3.6.

¹⁷ — Forslag til afgørelse fra generaladvokaten ved Hoge Raad der Nederlanden, fodnote på s. 1 (bilag 1 til forelæggelseskendelsen).

¹⁸ — Forelæggelseskendelsen, punkt 3.1.

»1) Er det muligt, at en enkelt, bestemt farve, som er afbildet som sådan eller

- er betegnet med en internationalt anvendt kode, kan have fornødent særpræg for bestemte varer eller tjenesteydelser i direktivets artikel 3, stk. 1, litra b)'s forstand?
- 2) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende:
- 4) Skal [BVM] ved afgørelsen af, om et tegn, der er anmeldt som varemærke, har det i direktivets artikel 3, stk. 1, litra b), nævnte fornødne særpræg, begrænse sig til en abstrakt vurdering af det fornødne særpræg, eller skal myndigheden tage hensyn til alle konkrete omstændigheder i det pågældende tilfælde, herunder den brug, der gøres af tegnet, og den måde, hvorpå tegnet bruges?»

- a) Under hvilke omstændigheder kan det antages, at en enkelt, bestemt farve har fornødent særpræg i ovennævnte forstand?

IV — Bedømmelse

A — *Twistens genstand*

- b) Gør det herved nogen forskel, om der er indgivet ansøgning om registrering for en lang række varer og/eller tjenesteydelser eller for en bestemt vare eller tjenesteydelse, henholdsvis gruppe af varer eller tjenesteydelser?
- 3) Skal der ved vurderingen af, om en bestemt farve har fornødent særpræg som varemærke, tages stilling til, om der med hensyn til denne farve består en almen interesse i friholdelse, således som det kan være tilfældet med hensyn til tegn, der betegner en geografisk oprindelse?

30. Det skal erindres, at det ifølge fast retspraksis udelukkende tilkommer den nationale ret, for hvem en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen¹⁹. Domstolen er dog af den opfattelse, at det påhviler den at fortolke alle de bestemmelser i fællesskabsretten, som de nationale retter skal anvende for at træffe afgørelse i de for dem verserende tvister, også selv om disse bestemmelser

¹⁹ — Jf. f.eks. dom af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 59.

ikke udtrykkeligt er omtalt i de præjudicielle spørgsmål, der forelægges Domstolen²⁰.

31. I dom af 25. februar 1999, Swaddling²¹, fortolkede Domstolen således en afledt retsakt, selv om forelæggelsen alene vedrørte fortolkningen af visse af EF-traktatens artikler.

32. I denne sag har den forelæggende ret stillet Domstolen flere præjudicielle spørgsmål vedrørende direktivets artikel 3 med henblik på at fastslå, om og eventuelt under hvilke betingelser en farve uden form eller kontur kan have fornødent særpræg for visse varer og tjenesteydelser.

33. Som Kommissionen med rette har gjort gældende²², gør behandlingen af disse spørgsmål det nødvendigt først at afgøre, om en farve i sig selv er et tegn, der kan udgøre et varemærke i henhold til direktivets artikel 2.

34. Det er nemlig kun tegn, der opfylder betingelserne i denne artikel, der kan regi-

streres som varemærker. Således som det er bekræftet i direktivets artikel 3, stk. 1, litra a), er de tegn, der ikke opfylder disse betingelser, efter deres art ikke egnede til at udgøre et varemærke.

35. Det skal derfor undersøges, om direktivets artikel 2 skal fortolkes således, at en farve i sig selv uden form eller kontur kan udgøre et tegn, der kan gengives grafisk, og som er egnet til at adskille en virksomheds varer og tjenesteydelser fra andre virksomheders.

B — *Intervenienternes argumenter*

36. Libertel²³, BVM²⁴, den nederlandske regering²⁵, Det Forenede Kongeriges regering²⁶ og Kommissionen²⁷ er af den opfattelse, at en farve i sig selv kan registreres som varemærke.

37. Ifølge Kommissionen kan en farve, der er et visuelt kendetegn, per definition gengives grafisk²⁸. Endvidere kan en farve generelt have fornødent særpræg. Kommis-

20 — Dom af 18.3.1993, sag C-280/91, Viessmann, Sml. I, s. 971, præmis 17. Jf. ligeledes dom af 8.2.2001, sag C-350/99, Lange, Sml. I, s. 1061, præmis 20-25.

21 — Sag C-90/97, Sml. I, s. 1075, præmis 21.

22 — Kommissionens skriftlige indlæg, punkt 69.

23 — Libertels skriftlige indlæg, punkt 7.2.

24 — BVM's skriftlige indlæg, punkt 4.1.

25 — Den nederlandske regerings skriftlige indlæg, punkt 23.

26 — Det Forenede Kongeriges regerings skriftlige indlæg, punkt 13.

27 — Kommissionens skriftlige indlæg, punkt 74.

28 — Kommissionens skriftlige indlæg, punkt 71.

sionen har understreget, at farver kan være en vigtig del af kommunikationen mellem en virksomhed og dens kunder eller forbrugerne; farver fanger opmærksomheden, de kan have en iboende betydning og kan skabe bestemte associationer hos beskueren²⁹.

skal fortolkes i den videst mulige forstand. Harmoniseringskontoret har anført, at det vil være i strid med EF-varemærkeretten at begrænse varemærkebeskyttelsen af farver til en specifik fremtoning, og at det ikke er nødvendigt med en kontur eller afgrænsning ved en grafisk gengivelse i henhold til forordningens artikel 4³¹.

38. Kommissionen, Libertel og BVM har til støtte for deres synspunkt påberåbt sig den fælles erklæring fra Rådet for Den Europæiske Union og Kommissionen, der findes i referatet fra det rådsmøde, hvor direktivet blev vedtaget. I henhold til denne erklæring »[er] Rådet og Kommissionen [...] af den opfattelse, at [direktivets] artikel 2 ikke udelukker muligheden for, at en farvesammensætning eller en enkelt farve kan registreres som varemærke [...] på betingelse af, at sådanne tegn gør det muligt at skelne en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders«³⁰.

C — Analyse

40. Det er min opfattelse — i modsætning til det af intervenienterne anførte — at direktivets artikel 2 er til hinder for, at en farve uden form eller kontur kan registreres som varemærke.

39. Kommissionen, Det Forenede Kongeriges regering og BVM har endelig understreget, at deres synspunkt deles af Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker & Design) (KHIM). Ifølge Harmoniseringskontoret kan en farve i sig selv generelt beskyttes som varemærke i henhold til forordningens artikel 4, idet den er omfattet af kategorien »alle tegn«, der

41. Det er nemlig min opfattelse, at en farve i sig selv ikke opfylder betingelserne i denne artikel, idet den dels ikke udgør et tegn, der kan gengives grafisk, dels ikke er egnet til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders.

29 — Kommissionens skriftlige indlæg, punkt 73.

30 — EF-Varemærketidende nr. 5/96, s. 607.

31 — Afgørelse af 18.12.1998 fra Tredje Appellkammer, sag R 122/1998-3, punkt 17 og 18. I denne sag havde ansøgeren ansøgt om registrering af farven »light green« for tyggegummi til kosmetisk, medicinsk og ikke-medicinsk brug.

42. Det forekommer mig imidlertid nyttigt kort at erindre om nogle væsentlige kendetegn ved begrebet »farve«, inden jeg behandler de omtvistede betingelser.

1. Begrebet »farve«

43. »Farve er et begreb, som alle intuitivt opfatter, men som det er vanskeligt at definere på generel vis«³². Det skal ikke desto mindre indrømmes, at farve er en fornemmelse. Der er tale om opfattelsen via et visuelt instrument og overførslen til hjernen af lysets stråler på materialet. Farven udgør derfor ikke en allerede eksisterende objektiv realitet, som vi blot skal tage stilling til, som en hinde på en genstand. Farven afhænger dels af lysets art og intensitet, dels beskuerens visuelle instrument. En genstands farve ændrer sig således med belysningen og den afstand, som denne genstand betragtes på. Opfattelsen er ligeledes forskellig fra person til person³³.

44. Farve er genstand for forskellige organisationsmåder. Newton, som tilskrives den første fortolkning af opløsningen af et sammensat lys gennem et prisme, fastsatte

antallet af væsentlige farver i spektret til syv³⁴. Malere skelner mellem grundfarverne gul, rød og blå, hvoraf kan fremstilles de andre farver, de såkaldte »sammensatte«. Ved industriel anvendelse af farve har de professionelle forskellige kollektioner af prøver, der er meget specificerede ved koder, som giver mulighed for at definere et meget stort antal toner³⁵. Det menneskelige øje kan imidlertid kun med sikkerhed skelne mellem et begrænset antal farvenuancer³⁶. Endvidere er antallet af ord, der specifikt betegner farver, endnu mere begrænset³⁷. Det antal farver, der kan identificeres og beskrives nøjagtigt af en beskuer, er således meget begrænset.

45. Endelig er farve en udtryksmåde. Da der er tale om en fornemmelse af tings fremtoning, kan farven vække følelser hos beskueren. Farven kan også videregive oplysninger. Dens fornemmelse er ligesom dens oplysninger rent kulturelle fænomener. De hviler på psykologiske, symbolske, religiøse eller andre konventioner, der er

34 — Rød, orange, gul, grøn, blå, indigo, violet (ved henvisning til de syv toner i skalaen).

35 — Jf. farvebøgerne Pantone-, RAL-, ACC-systemet mv. (f.eks. kan ACC-systemet, Acoat Color Codification, definere op til 2,4 millioner farver).

36 — Ifølge M. Pastoureau, *Dictionnaire des couleurs de notre temps*, Bonneton, Paris, 1999, omkring hundrede nuancer, måske tohundrede hos de mere trænede personer.

37 — Generelt er de mindre end et dusin i vores vestlige samfund: hvid, rød, sort, grøn, gul, blå, grå, brun, lyserød, violet og orange. Man anvender også ved betegnelsen af farver navne, der er lånt fra planteriget (f.eks. citron, liljer) dyreriget (f.eks. gemse (lysegul), ravn), fra mineralriget (f.eks. rubin, turkis), fra naturfænomener (f.eks. morgenrøde, horisont) eller fra forskellige substanser (f.eks. strå, rust). Den præcise identifikation af farvenuancer er dog præget af en høj grad af subjektivitet.

32 — »La couleur«, dossier pour la science nr. 27 (findes på fransk på hjemmesiden <http://www.pourlascience.com>).

33 — Samme sted. Jf. ligeledes *Manuel de la couleur*, Solar, 2001, s. 6 og 138.

forskellige fra tid til tid og fra sted til sted³⁸. Reelt eksisterer farve dog ikke selvstændigt. Da den stammer fra vekselvirkningen mellem en lysstråle og materialet, er den altid et særkende for et eller andet. Hvis en genstands farve i kraft af sin intensitet og sin lysstyrke tiltrækker vores blik, skyldes det, at hjernen ikke så meget opfatter og registrerer farven som sådan, men den genstand, der er påført denne farve. Den visuelle hukommelse, som ved forsøg har vist sig at være kraftig og varig³⁹, består af mentale gengivelser af de genstande, der omgiver os.

46. Det er i lyset af disse betragtninger, at de to betingelser i direktivets artikel 2 skal undersøges.

2. Et tegn, der kan gengives grafisk

47. Det skal erindres, at der ifølge fast retspraksis ved fortolkningen af en fælles-

skabsretlig bestemmelse ikke blot skal tages hensyn til dens ordlyd, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, og til de mål, der forfølges med den ordning, som den udgør en del af⁴⁰.

48. Det er min opfattelse, at de argumenter, som intervenienterne har påberåbt sig til støtte for, at en farve i sig selv kan udgøre et varemærke, og som støttes på ordlyden af direktivets artikel 2 og lovgivers formål, ikke er overbevisende.

49. Hvad først angår ordlyden af direktivets artikel 2, der er identisk i størstedelen af sprogversionerne, kan der efter min opfattelse ikke udledes nogen konklusion af udtrykket »alle tegn« samt af den vejledende karakter af den liste over tegn, der er opregnet i denne artikel, og som er egnede til at kunne gengives grafisk.

50. Den tvetydighed, der findes i den pågældende artikel vedrørende spørgsmålet, om en farve i sig selv kan anses for et tegn, der kan udgøre et varemærke, fremgår tværtimod af det forhold, at gennemførelsen af denne artikel i de forskellige medlemsstaters lovgivninger gav anledning til forskellige løsninger. Registrering af en

38 — F.eks. er blå i dag i Europa en »kold« farve, mens den i middelalderen og i renaissanceen blev anset for en »varm« farve. Ligeledes drejer det sig i dag i Japan mindre om, hvorvidt farven er rød, blå eller gul, men snarere om der er tale om en mat farve eller blank farve (M. Pastoureaux).

39 — Ifølge *Encyclopédie Hachette Multimédia* kan man genkende 90% af 2 500 diapositiver, der blev fremvist over flere dage. Den specifikke hukommelse af farver er derimod meget kortvarig. For at overbevise sig selv herom foreslår denne encyklopædi et morsomt eksperiment: det drejer sig om at lære en sætning på fem eller seks ord, hvis bogstaver er i fire forskellige farver (f.eks. blå, rød, gul og grøn) og forsøge at gengive den med penne i de samme farver, idet der skal anvendes den rigtige farve for hvert bogstav. Det er meget vanskeligt at huske, hvilke farver bogstaverne havde, mens det er let at huske sætningen (<http://www.ani.chmel.hachette-multimedia.fr>).

40 — Jf. f.eks. dom af 14.6.2001, sag C-191/99, Kvaerner, Sml. I, s. 4447, præmis 30.

farve i sig selv er således udtrykkeligt udelukket i den portugisiske lovgivning⁴¹. Det er i fransk og italiensk ret bestemt, at alene farvenuancer⁴² eller farvetoner kan udgøre varemærker⁴³. Det er anerkendt i tysk ret⁴⁴. Endelig er der ikke i Benelux, dansk, græsk, irsk, østrigsk, finsk og svensk ret samt i Det Forenede Kongeriges ret taget udtrykkelig stilling hertil. Det samme gælder for spansk ret siden ikrafttrædelsen af den nye varemærkelov den 31. juli 2002⁴⁵.

51. Hvad dernæst angår den fælles erklæring fra Rådet og Kommissionen forekommer den mig at være uden retlig værdi af to årsager.

52. På den ene side har Domstolen i dom af 26. februar 1991, Antonissen⁴⁶, udtalt, at en erklæring, der findes i et referat fra det rådsmøde, hvor en bestemmelse i afledt ret blev vedtaget, ikke kan tjene som fortolkningsbidrag, når erklæringens indhold som her overhovedet ikke omhandles af bestemmelsen, og erklæringen er følgelig uden retlig betydning. Domstolen bekræftede dette synspunkt i dom af 29. maj 1997, VAG Sverige⁴⁷.

53. På den anden side skal det understreges, at Rådet og Kommissionen i betragtningerne til denne erklæring har anført, at den ikke foregriber Domstolens fortolkning af direktivet⁴⁸. Rådet og Kommissionen har således selv sørget for udtrykkeligt at begrænse retsvirkningerne af deres erklæring. Det vil derfor være overdrevent heraf at drage konsekvenser af lovgivers formål for så vidt angår fortolkningen af direktivets artikel 2.

41 — Ifølge artikel 166, stk. 1, litra d), i Código da Propriedade Industrial (den portugisiske lov om industriel ejendomsret), der blev godkendt ved lovdekret nr. 26/95 af 24.1.1995, er bl.a. »farver, medmindre flere farver er sat sammen med hinanden eller med andre elementer på en særlig og særpræget måde«, udelukket fra registrering som varemærke.

42 — Artikel L711-1 i code de la propriété intellectuelle (den franske lov om intellektuel ejendomsret), som ændret ved lov af 4.1.1991, bestemmer, at figurlige tegn som »opstillinger, sammensætninger eller nuancer af farver« kan udgøre et varemærke.

43 — Artikel 16 i den italienske varemærkelov, som ændret ved lovdekret af 4.12.1992 bestemmer: »alle nye tegn, der kan gengives grafisk, bl.a. [...] farvesammensætninger eller farvetoner, hvis de er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders, kan være genstand for virksomheders varemærker«.

44 — § 3 i Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (den tyske lov om beskyttelse af varemærker og lignende kendetegn) af 25.10.1994 udtaler: »alle tegn [...] herunder farver og farvesammensætninger, der er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders, kan beskyttes som varemærker«. Bundespatentgericht (Tyskland) stiller imidlertid stadig spørgsmålet om, om en abstrakt farve er egnet til at udgøre et varemærke, og har forelagt Domstolen et præjudicielt spørgsmål i Heidelberg Bauchemie-sagen (sag C-49/02), der verserer for Domstolen, og som jeg vil omtale mere detaljeret nedenfor.

45 — Udviklingen i spansk lovgivning viser tvetydigheden i direktivets ordlyd vedrørende dette spørgsmål, idet artikel 11 i lov nr. 32/88 om varemærker udtrykkeligt bestemte, at en farve i sig selv ikke kan registreres, og at en farve alene kan registreres, hvis den er afgrænset af en form. Den nye lov gentager direktivets formulering og lader spørgsmålet om, hvorvidt en farve i sig selv er egnet til at udgøre et varemærke, ubesvaret.

46 — Sag C-292/89, Sml. I, s. 745, præmis 18.

47 — Sag C-329/95, Sml. I, s. 2675, præmis 23.

48 — Betragtningerne har følgende ordlyd: »Rådets og Kommissionens erklæringer, der er gengivet nedenfor, er ikke en del af lovtæksten, de præjudicerer ikke Domstolen for De Europæiske Fællesskabers fortolkning af lovtæksten«.

54. Det skal i denne forbindelse understreges, at aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder⁴⁹, som både medlemsstaterne og Fællesskabet, for så vidt angår de områder, der hører under dets kompetence, har tilsluttet sig, kun nævner farvekombinationer i artikel 15⁵⁰. Denne begrænsning gør det muligt at formode, at en farve i sig selv i forbindelse med forhandlingerne om WTO-overenskomsten blev anset for uegnet til at kunne registreres som varemærke. Denne bedømmelse støttes af det forhold, at denne artikels originaltekst, der stammer fra 1990, nævnte farver⁵¹.

55. Undersøgelsen af direktivets opbygning og formålet med den behandlede betingelse fører ligeledes til, at en farve i sig selv er udelukket som tegn, der kan udgøre et varemærke.

56. Det følger nemlig af direktivets opbygning, at det bestemmer, at varemærket fra

registreringen er beskyttet mod enhver brug. Beskyttelsen er således underlagt et vist antal betingelser, der skal efterprøves af den kompetente myndighed.

57. Det pågældende tegn skal således generelt være egnet til at udgøre et varemærke i overensstemmelse med direktivets artikel 2 og artikel 3, stk. 1, litra a). Dernæst må det hverken være i strid med en af de i artikel 3, stk. 1, omhandlede registreringshindringer eller ældre rettigheder som omhandlet i direktivets artikel 4.

58. Da undersøgelsen af disse betingelser skal foretages først uden nogen hensyntagen til en eventuel brug, kan den alene tage udgangspunkt i tegnet, som det er beskrevet i registreringsansøgningen.

59. Hvis et tegn opfylder de fastsatte betingelser, registreres det som varemærke. Det er derefter på grundlag af det registrerede varemærke, at den kompetente myndighed kan vurdere, om en konkurrents tegn er identisk med varemærket, eller om der er risiko for forveksling i henhold til direktivets artikel 5. Det er endelig ligeledes på grundlag af det registrerede tegn, at spørgsmålet om, hvorvidt indehaveren har gjort tilstrækkelig brug af varemærket til, at han ikke fortaber sine rettigheder i henhold til direktivets artikel 10, skal bedømmes.

49 — Aftalen er bilag 1 C til overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen (WTO), der er godkendt på Fællesskabets vegne ved Rådets afgørelse 94/800/EF af 22.12.1994 for så vidt angår de områder, der hører under Fællesskabets kompetence (EFT L 336, s. 1).

50 — Artikel 15, stk. 1, i aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder har følgende ordlyd: »Ethvert mærke og enhver kombination af mærker, hvorved en virksomheds varer eller tjenesteydelser kan sondres fra andre virksomheders varer eller tjenesteydelser, skal kunne udgøre et varemærke. Dersom mærkerne ikke i sig selv kan sondre de pågældende varer eller tjenesteydelser fra andre varer eller tjenesteydelser, kan medlemmerne gøre berettigelsen til registrering afhængig af sondringer, der fremkommer ved brugen. Medlemmerne kan gøre det til en betingelse for registrering, at mærkerne kan opfattes visuelt.«

51 — D. Gervais, *The TRIPS Agreement: drafting history and analysis*, Sweet & Maxwell, 1998, s. 105.

60. Det følger således af direktivets opbygning, at det er på grundlag af den grafiske gengivelse af det tegn, der findes i registreringsansøgningen, at undersøgelsen af alle betingelserne for opnåelse af varemærkerettigheder skal foretages, og de rettigheder og forpligtelser fastlægges, der følger af varemærkeregistringen.

61. Direktivets opbygning medfører derfor, at den første betingelse i artikel 2 skal fortolkes således, at den gør det muligt præcist at få kendskab til det tegn, ansøgeren anvender med henblik på at adskille sine varer og tjenesteydelser.

62. Denne fortolkning underbygges af formålet med den omtvistede betingelse. Som generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer har redegjort for i sit forslag til afgørelse i Sieckmann-sagen (sag C-273/00), der verserer for Domstolen⁵², pålægges betingelsen om, at tegnet skal kunne gengives grafisk på grund af retssikkerhedsprincippet.

63. Ifølge generaladvokaten giver et registreret varemærke et monopol til dets indehaver, der har eneret til at bruge de tegn, som varemærket består af, med udelukkelse af alle andre. En gennemgang af

registeret skal gøre det muligt, i det omfang registrene er offentlige, at få kendskab til tegnenes art og rækkevidde samt registre-rede angivelser og symboler, og det er med dette mål for øje, at der stilles krav om deres grafiske gengivelse. Hvis en virksomhed tilegner sig visse bestemte tegn og angivelser med henblik på at adskille sine varer og tjenesteydelser fra andre virksomheders, skal man have detaljeret og præcist kendskab til de symboler, som er virksomhedens, således at andre ved, hvad de har at holde sig til⁵³. Det monopol, som varemærkeregistringen giver, modsvares således af en reel oplysningspligt over for tredjemand hvad angår det beskyttede tegn.

64. Det følger heraf, at en hvilken som helst grafisk gengivelse ikke er tilstrækkelig. Den skal opfylde to betingelser. Gengivelsen skal for det første være klar og præcis, således at man uden nogen mulig tvivl kan vide, hvad der er enerettens genstand. Den skal endvidere være forståelig for dem, der ønsker at gennemgå registeret, nemlig de andre producenter og forbrugerne, dvs. at det ikke må nødvendiggøre en overdreven indsats at afgøre, hvilket tegn ansøgeren faktisk anvender⁵⁴.

65. Det er min opfattelse, at en farve i sig selv ikke opfylder disse betingelser. Det skal indledningsvis præciseres, at jeg ikke skelner mellem en farve, der er gengivet i registreringsansøgningen, og en farve, der

52 — Domstolen bliver i denne sag spurgt om, hvorvidt en duft kan udgøre et varemærke (dom af 12.12.2002, Sml. I, s. 11739).

53 — Forslaget til afgørelse, punkt 36.

54 — Samme sted, punkt 38.

blot er betegnet med en international kode. I dette sidste tilfælde forekommer det mig ikke, at en forbruger eller en konkurrent skal udvise en overdreven indsats ved at rådføre sig med den tilsvarende prøvekollektion for at se den farvetone, som ansøgeren gør krav på. En sådan betegnelse gør det muligt klart og utvetydigt at forstå, hvilken farve ansøgeren har valgt, medmindre der er tale om, at denne prøvekollektion er vanskelig at få adgang til.

66. Jeg mener imidlertid, at gengivelsen eller betegnelsen af en farve som sådan ikke gør det muligt at fastslå, hvilket tegn ansøgeren bruger til at adskille sine varer og tjenesteydelser fra andre varer og tjenesteydelser.

67. Som jeg allerede har anført i punkt 45 i dette forslag til afgørelse, er en farve altid et særkende for et eller andet. Til forskel fra de tegn, der er opregnet i direktivets artikel 2, såsom ord, afbildninger, tal, varens form eller emballage, eksisterer en farve i sig selv ikke selvstændigt.

68. Det er med andre ord ikke muligt med sikkerhed at afgøre, hvordan den krævede farve vil forekomme på de varer, for hvilke der ansøges om registrering. Den kan således lige så vel være en farvelægning af

hele varens ydre overflade eller dens emballage, alene forekomme på et mindre del heraf eller være omgivet af varens almindelige farve i meget afgrænsede afbildninger.

69. Det samme gælder for tjenesteydelser. Teoretisk set har tjenesteydelser ikke nogen fysisk form i sig selv og derfor heller ingen farve. Varemærket kan derfor kun påsættes dokumenter, køretøjer eller andre genstande, der bidrager ved præstationen af tjenesteydelsen. Også her kan den krævede farve farvelægge hele genstanden eller alene forekomme på en del heraf i meget afgrænsede afbildninger.

70. Det forhold, at ansøgeren søger om registrering af farven i sig selv og således tilsigter at få eneret hertil, får mig endvidere til at tro, at ansøgeren forbeholder sig alle muligheder.

71. Denne bedømmelse bestyrkes, hvis ansøgeren søger om registrering af flere farver i sig selv, således som det er tilfældet i Heidelberg Bauchemie-sagen⁵⁵. Hvis farverne ikke er organiseret i en bestemt

55 — I denne sag modtog den tyske varemærkemyndighed en ansøgning om registrering af farverne blå og gul. Det krævede varemærke blev beskrevet på denne måde: »Det ansøgte varemærke er ansøgerens firmafarver, som anvendes på enhver tænkelig måde, navnlig til emballage og etiketter. Farvernes nøjagtige betegnelser er følgende: RAL 5015/1KS47 — blå, RAL 1016/1KS3 — gul«.

forbindelse eller arrangement i registreringsansøgningen, er der helt åbenlyst reelt mulighed for utallige sammensætninger.

hvilket varemærket er registreret, ikke alene for et tegn, der er identisk med varemærket, men endog for ethvert tegn, der i offentlighedens bevidsthed skaber risiko for forveksling med det nævnte varemærke.

72. Det forhold, at der gøres krav på en farve uden form eller kontur, gør det derfor vanskeligt for den kompetente myndighed reelt at efterprøve, om de andre betingelser for registrering af et varemærke er opfyldt. Farven kan — alt efter om den dækker hele varen eller findes i en nøjagtigt afgrænset afbildning — i forhold til forbrugeren synes som rent ornamental eller som en bestanddel af et tegn med særpræg. Det er ligeledes muligt at stille spørgsmålstegn ved de betingelser, i henhold til hvilke den kompetente myndighed reelt skal bedømme tegnets forvekslingsrisiko, således som der er gjort krav på, med et ældre varemærke i den sammensætning, som den krævede farve eller en nuance heraf indtræder i.

73. Jeg mener dernæst, at registreringen af en farve i sig selv som varemærke ikke giver mulighed for andre erhvervsdrivende, der rådfører sig med registeret, at afgøre, hvilke rettigheder de har.

75. Hvis det registrerede varemærke er selve farven, er det vanskeligt for de andre erhvervsdrivende at afgøre, på hvilken måde de fortsat har mulighed for at bruge denne farve for varer eller tjenesteydelser af samme eller lignende art som dem, for hvilke registreringen af den nævnte farve er blevet godkendt.

76. Denne usikkerhed angår i øvrigt ikke blot farven, således som den er gengivet i registeret eller betegnet med en international kode, men et stort antal nuancer, der ligger tæt på denne. Som jeg allerede har redegjort for i punkt 43 og 44 i dette forslag til afgørelse, er offentlighedens mulighed for uden risiko for forveksling at skelne farvenuancer fra hinanden begrænset, både på grund af det menneskelige øjes egenskaber og på grund af den skiftende karakter af genstandes farve som følge af lyset og den afstand, hvorpå de betragtes.

74. I henhold til direktivets artikel 5 kan indehaveren forbyde erhvervsmæssig brug for varer eller tjenesteydelser, der er af samme eller lignende art som dem, for

77. Det er min opfattelse, at en sådan usikkerhed er i strid med det retssikkerhedsprincip, der ligger bag kravet om, at varemærket skal kunne gengives grafisk.

Det skal erindres, at Domstolen i dom af 29. september 1998, Canon⁵⁶, udtrykkeligt anerkendte betydningen af dette princip på varemærkeområdet⁵⁷.

78. På baggrund af alle disse forhold er det min opfattelse, at en farve uden form eller kontur ikke kan anses for et tegn, der kan gengives grafisk, i henhold til direktivets artikel 2.

79. En farve i sig selv opfylder heller ikke den anden betingelse i direktivets artikel 2, hvorefter alene tegn, der er egnede til at adskille en virksomheds varer og tjenesteydelser fra andre virksomheders kan udgøre et varemærke.

3. Evnen til at adskille en virksomheds varer og tjenesteydelser fra andre virksomheders

80. Jeg mener, at direktivets artikel 2 udelukker kategorier af tegn eller angivelser, som efter deres art er uegnede til at have det fornødne særpræg.

81. Denne analyse er ikke i modstrid med praksis fra De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans⁵⁸ og Domstolen⁵⁹, hvorefter et varemærkes fornødne særpræg skal bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, der er ansøgt om registrering for⁶⁰. Denne retspraksis er opstået i forbindelse med bedømmelsen af de absolutte registreringshindringer i forordningens artikel 7, stk. 1, litra b)-e), og de tilsvarende bestemmelser i direktivet i sager, som vedrørte tegn, der var omfattet af en af de i forordningens artikel 4 eller direktivets artikel 2 udtrykkeligt nævnte kategorier, eller i forbindelse med anvendelsen af direktivets artikel 3, stk. 3, om opnåelse af det fornødne særpræg ved brug⁶¹.

82. Afvises denne fortolkning, vil det i øvrigt medføre, at den anden betingelse i direktivets artikel 2 — og i vidt omfang artikel 3, stk. 1, litra a) — fratages en stor del af sin virkning, hvorefter tegn, der ikke kan udgøre et varemærke, er udelukket fra registrering⁶². Det skal bemærkes, at betin-

58 — Retten har anvendt denne regel helt fra sin første dom på EF-varemærkeområdet (dom af 8.7.1999, sag T-163/98, Procter & Gamble mod KHM »BABY-DRY«, Sml. II, s. 2383, præmis 21) og har jævnligt bekræftet den i sine senere domme (jf. bl.a. dom af 3.4.2001, sag T-87/00, Bank für Arbeit und Wirtschaft mod KHM »Easybank«, Sml. II, s. 1259, præmis 21).

59 — Dom af 28.6.2002, sag C-299/99, Philips Electronics, Sml. I, s. 5475, præmis 59.

60 — Det er min opfattelse, at de bestemmelser i forordningen og direktivet, som har samme ordlyd, skal fortolkes på samme måde.

61 — Dom af 4.10.2001, sag C-517/99, Merz & Krell, Sml. I, s. 6959, præmis 30.

62 — Forordningens artikel 7, stk. 1, litra a), er endnu mere udtrykkelig, idet det heri siges, at tegn, der ikke opfylder betingelserne i forordningens artikel 4, er udelukket fra registrering.

56 — Sag C-39/97, Sml. I, s. 5507, præmis 27.

57 — Domstolen udtalte i dommens præmis 21: »Under alle omstændigheder må det af hensyn til retssikkerheden og af hensyn til en rigtig forvaltning sikres, at varemærker, hvis brug med held vil kunne anlægges for domstolene, ikke registreres.«

gelsen om, at varemærker, der mangler fornødent særpræg, skal udelukkes fra registrering, udtrykkeligt er gentaget i direktivets artikel 3, stk. 1, litra b).

83. Selv om Domstolen i øvrigt indtil nu ikke har skullet tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt ansøgningen om registrering af et tegn eller en angivelse, der ikke er omtalt i direktivets artikel 2⁶³ eller forordningens artikel 4, kan afvises blot under henvisning til disse bestemmelser, har den ikke desto mindre flere gange bekræftet den generelle karakter af betingelserne i direktivets artikel 2 og artikel 3, stk. 1, litra a)⁶⁴. I Philips Electronics-dommen angav Domstolen på samme måde, at det »fremgår [...] klart af ordlyden af artikel 3, stk. 1, litra a), og direktivets opbygning, at denne bestemmelse i det væsentlige omhandler udelukkelse fra registrering af tegn, der *ikke* i almindelighed *er egnede* til at udgøre et varemærke«⁶⁵.

84. Der er derfor på dette tidspunkt i analysen tale om at bedømme, om en farve i sig selv er egnet til at have særpræg alene på grundlag af dens iboende egenskaber. Der er to årsager til, at jeg ikke mener, at en farve er egnet hertil.

85. For det første giver ansøgningen om registrering af en farve i sig selv — således som jeg lige har redegjort for — ikke mulighed for at afgøre, hvilket tegn der faktisk forekommer på de pågældende varer eller i forbindelse med de pågældende tjenesteydelser. Bedømmelsen af evnen til at have fornødent særpræg indebærer efter min opfattelse, at man nøjagtigt ved, hvilket tegn der er tale om.

86. For det andet er det min opfattelse, at en farve i sig selv ikke kan opfylde funktionen med at angive varernes eller tjenesteydernes oprindelse. Det skal nemlig erindres, at Domstolen har defineret, at denne funktion har til formål »at garantere oprindelsen af varen eller tjenesteydelsen, der er omfattet af varemærket, 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«⁶⁶. Varemærket skal således give en garanti for oprindelsen af varen, der er forsynet med varemærket⁶⁷. Der er derfor tale om en meget præcis betydning.

87. Selv om en farve i sig selv — således som jeg har redegjort for i punkt 45 i dette forslag til afgørelse — dvs. som en abstrakt enhed, imidlertid kan have en betydning eller vække følelser, er det kun dem, de gældende konventioner i et samfund på et givent tidspunkt tildeler farven⁶⁸. Endvidere afhænger selv den betyd-

63 — Domstolen behandler i øjeblikket flere sager herom. Ud over Sieckmann-sagen og Heidelberg Bauchemie-sagen, behandler den ligeledes spørgsmålet om, hvorvidt lyde eller toner kan udgøre et varemærke (sag C-283/01, Shield Mark, der verserer for Domstolen).

64 — Canon-dommen, præmis 27, og Merz & Krell-dommen, præmis 23 og 24.

65 — Præmis 37, min fremhævelse.

66 — Jf. navnlig dom af 17.10.1990, sag C-10/89, HAG GF, Sml. I, s. 3711, præmis 14, Canon-dommen, præmis 28, og Merz & Krell-dommen, præmis 22.

67 — Dom af 23.4.2002, sag C-143/00, Boehringer Ingelheim m.fl., Sml. I, s. 3759, præmis 29.

68 — Sort henviser således til sorg og hvid til renhed (M. Pastourcau, s. 31 og 157).

ning eller de følelser, som kan skyldes indgroede kulturelle fænomener, af de betingelser, hvorunder farven betragtes⁶⁹. Det følger heraf, at en farve ikke kan have nogen præcis betydning, medmindre den betragtes i forbindelse med en bestemt form eller afbildning⁷⁰.

88. Det er derfor efter min opfattelse ikke korrekt, at en farve uden hverken form eller kontur kan have en så præcis betydning, at den uden mulig forveksling kan angive en vares eller tjenesteydelses oprindelse.

89. Det er ikke desto mindre rigtigt, at Harmoniseringskontoret flere gange har registreret en farve i sig selv som varemærke. Farven lilla/violet er således blevet registreret for chokolade⁷¹, farven magenta (en særlig pink farve) for varer og tjenesteydelser på telekommunikationsområdet⁷² og farven gul for antirustmidler⁷³. Harmoniseringskontoret fandt, at hver af disse farver havde fået det fornødne særpræg ved den brug, der var gjort heraf, for de pågældende varer eller tjenesteydelser⁷⁴.

69 — Bæres et sort sorgebind, betyder det sorg, mens en sort kjole til et selskab ikke nødvendigvis har denne betydning.

70 — J.-M. Klinkenberg, »Qu'est-ce que le signe?«, i *Le langage*, éditions sciences humaines, s. 105. Forfatteren omtaler følgende eksempel, der er lånt fra færdselsloven: farven rød betyder, når den forbindes med en rund form, et forbud; forbundet med en trekantet form, betyder den fare.

71 — Registrering af 27.10.1999 nr. 31336.

72 — Registrering af 3.8.2000 nr. 212787.

73 — Registrering af 9.1.2001 nr. 396176.

74 — Da der ikke i Harmoniseringskontorets statistikker findes en rubrik, der specifikt vedrører farver i sig selv, er det vanskeligt at bekræfte, at der ikke tidligere er blevet registreret varemærker af denne type. Harmoniseringskontorets afgørelsespraksis giver ikke desto mindre mulighed for at udlæde, at selv om sådanne registreringer er blevet godkendt, er det yderst sjældent forekommende (jf. f.eks. sag R 122/1998-3, punkt 1, 18 og 21).

90. Sådanne registreringer forekommer mig tvivlsomme i forhold til, hvordan forbrugerne opfatter det tegn, som de har lært at genkende som en angivelse af de pågældende varers eller tjenesteydelses oprindelse. Som jeg allerede har sagt, er farve altid et særkende ved et eller andet. Det, som forbrugerne har lært at genkende, er derfor ikke farven som sådan, men en genstand, der er forsynet med denne farve⁷⁵. Farven forbindes således altid mentalt med et andet element. Oftest er der tale om et logo eller et ord⁷⁶. Dette andet element er i det mindste formen af den vare, der udbydes.

91. Hvis dette andet element ikke foreligger, er forbrugerne ikke længere i stand til med sikkerhed at identificere den pågældende vares eller tjenesteydelses oprindelse. Hvis med andre ord det logo eller det ord, som de er vant til at se på varen eller dens emballage, ikke længere findes herpå, eller hvis varens form ændrer sig, kan forbrugerne være i tvivl om varens oprindelse, selv om farven fortsat er den samme.

92. Hvis tegnene reduceres til den abstrakte farve, eller hvis denne registreres som

75 — Jf. i denne retning punkt 70 i mit forslag til afgørelse i Toshiba Europe-sagen (dom af 25.10.2001, sag C-112/99, Sml. I, s. 7945).

76 — Hvis en bilist kan forbinde grøn med BP-stationer, er det fordi, at der i dette selskabs logo findes bogstaverne »BP« på en grøn baggrund, og at visse dele af tankstationernes bygninger har samme farve. På samme måde findes ordet »Milk« på emballagen for den chokolade, for hvilken farven lilla/violet er blevet registreret af Harmoniseringskontoret.

varemærke, indebærer det efter min opfattelse, at en del af varemærket anses for hele varemærket. Varemærket består ikke af farven i sig selv, men af denne farve forbundet med et andet element eller påsat en genstand.

93. Denne analyse anvendes af visse nationale varemærkemyndigheder. Den kompetente myndighed i Det Forenede Kongerige registrerede således ikke den grønne farve i sig selv efter ansøgning fra benzinselskabet BP for visse varer og tjenesteydelser, der udbydes på selskabets tankstationer, men denne farve, som den anvendes på lokalerne eller bygningernes ydre overflade i overensstemmelse med skemaer, der var vedlagt registreringsansøgningen⁷⁷. På samme måde registrerede denne myndighed ikke farven pink i sig selv for isoleringsmaterialer, men »the colour pink, as defined by pantone no 196C, applied to the entire surface of the goods«⁷⁸. På tjenesteydelsesområdet har den kompetente irske myndighed registreret United Parcel Service of Americas varemærke, der svarer til følgende definition: »The mark consists of the colour brown as shown on the form of application, being the predominant colour applied to the visible surface of the uniforms worn by staff in the performance of the service«⁷⁹.

77 — High Court of Justice in Northern Ireland, Chancery Division, 16.6.2000, BP Amoco PLC mod John Kelly Ltd and Glenshane Tourist Services Ltd.

78 — Registrering af 25.10.1996 nr. 2004215. Gengivelsen af varemærket i registeret viser en afbildning af et isolerende materiale.

79 — Registrering af 27.10.1998 nr. 221818. Gengivelsen af varemærket i registeret viser en uniform i den krævede farve.

94. Denne analyse, hvorefter det ikke er farven i sig selv, der kan opnå fornødent særpræg ved brug, svarer i øvrigt til de gældende regler ved United States Patent and Trademark Office (varemærkemyndigheden i USA)⁸⁰. Det skal i denne forbindelse understreges, at selskabet Qualitex' varemærke, der gjorde det muligt for Supreme Court i USA for første gang at udtalte sig om beskyttelsen af farvemærker og anerkende denne mulighed, udgjordes ikke af den grøngyldne nuance i sig selv, men af »a particular shade of green-gold applied to the top and the surfaces of the goods«⁸¹.

95. Det er på baggrund af ovenstående forhold min opfattelse, at de nævnte eksempler på registreringer af en farve i sig selv

80 — Ifølge Trademark Manual of Examining Procedures, der er revideret i juni 1992, er registreringen af et varemærke betinget af dets forudgående brug. Section 1202.03, der har overskriften »Color as a mark«, bestemmer: »Color marks are marks that consists solely of one or more colors used on particular objects. For marks used in connection with goods, the color may be used on the entire surface of the goods, on a portion of the goods, or on all part of the packaging for the goods [...] Similarly, service marks may consist of color used on all or part of the materials used in the advertising and rendering of the services [...] Color marks are never inherently distinctive, and cannot be registered on the Principal Register without a showing of acquired distinctiveness [...]« (<http://www.uspto.gov>).

81 — Registrering nr. 1633711. Gengivelsen af varemærket i registeret viser en afbildning af varen. I dommen i sagen Qualitex Co. mod Jacobsen Products Co. 514 U.S. 159 (1995) udtalte Supreme Court, at en farve alene kunne registreres som varemærke, hvis det blev godtgjort, at farven med tiden havde opnået »a secondary meaning«, dvs. at forbrugerne genkender den som en oprindelsesangivelse. Supreme Court bekræftede sin stillingtagen i dommen i sagen Wal-Mart Stores Inc. mod Samara Brothers, Inc., 165 F.3d 120 (2000).

som varemærke ikke svækker min fortolkning af direktivets artikel 2 ⁸².

96. Tværtimod godtgør de i punkt 93 i dette forslag til afgørelse omtalte registreringer efter min opfattelse, at de erhvervsdrivende, der anvender en farve til at identificere deres varer eller tjenesteydelser, kan drage fordel af den beskyttelse, som varemærkesystemet giver dem, uden at det er nødvendigt at registrere farven i sig selv. Endvidere kan de erhvervsdrivende ligeledes anvende bestemmelserne i deres medlemsstater om illoyal konkurrence, erstatningsansvar eller forbrugerbeskyttelse, således som det fremgår af sjette betragtning til direktivet og af artikel 5, stk. 5.

97. Der er således intet forhold, der giver grundlag for at antage, at disse erhvervs-

drivendes beskyttelse mod konkurrenter, der forsøger at udnytte den erhvervsdrivendes varemærkes renommé eller særpræg ved at anvende den samme farve eller en nuance heraf, er hindret eller formindsket ved, at farver som sådan ikke er omfattet af de kategorier af tegn, der er omhandlet i direktivets artikel 2.

98. Der er derimod god grund til at tro, at registreringen af farver som sådanne som varemærke kan have negative følger for den frie konkurrence, der er formålet med direktivet, således som det fremgår af punkt 8 i dette forslag til afgørelse.

99. Registreringen af en farve i sig selv medfører nemlig i henhold til direktivets artikel 5 — og i hvert fald på grund af, at det er umuligt for de andre erhvervsdrivende at fastslå præcist, om og hvordan de fortsat kan gøre brug af denne farve — at varemærkeindehaveren får eneretten til at bruge farven. Som jeg allerede har redegjort for i punkt 76 i dette forslag til afgørelse, vedrører denne eneret til brug i øvrigt ikke kun farven som sådan, således som den er gengivet i registreringsansøgningen eller betegnet ved hjælp af en international kode, men kan udstrække sig til et stort antal nuancer heraf. Det er med andre ord meget sandsynligt, at registreringen af en bestemt blå nuance som varemærke fører

82 — Det samme gælder Rettens dom af 25.9.2002, sag T-316/00, Viking-Umwelttechnik mod KHIM, »sammenstilling af grøn og grå«, Sml. II, s. 3715, og af 29.10.2002, sag T-173/00, KWS Saat mod KHIM, »orange nuance«, Sml. II, s. 3843, der er afsagt efter retsmødet i den foreliggende sag. Retten fandt indledningsvis i disse to sager, at farvet eller farvesammensætninger som sådanne kan udgøre et EF-varemærke, for så vidt de er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders (dommen i sagen Viking-Umwelttechnik mod KHIM, »sammensætning af grøn og grå«, præmis 23, og i sagen KWS Saat mod KHIM, »orange nuance«, præmis 25). Endvidere fandt Retten i dommen i sagen KWS Saat mod KHIM, »orange nuance«, at en nuance af farven orange i sig selv havde fornødent særpræg for visse tjenesteydelser. Det skal først anføres, at spørgsmålet om, hvorvidt en farve i sig selv uden form eller kontur kan udgøre et EF-varemærke i henhold til forordningens artikel 4, ikke blev drøftet for Retten. Hvad dernæst angår begrundelsen for, at Retten anerkendte, at en nuance af farven orange i sig selv kunne have fornødent særpræg for visse tjenesteydelser, sår den ikke tvivl om min analyse.

til, at varemærkeindehaveren får en eneret til at bruge blå⁸³.

100. Antallet af farver, der reelt kan anvendes for en bestemt vare eller tjenesteydelse, er dernæst endnu mere begrænset på grund af de følelser, som farverne kan vække hos betragteren og deres mere eller mindre synlige karakter. For at overbevise sig herom kan man blot tænke på »benzinselskabers farver«, der er omtalt som eksempel af fortalene for, at farver i sig selv kan registreres som varemærke⁸⁴. Det antal farver, der anvendes af disse selskaber på deres bygningers yderside og i deres logo, er mindre end det antal farver, der har et specifikt navn, og hovedparten af dem anvendes af flere selskaber i konkurrence⁸⁵.

101. Det er dermed tilstrækkeligt, at flere farver i sig selv registreres som varemærke for, at nogle enkelte erhvervsdrivende får et reelt monopol på at bruge farven. Et sådant monopol kan imidlertid efter sin art for dreje konkurrencen.

83 — Denne analyse svarer til Harmoniseringskontorets. Jf. for så vidt angår farven blå, afgørelse fra Andet Appellkammer af 29.2.2000 i sag R 342/1999-2, der afviste registrering af selskabet ARAL's ansøgning. Jf. ligeledes afgørelsen i sag R 122/1998-3, punkt 29.

84 — Jf. Libertels skriftlige indlæg, punkt 7.1.

85 — Jf. f.eks. Shells, Agips og BP's gule, ARAL's, Totals og ELF's blå, Totals og ELF's røde, Totals og Essos orange osv.

102. Som Kommissionen med rette har understreget i sit skriftlige indlæg⁸⁶, har farver nemlig en stor betydning for virksomhederne i dag. Virksomhederne farvelægger i større og større omfang deres varer og de genstande, der anvendes ved præstationen af deres tjenesteydelser⁸⁷. Disse farver tjener til at fange forbrugernes opmærksomhed⁸⁸. Endvidere giver farverne på grund af de følelser, de vækker, virksomhederne mulighed for at placere deres varer og tjenesteydelser i vores hukommelse⁸⁹. Farverne er således blevet et reelt kommunikationsmiddel mellem virksomhederne og forbrugerne. Det er sandsynligt, at deres anvendelse vil stige under hensyn til, at image i dag har en afgørende plads i kommunikationen.

103. Det er således berettiget at mene, at en erhvervsdrivende, der fratages muligheden for at anvende farver eller endda et vist antal farver, stilles ugunstigt i forhold til sine konkurrenter, og at et monopol på at

86 — Punkt 73.

87 — Ifølge Géodys 2000/2001, *La marque dans tous ses états*, »skaber mange industrivirksomheder i deres designstruktur et team, der er specialiseret i farver og materialer. Moulinex begyndte i 1997 med at farve sine små husholdningsartikler gule eller grønne [...] I dag farver Apple sine iMac, Nurofen sine medicinæsker og Philips sine tv-apparater«, s. 218.

88 — Ifølge J.-N. Kapferer »er farven det første pejlemærke ved et varemærke for en forbruger i en selvbetjeningsbutik«, *Les marques, Capital de l'entreprise, Les chemins de la reconquête*, Les éditions d'organisation 1995, Paris, s. 355.

89 — De syrlige farver legemliggør en regression, idet de minder forbrugeren om barndommens farver, de skrigende farver legemliggør transgression og giver forbrugeren indtrykket af at frigøre sig fra konventioner, de naturlige toner legemliggør ægtheden og giver varerne et rustikt aspekt, som beroliger, og high tech farverne (grønmetalik) legemliggør sikkerheden og virker forsikrende, idet de er synonyme med perfektion (Géodys 2000/2001, s. 218).

bruge farver endog kan føre til, at nye erhvervsdrivende forhindres i at få adgang til et givet marked.

105. Med den begrundelse, jeg ovenfor har angivet, vil jeg foreslå Domstolen at svare, at direktivets artikel 2 skal fortolkes således, at en farve i sig selv uden form eller kontur ikke udgør et tegn, der kan gengives grafisk, og som er egnet til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders.

104. På baggrund af disse betragtninger kan også formålet med varemærkeretten begrunde, at visse erhvervsdrivende ikke kan få eneret til at bruge farver i sig selv, og at de fortsat skal være til rådighed for alle.

106. De øvrige spørgsmål fra den forelæggende ret er under hensyn til dette svar uden betydning for tvisten i hovedsagen. Det er min opfattelse, at det er ufornuddent at besvare disse spørgsmål.

V — Forslag til afgørelse

107. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Hoge Raad der Nederlanden stillede spørgsmål på følgende måde:

»Artikel 2 i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker skal fortolkes således, at en farve i sig selv uden form eller kontur ikke udgør et tegn, der kan gengives grafisk, og som er egnet til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders.«