

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

19. september 2001 *

I sag T-129/00,

Procter & Gamble Company, Cincinnati, Ohio (USA), ved advokaterne
C. van Nispen og G. Kuipers, 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 C. Røhl Søberg, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

angående en påstand om annullation af afgørelse af 8. marts 2000 (sag R 508/1999-1) fra Første Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design), der er blevet meddelt sagsøgeren den 13. marts 2000,

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 12. maj 2000,

på grundlag af svarskrift indleveret til Rettens Justitskontor den 27. juli 2000,

og efter mundtlig forhandling den 5. april 2001,

afsagt følgende

Dom

Twistens baggrund

- 1 Den 7. oktober 1998 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, der er ansøgt om registrering af, fremtræder i den grafiske fremstilling heraf, som sagsøgeren har indleveret, i form af en rektangulær tablet med en rillet kant og let afrundede hjørner, der indeholder prikker og en mørk trekantet fordybning i midten af overfladen. Der er ikke gjort krav på nogen farve.

- 3 De tjenesteydelser, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 3 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse: »vaske- og blegemidler og andre midler

til vask og rensning af tøj; præparater til rengøring, polering og fjernelse af pletter samt slibemidler; præparater til vask, rensning og pleje af tallerkener; sæbe; parfumerivarer, æteriske olier, kosmetiske præparater, hårvand; tandplejemidler«.

- 4 Ved afgørelse af 17. juni 1999 afslog undersøgeren ansøgningen i henhold til artikel 38 i forordning nr. 40/94 med den begrundelse, at det ansøgte varemærke manglede det fornødne særpræg.
- 5 Den 13. august 1999 påklagede sagsøgeren i henhold til artikel 59 i forordning nr. 40/94 undersøgerens afgørelse til Harmoniseringskontoret.
- 6 Klagen blev afvist ved afgørelse af 8. marts 2000 (herefter »den anfægtede afgørelse«).
- 7 Appellammeret fandt i det væsentlige, at det ansøgte varemærke manglede det fornødne særpræg. Appellammeret anførte først, at det fremgår af artikel 4 i forordning nr. 40/94, at en vares form kan registreres som EF-varemærke på betingelse af, at den har tilstrækkeligt usædvanlige og vilkårlige kendetegn, der giver de tilsigtede forbrugere mulighed for at genkende varen på grund af dens udseende som værende fremstillet af den pågældende virksomhed. Under hensyn til de fordele, der er ved vaske- og opvaskemidler i tabletform, understregede appellammeret dernæst, at sagsøgerens konkurrenter frit skal kunne producere disse også ved brug af de mest simple geometriske former. Efter at have beskrevet det i denne sag ansøgte varemærke fastslog appellammeret, at tablettens rektangulære form ikke gav den det fornødne særpræg. Ifølge appellammeret er de grundlæggende geometriske former (firkantet, rund eller rektangulær) de mest indlysende former for sådanne tabletter, og der er intet vilkårligt eller fantasifuldt ved valget af en rektangulær tablet ved fremstillingen af faste

vaskemidler. Appellkammeret bemærkede, at de yderligere kendetegn, som sagsøgeren har påberåbt sig, nemlig de »udhamrede« hjørner, de randslebne kanter og den konkave midte, er banale variationer fra varens sædvanlige fremstilling. Disse kendetegn medfører ikke, at den form, der er gjort krav på, kan registreres som et varemærke, i den forstand at en forbruger ikke ved at rette sin opmærksomhed herimod kan udlede tablettens oprindelse. Ifølge appellkammeret giver anvendelsen af en mørk farve til den konkave midte ikke den form, der er gjort krav på, det fornødne særpræg. Appellkammeret præciserede, at anvendelsen af forskellige farver er banal og kan, ud over det dekorative aspekt, angive, at der er forskellige aktive virkemidler. Appellkammeret tilføjede, at Harmoniseringskontoret ganske vist kan tage hensyn til nationale myndigheders afgørelser, men det er ikke bundet heraf.

Parternes påstande

8 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

9 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Formaliteten

Parternes argumenter

- 10 Sagsøgeren har under den mundtlige forhandling anført, at det foreliggende søgsmål samt de, der er anlagt i de parallelle sager T-117 — T-121/00 og T-128, i det væsentlige har til formål at opnå en afklaring af retsstillingen for så vidt angår muligheden for at registrere de ansøgte varemærker. Sagsøgeren har den opfattelse, at disse varemærker ikke kan beskyttes i henhold til forordning nr. 40/94. Da der imidlertid på vegne af visse virksomheder, der findes på markedet, er indgivet varemærkeansøgninger, der har til formål at opnå beskyttelse for former, der er tilsvarende den, der er gjort krav på i denne sag og i de ovennævnte parallelle sager, er alle producenter ifølge sagsøgeren tvunget til at forsøge at opnå en tilsvarende beskyttelse for deres egne varer.
- 11 Harmoniseringskontoret har den opfattelse, at sagsøgeren dermed i det væsentlige har anmodet Retten om at statuere frifindelse. Harmoniseringskontoret har rejst spørgsmålet, om sagsøgeren under disse omstændigheder har nogen retlig interesse.

Retten's bemærkninger

- 12 Ifølge fast retspraksis kan annulationssøgsmål, der er anlagt af en fysisk eller juridisk person, kun admitteres, såfremt sagsøgeren har en retlig interesse i, at den

pågældende retsakt annulleres. En sådan interesse forudsætter, at annullationen af den pågældende retsakt i sig selv kan have retsvirkninger (jf. Rettens dom af 14.9.1995, forenede sager T-480/93 og T-483/93, Antillean Rice Mills m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2305, præmis 59, og den deri omtalte retspraksis). Det samme gælder for en sag, der er anlagt i henhold til artikel 63 i forordning nr. 40/94.

- 13 Sagsøgeren har i denne sag anmodet om registrering af et tredimensionalt varemærke, der er i tabletform, og denne ansøgning er blevet afvist af undersøgeren, hvilken afvisning er stadfæstet af appelkammeret. Sagsøgerens interesse i, at appelkammerets afgørelse, der ikke tager sagsøgerens påstande til følge, annulleres, påvirkes ikke af den opfattelse, som sagsøgeren kan have for så vidt angår det mere eller mindre ønskelige i, at den valgte form for det ansøgte tredimensionale varemærke beskyttes i henhold til varemærkeretten. Sagsøgerens retlige interesse kan derfor ikke benægtes i denne sag.

Realiteten

- 14 Sagsøgeren har i det væsentlige påberåbt sig to anbringender. Det første vedrører tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Det andet vedrører tilsidesættelse af begrundelsespligten. Disse to anbringender er i den foreliggende sag snævert forbundet, hvorfor de skal behandles samlet.

Parternes argumenter

- 15 Sagsøgeren har for det første anført, at det ansøgte varemærke set i sin helhed er usædvanligt, har fantasifulde kendetegn og har det minimale særpræg, der kræves for at kunne registreres.

- 16 Sagsøgeren er dernæst fremkommet med bemærkninger, der dels angår det ansøgte varemærkes form og design, og dels det forhold, at varemærket ved behandlingen af varemærkeansøgningen skal bedømmes i sin helhed. Endelig er sagsøgeren fremkommet med en argumentation vedrørende nødvendigheden af en ensartet anvendelse af forordning nr. 40/94.
- 17 Hvad angår varemærkets form har sagsøgeren anført, at det fremgår af artikel 4 i forordning nr. 40/94, at det ikke er forbudt, at et varemærke består af varens form.
- 18 Sagsøgeren har kritiseret, at appelkammeret tog den interesse i betragtning, som alle producenter har i frit at kunne anvende den form, der er gjort krav på. Ifølge sagsøgeren er det ikke relevant at tage denne interesse i betragtning, når det skal afgøres, om et varemærke mangler det fornødne særpræg i den forstand, udtrykket anvendes i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, men alene inden for rammerne af en undersøgelse af varemærkeansøgningen i henhold til samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra e).
- 19 For så vidt som appelkammeret under drøftelsen af artikel 7, stk. 1, litra b), har villet henvise til registreringshindringen i samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra e), har sagsøgeren bemærket, at der kan vælges andre tabletformer, hvilket endda kan være at foretrække, såsom den runde form. Der findes endvidere ifølge sagsøgeren andre former for fremstilling af vaskemidler, såsom pulver eller flydende vaskemiddel.

- 20 Sagsøgeren har understreget, at der ved tabletter kan skabes et andet udseende ikke alene ved anvendelsen af forskellige grundformer, og for så vidt angår den rektangulære form ved variationer i længde og størrelse, men ligeledes ved variationer i tablettens tykkelse. Sagsøgeren har heraf udledt, at tablettens form i sig selv kan anses for at være usædvanlig og have en for et vaskemiddel fantasifuld karakter i forhold til andre tabletter, der fandtes på markedet på det tidspunkt, hvor varemærkeansøgningen blev indgivet. Det ansøgte varemærke har ifølge sagsøgeren så meget desto mere det fornødne særpræg på grund af udskæringen i tablettens midte, der er mørkere end resten af tablettens, og de andre kendetegn.
- 21 For så vidt angår bedømmelsen af varemærket har sagsøgeren anført, at det fornødne særpræg skal bedømmes i forhold til det pågældende varemærke i sin helhed. Selv hvis de elementer, som varemærket består af, isoleret set skal anses for ikke at være tilstrækkeligt usædvanlige eller fantasifulde til at kunne give varemærket fornødent særpræg, skaber den særlige kombination af elementer (form, design og farve) ifølge sagsøgeren et tegn med fornødent særpræg, der kan registreres. Ifølge sagsøgeren har der ikke indtil nu fandtes et vaskemiddel på markedet med en form, der ligner den, der gøres krav på i denne sag.
- 22 Appellkammerets argument om, at tabletternes grundform skal holdes til rådighed for at kunne anvendes af alle producenter, kan således ikke anvendes til at modsætte sig registreringen af det ansøgte varemærke. Selv hvis et sådan argument kan anses for at være relevant inden for rammerne af en indsigelse i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, hvilket sagsøgeren har bestridt, er det ikke relevant i denne sag, idet det ansøgte varemærke ikke udgøres af dette element alene.
- 23 Sagsøgeren har understreget, at selskabets varemærkeansøgninger alene har til formål at opnå enerettigheder for den særlige kombination af hver af disse

varemærkers særlige kendetegn og ikke for, f.eks. at forhindre andre producenter i at anvende den rektangulære farve til deres vaskemidler. Sagsøgeren har erklæret sig parat til at afgive erklæringer om afkald med dette formål, såfremt Retten anser det for nødvendigt. Sagsøgeren har tilføjet, at det fremgår af adskillige registreringsansøgninger til Harmoniseringskontoret om tredimensionale varemærker for vaskemidler i tabletform, at variationen i disse tableters udseende er næsten ubegrænset.

- 24 For så vidt endelig angår bemærkningerne om nødvendigheden af en ensartet anvendelse af forordning nr. 40/94 har sagsøgeren gjort gældende, at tredimensionale varemærker, der er tilsvarende sagsøgerens, er blevet godtaget i et vist antal medlemsstater, hvor varemærkeretten er blevet harmoniseret på grundlag af Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT L 40, s. 1), herunder Frankrig, Det Forenede Kongerige, Belgien, Nederlandene og Luxembourg. Det skal i denne forbindelse præciseres, at for disse tre sidstnævnte stater er registreringen af ovennævnte varemærke sket ved Benelux-landenes Varemærkemyndighed. Ligeledes har Harmoniseringskontoret ifølge sagsøgeren offentliggjort varemærkeansøgning nr. 924 829 indgivet på vegne af sagsøgeren om et varemærke i form af en rektangulær tablet, der indeholder farverne blå, grøn og hvid.
- 25 Sagsøgeren har som besvarelse af Rettens spørgsmål præciseret, at selskabets varemærkeansøgning ikke udelukkende vedrører produkter til vaskemaskine og opvaskemaskine i tabletform, men alle de varer, der er nævnt i selskabets ansøgning, og som ikke blot vedrører dets afdeling for vaske- og rengøringsmidler, men ligeledes dets afdeling for produkter til skønhedspleje. For disse sidstnævnte varer svarer det ansøgte tredimensionale varemærke ikke nødvendigvis til selve varens form, men kan f.eks. udgøre en reklamegenstand, der er påhæftet varen. Sagsøgeren har i øvrigt gjort gældende, at Harmoniseringskontoret ikke har begrundet afvisningen af at registrere det ansøgte varemærke for så vidt angår produkter til skønhedspleje.

- 26 Harmoniseringskontoret har anført, at det ansøgte tredimensionale varemærke vedrører produkter til vaskemaskine eller opvaskemaskine i tabletform og udgør selve varen.
- 27 Med henblik på at bedømme berettigelsen af det ansøgte EF-varemærke for denne nye vare har Harmoniseringskontoret først beskrevet udviklingen i forskellige fremstillinger af vaskemaskine- og opvaskemaskineprodukter på markedet og fordelene ved fremstillingen heraf i tabletform.
- 28 Harmoniseringskontoret har for det andet 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.
- 29 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.
- 30 Ifølge Harmoniseringskontoret forbinder forbrugerne imidlertid 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 i sig selv tiltrækker forbrugernes opmærksomhed.

- 31 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.
- 32 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 maskinen og således bruger varens emballage, der bærer producentens ordmærke, og ikke denne vares nøjagtige form eller farve, til at genkende varen i en købsituation.
- 33 Ifølge Harmoniseringskontoret er de retlige kriterier til bedømmelse af det fornødne særpræg for tredimensionale varemærker, der som i den foreliggende sag består af selve varens form, hverken anderledes eller strengere end de kriterier, der anvendes på andre varemærker. 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.
- 34 Harmoniseringskontoret har for det tredje foretaget en analyse af det ansøgte varemærke.
- 35 Ifølge Harmoniseringskontoret er det ansøgte varemærkes rektangulære form ikke usædvanlig og er ikke fantasifuld, men den er tværtimod banal og gængs på markedet.

- 36 Harmoniseringskontoret har den opfattelse, at da det ansøgte varemærke ikke er genstand for en grafisk gengivelse i farver, og da der ikke er gjort krav på nogen farver, skal varemærkets fornødne særpræg bedømmes på grundlag af forskellige grå nuancer, der ikke kan sammenlignes med forskellige farver. Ifølge Harmoniseringskontoret har disse nuancer ikke særpræg, og forbrugeren anser dem som en angivelse af, at der er yderligere aktive ingredienser. Harmoniseringskontoret har den opfattelse, at grå ikke er en farve, der kan give en brugsgenstand det fornødne særpræg. Harmoniseringskontoret har under den mundtlige forhandling præciseret, at det fornødne særpræg for et varemærke, der er indgivet uden farveangivelse, behandles uden hensyntagen til dette varemærkes eventuelle anvendelse i en farvelagt udgave. Harmoniseringskontoret har tilføjet — hvis det antages, at et sådan varemærke registreres — at indehaveren imidlertid i langt de fleste tilfælde kan anfægte tredjemands anvendelse af en farvelagt udgave af dette varemærke.
- 37 For så vidt angår det ansøgte varemærkes andre kendetegn har Harmoniseringskontoret anført, at de randslebne kanter ikke bemærkes af forbrugeren, at de har en funktionel karakter, og at de er gængse for disse tabletter. Fordybningen, der næsten ikke kan ses, udgør alene et tilsat element, der indeholder yderligere aktive ingredienser, i en mørkere grå end resten af tabletten.
- 38 For så vidt angår undersøgelsen af varemærket i sin helhed har Harmoniseringskontoret den opfattelse, at kombinationen af alle disse kendetegn, der ikke har fornødent særpræg, ikke giver det ansøgte varemærke det fornødne særpræg. Det fornødne særpræg kan navnlig ikke udledes af, at alle tabletterne er forskellige fra hinanden.
- 39 Hvad angår argumentet om, at sagsøgeren ikke bør være den eneste virksomhed, der har ret til at sælge produkter til vaskemaskine eller opvaskemaskine i tabletform, har Harmoniseringskontoret den opfattelse, at det er relevant ved

anvendelsen af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Ifølge Harmoniseringskontoret kan henvisningen til dette argument ikke fortolkes således, at appelkammeret i denne sag anvendte en autonom registreringshindring indeholdende et krav om, at varemærket skal holdes til rådighed («Freihaltebedürfnis»). Dette sidste indebærer, at Harmoniseringskontoret for at afvise en varemærkeansøgning skal godtgøre en specifik og konkret legitim interesse fra konkurrenternes side i at anvende det samme varemærke. Harmoniseringskontoret har i den foreliggende sag anført, at appelkammeret blot understregede, at registreringen af den form, der er gjort krav på, som EF-varemærke har uønskede konsekvenser for markedets funktion. Det er ifølge Harmoniseringskontoret nødvendigt ved artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 at tage de konsekvenser i betragtning, der er ved registreringen af visse ord, tegn eller grundformer og banale former, idet der er risiko for at fratage varemærkeordningen eller ordningen med industriel ejendomsret deres grundlæggende funktion, der er at fremme en loyal konkurrence.

- 40 Hvad for det fjerde angår den anfægtede afgørelses påståede manglende sammenhæng med Harmoniseringskontorets andre afgørelser har Harmoniseringskontoret anført, at det har afvist alle ansøgninger om runde eller rektangulære tabletter til vaskemaskine eller opvaskemaskine, og at disse afvisninger er blevet stadfæstet af appelkamrene i alle de tilfælde, hvor de har skullet træffe afgørelse. Harmoniseringskontoret har anført, at varemærkeansøgning nr. 924 829 er blevet offentliggjort i EF-Varemærketidende, men at det pågældende varemærke ikke er blevet registreret. 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.
- 41 For så vidt angår de nationale varemærkemyndigheders praksis har Harmoniseringskontoret anerkendt, at sagsøgerens registrering af et varemærke, der er identisk med det i denne sag, i flere eller alle medlemsstater er et forhold, som — uden at være bestemmende — kan tages i betragtning ved registreringen af et EF-varemærke. Harmoniseringskontoret har i denne forbindelse anført, at sagsøgeren aldrig har gjort gældende, at selskabet har opnået registrering af det i denne sag ansøgte varemærke i Det Europæiske Fællesskabs medlemsstater.

- 42 Hvad 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.
- 43 Harmoniseringskontoret har den opfattelse, at selv hvis sagsøgeren var den første til at markedsføre produkter til vaskemaskine eller opvaskemaskine i tabletform, er det fastslået, at den rektangulære form ikke desto mindre er sædvanlig. Harmoniseringskontoret har bemærket, at selv hvis denne form først er blevet sædvanlig efter datoen for indleveringen af EF-varemærkeansøgningen, kan varemærket ikke registreres. Harmoniseringskontoret har i denne forbindelse anført dels, at den første brug af en banal eller sædvanlig form ikke i sig selv giver denne form særpræg, dels at det fornødne særpræg ligeledes skal være til stede på datoen for varemærkets registrering.
- 44 Da sagsøgeren har præciseret, at selskabets varemærkeansøgning ligeledes vedrører produkter til skønhedspleje, har Harmoniseringskontoret endelig under den mundtlige forhandling anført, at det er parat til at genbehandle registreringshindringerne for så vidt angår disse andre varer, der er omfattet af ansøgningen.

Rettens bemærkninger

- 45 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.
- 46 For så vidt angår de varer, som sagsøgeren har henvist til i sin EF-varemærkeansøgning, nemlig »vaske- og blegemidler og andre midler til vask og

rensning af tøj; præparater til rengøring, polering og fjernelse af pletter samt slibemidler; præparater til vask, rensning og pleje af tallerkener; sæbe«, som findes i klasse 3 i Nice-arrangementet, udgøres det varemærke, der er ansøgt registreret i denne sag, af formen og designet af selve varen. Hvad derimod angår de produkterne til personlig pleje, for hvilke der er ansøgt om registrering af varemærket, der ligeledes findes i førnævnte klasse 3 under betegnelsen: »parfumerivarer, æteriske olier, kosmetiske præparater, hårvand; tandplejemidler«, er det vanskeligt at forstå, at det ansøgte varemærke udgøres af selve varens form.

- 47 Hvad angår rengøringsmidlerne fremgår det af artikel 4 i forordning nr. 40/94, at varens form 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.
- 48 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).
- 49 Det fremgår af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, at det er tilstrækkeligt med et minimum af 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 købsituation.

- 50 Artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 skelner ikke mellem de forskellige varemærke kategorier. 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 varemærke kategorier.
- 51 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.
- 52 Det skal anføres, at de rengøringsmidler, for hvilke der er ansøgt om registrering i den foreliggende sag, 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).

- 53 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). Det skal i denne forbindelse fastslås, at da der er tale om dagligvarer, er gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau over for formen og designet af tabletter til vaskemaskine eller opvaskemaskine ikke højt.
- 54 For at bedømme, om kombinationen af den omtvistede tablets form og design i omsætningen kan opfattes som en oprindelsesbetegnelse, skal det helhedsindtryk, som denne kombination 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.
- 55 Da sagsøgeren i denne sag ikke har gjort krav på nogen farve, kan det ansøgte varemærke alene udøve sin funktion som oprindelsesbetegnelse for varerne, såfremt gennemsnitsforbruger, når han ser en rektangulær tablet med en rillet kant, prikker og en trekantet udskæring, ledes til at genkende den uafhængigt af dens farve og at antage, at alle varer, der fremstilles således, har samme oprindelse.
- 56 Den tredimensionale form, for hvilken der er ansøgt om registrering, nemlig en rektangulær tablet, hører til de geometriske grundformer og er en af de former, der er naturlig for en tablet til brug i vaskemaskine eller opvaskemaskine. Tablettens let afrundede hjørner svarer til praktiske overvejelser og kan ikke af gennemsnitsforbruger opfattes som en særegenhed ved den form, der er gjort krav på, og som er egnet til at adskille den fra andre tabletter til vaskemaskine eller opvaskemaskine. Den rillede kant udgør ligeledes en variant, der næsten ikke

kan skelnes fra grundformen, og den har ikke nogen indflydelse på det samlede indtryk, tableten giver.

- 57 Hvad angår prikkerne og den mørke trekantede udskæring i tablettens midte, skal først behandles sagsøgerens klagepunkt om, at appelkammeret ikke tog disse prikker i betragtning. Såfremt det er korrekt, at appelkammeret i den anfægtede afgørelse ikke udtrykkeligt behandlede prikkerne, anførte appelkammeret imidlertid, idet det henviste til den trekantede udskæring, at anvendelsen af forskellige farver for de pågældende varer var gængs. Denne udtalelse viser, at appelkammeret mente, at prikkerne ikke kan give det ansøgte varemærke det fornødne særpræg, idet det drejer sig om et gængs element. Den anfægtede afgørelse er således i denne henseende tilstrækkeligt begrundet.
- 58 Det skal dernæst anføres, at den pågældende omsætningskreds er vant til, at der er lyse og mørke elementer i et vaskemiddel. Pulver, som er den form, disse varer traditionelt udbydes i, har oftest en meget lys grå eller beige farve og synes næsten hvidt. Som sagsøgeren selv har anført under den mundtlige forhandling, indeholder det ofte partikler i en eller flere forskellige farver, der kan være mørkere eller lysere end varens grundfarve. Den reklamering, som sagsøgeren og de andre vaskemiddelproducenter foretager, fremhæver, at disse partikler viser, at der er forskellige aktive stoffer. Disse 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 lyse og mørke 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 lyse og mørke elementer skal forstås som en henvisning til visse kvaliteter ved varen, og ikke som en betegnelse af dens oprindelse.
- 59 For så vidt angår det forhold, at den omtvistede tablet, ud over prikkerne, på midten af sin overflade har en trekantet udskæring, skal det anføres, at

appelkammerets antagelse af, at en sådan udskæring ikke er tilstrækkeligt til, at tablettens fremtræden kan anses for at betegne varens oprindelse, er berettiget. Når det drejer sig om at sammensætte forskellige stoffer i et produkt til vaskemaskine eller opvaskemaskine, der er i tablettform, er tilføjelsen af en udskæring i midten af tablettens en af de løsninger, der falder meget naturligt. Det forhold, at denne udskæring udgør en svag fordybning i tablettens midte, ændrer ikke væsentligt tablettens udseende og kan således ikke påvirke forbrugers opfattelse.

- 60 Valget af den trekantede form til udskæringen er heller ikke tilstrækkelig til at give det ansøgte varemærke det fornødne særpræg. Sammensætningen af to geometriske grundformer, således som den omtvistede tablett fremtræder, er en af de varianter for fremstilling af den pågældende vare, der falder naturligt. Denne kombination af former giver ikke, når der ikke er noget yderligere element ved fremstillingen, der kan påvirke forbrugers opfattelse, den tilsigtede omsætningskreds mulighed for at adskille disse varer fra andre, der har en anden kommerciel oprindelse.
- 61 Muligheden for, at forbrugerne ikke desto mindre kan blive vant til at genkende varen i kraft af en sådan kombination af former, 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.
- 62 Det er i denne forbindelse uden betydning, at den ovennævnte specifikke kombination af former ikke aktuelt anvendes for produkter til vaskemaskine eller opvaskemaskine. De forskellige mulige kombinationer af disse ydre træk kan nemlig opnås ved at variere de geometriske grundformer og ved at tilføje

udskæringer og prikker. De forskelle, der herved fremkommer for så vidt angår de forskellige tableters fremtræden, er ikke tilstrækkelige til, at de for hver af disse tableter kan anvendes som betegnelse for varens oprindelse, når det som i denne sag drejer sig om variationer af varens grundformer, der virker naturlige.

- 63 Hvad angår det helhedsindtryk, der fremgår af den omtvistede tablets kombination af form og design, 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 købsituation.
- 64 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 tableter, der allerede findes på markedet. Det er derfor ikke nødvendigt i den foreliggende sag at behandle spørgsmålet, om varemærkets fornødne særpræg skal bedømmes på tidspunktet for registreringsansøgningens indgivelse eller på datoen for den faktiske registrering.
- 65 Hvad dernæst angår sagsøgerens argumenter om de nationale varemærkemyndigheders praksis, 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 (en 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). Endvidere har sagsøgeren ikke påstået, at et varemærke, der er identisk med det, der er ansøgt om i denne sag, er blevet registreret af en national varemærkemyndighed. For så vidt mere generelt angår de nationale varemærkemyndigheders praksis vedrørende tredimensionale varemærker, der udgøres af tableter til vaskemaskine eller opvaskemaskine, fremgår det af Harmoniseringskontorets besvarelse af Rettens spørgsmål, at den ikke er ensartet. Appellammeret kan derfor ikke bebrejdes, at det ikke tog hensyn til den nævnte praksis.

- 66 For så vidt angår Harmoniseringskontorets egen praksis fremgår det af Harmoniseringskontorets besvarelse af et spørgsmål fra Retten, at den EF-varemærkeansøgning, som sagsøgeren har påberåbt sig, er blevet offentliggjort, ikke har ført til en registrering, og at det må antages, at den vil blive afvist. Under disse omstændigheder er argumentet om offentliggørelse af denne ansøgning under alle omstændigheder blevet grundløst.
- 67 Sagsøgerens argumenter vedrørende Harmoniseringskontorets og visse nationale varemærkemyndigheders praksis skal dermed afvises.
- 68 Det følger heraf, at appelkammeret med rette har konkluderet, at det ansøgte tredimensionale varemærke mangler fornødent særpræg for varer i klasse 3 i Nice-arrangementet, der svarer til følgende beskrivelse: »vaske- og blegemidler og andre midler til vask og rensning af tøj; præparater til rengøring, polering og fjernelse af pletter samt slibemidler; præparater til vask, rensning og pleje af tallerkener; sæbe«.
- 69 For så vidt angår sagsøgerens argumentation vedrørende appelkammerets hensyntagen til nødvendigheden af at holde den omtvistede tablets form til rådighed skal det bemærkes, at de absolutte registreringshindringer i artikel 7, stk. 1, litra b)-e), i forordning nr. 40/94 er udtryk for fællesskabslovgivers ønske om at undgå anerkendelse af enerettigheder til en virksomhed, hvilket kan hindre konkurrence på markedet for de pågældende varer eller tjenesteydelser (jf. for så vidt angår den absolutte registreringshindring, der er forbundet med tegnets fornødne særpræg, Domstolens dom af 4.5.1999, forenede sager C-108/97 og C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Sml. I, s. 2779, præmis 25). Den interesse, som konkurrenterne til den, der har ansøgt om registrering af et tredimensionalt varemærke, der udgøres af en fremstilling af varen, kan have i frit at kunne vælge deres egen vares form og design, kan imidlertid i sig selv hverken være en begrundelse for at nægte registrering eller et kriterium, der i sig selv er

tilstrækkeligt til at bedømme varemærkets fornødne særpræg. Ved at udelukke registrering af tegn, der mangler det fornødne særpræg, beskytter artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ikke interessen i, at forskellige varianter af en vares fremtræden holdes til rådighed, i det omfang varens fremtræden, for hvilken der er ansøgt om registrering, ikke umiddelbart og uafhængigt af brugen i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 kan udfylde et varemærkes funktion, dvs. at give den tilsigtede omsætningskreds mulighed for at adskille den pågældende vare fra varer af en anden kommerciel oprindelse.

- 70 Det skal anføres, at hvis appelkammeret i den anfægtede afgørelse har lagt vægt på interessen i at undgå en monopolisering af en vare gennem varemærkeretten, følger det imidlertid ikke heraf, at appelkammeret ikke i denne sag har taget hensyn til de kriterier, der skal anvendes ved bedømmelsen af det ansøgte varemærkes fornødne særpræg. Appelkammeret har nemlig i den anfægtede afgørelses punkt 11 anført, at en vares form kan registreres som EF-varemærke »på betingelse af, at det har tilstrækkeligt usædvanlige og vilkårlige kendetegn, der giver de tilsigtede forbrugere mulighed for at genkende varen på grund af dens udseende som værende fremstillet af den pågældende virksomhed«. Dets undersøgelse i den anfægtede afgørelses punkt 18 af den tilsigtede omsætningskreds' opfattelse af det ansøgte varemærkes kendetegn er således i overensstemmelse med de principper, der er redegjort for ovenfor.
- 71 For så vidt endelig angår de varer, der henhører under klasse 3 i Nice-arrangementet med beskrivelsen »parfumerivarer, æteriske olier, kosmetiske præparater, hårvand; tandplejemidler«, redegjorde appelkammeret ikke i den anfægtede afgørelse for begrundelsen for, at det fandt, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg.
- 72 Det følger heraf, at Retten ikke i denne sag er i stand til at foretage sin kontrol af den anfægtede afgørelses lovlighed for at vist angår disse sidstnævnte varer. Det

skal således fastslås, at den anfægtede afgørelse i denne henseende udgør en tilsidesættelse af begrundelsespligten i artikel 73 i forordning nr. 40/94. Det forhold, at sagsøgeren alene har påberåbt sig denne tilsidesættelse under den mundtlige forhandling, er ikke til hinder for, at Retten behandler spørgsmålet, idet den manglende begrundelse angår grundlæggende retsprincipper, som Fællesskabets retsinstanser skal tage under påkendelse ex officio (jf. Domstolens dom af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval, Sml. I, s. 1719, præmis 67).

- 73 Den anfægtede afgørelse skal derfor annulleres for så vidt den angår varer, der henhører under klasse 3 i Nice-arrangementet, og som svarer til følgende beskrivelse: »parfumerivarer, æteriske olier, kosmetiske præparater, hårvand; tandplejemidler«. I øvrigt skal sagsøgte frifindes.

Sagens omkostninger

- 74 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 delvist skal annulleres, bestemmes, at hver part skal bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling)

- 1) Afgørelse af 8. marts 2000 (sag R 508/1999-1) fra Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) annulleres for så vidt den angår varer, der henhører under klasse 3 i Nice-arrangementet, og som svarer til følgende beskrivelse: »parfumerivarer, æteriske olier, kosmetiske præparater, hårvand; tandplejemidler«.
- 2) Harmoniseringskontoret frifindes i øvrigt.
- 3) Hver part bærer sine egne omkostninger.

Meij

Potocki

Pirrung

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

H. Jung

A.W.H. Meij

Justitssekretær

Afdelingsformand