

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

12. december 2002 \*

I sag T-63/01,

The Procter & Gamble Company, Cincinnati, Ohio (USA), ved avocat T. van Innis, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved O. Montalto og E. Joly, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

\* Processprog: fransk.

angående en påstand om annullation af afgørelse af 14. december 2000 fra Tredje Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 74/1998-3), der blev meddelt sagsøgeren den 11. januar 2001,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS  
(Fjerde Afdeling)

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

justitssekretær: fuldmægtig D. Christensen,

på grundlag af stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 16. marts 2001,

på grundlag af svarskrift indgivet til Rettens Justitskontor den 29. maj 2001,

på grundlag af foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse,

efter mundtlig forhandling den 10. juli 2002,

afsagt følgende

## Dom

### Twistens baggrund

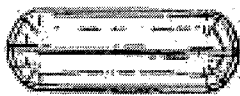
- 1 Den 16. april 1996 indgav sagsøgeren EF-varemærkeansøgning om registrering af et figurmærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i medfør af Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1) med senere ændringer. Den 25. marts 1997 modtog Harmoniseringskontoret en gengivelse af det ansøgte varemærke, der nu blev beskrevet som et tredimensionalt figurativt varemærke.
- 2 Det tegn, der er ansøgt registreret, består af den nedenfor gengivne form:



Afbildning i perspektiv



Afbildning forfra



Afbildning fra siden

- 3 Der er ansøgt om registrering af varemærket for sæber, der 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.
- 4 Den 18. marts 1998 meddelte undersøgeren sagsøgeren, at varemærket var afvist fra registrering, idet tegnet udelukkende bestod af en udformning, der følger af varens egen karakter i dette begrebs forstand i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i), i forordning nr. 40/94.
- 5 Ved afgørelse af 15. marts 1999 stadfæstede appelkammeret undersøgerens afgørelse med den begrundelse, at for det første udgjorde ændringen af den oprindelige ansøgning om et figurmærke til en ansøgning om et tredimensionalt varemærke en væsentlig ændring af EF-varemærkeansøgningen, der er forbudt i henhold til artikel 44, stk. 2, i forordning nr. 40/94, at for det andet bestod tegnet udelukkende af en udformning, der følger af varens egen karakter i dette begrebs

forstand i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i), i forordning nr. 40/94, at for det tredje bestod tegnet af en udformning, som er nødvendig for at opnå et teknisk resultat i dette begrebs forstand i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), og at for det fjerde manglede tegnet fornødent særpræg i dette begrebs forstand i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

- 6 Ved dom af 16. februar 2000 i sagen Procter & Gamble mod KHIM (formen på et stykke sæbe) (sag T-122/99, Sml. II, s. 265) annullerede Retten appelkammerets afgørelse med den begrundelse, at appelkammeret for det første havde overskredet sine beføjelser, da det ex officio afviste den omtvistede registreringsansøgning, at det for det andet ikke havde opfordret sagsøgeren til at fremsætte bemærkninger vedrørende de to nye absolutte registreringshindringer, som appelkammeret ex officio havde lagt til grund, og at det for det tredje afslog registrering af det indleverede varemærke med den begrundelse, at det udelukkende bestod af en udformning, der følger af varens egen karakter i dette begrebs forstand i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i). Ifølge Retten kunne denne sidstnævnte bestemmelse ikke anvendes, når der findes andre udformninger af sæber i handelen, som ikke har disse kendetegn (dommen i sagen om formen på et stykke sæbe, præmis 55).
  
- 7 Med henblik på at gennemføre dommen i sagen om formen på et stykke sæbe opfordrede referenten for Tredje Appelkammer ved skrivelse af 7. juni 2000 sagsøgeren til at fremkomme med bemærkninger til anvendelsen af artikel 7, stk. 1, litra b), og artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94 i denne sag.
  
- 8 Ved afgørelse af 14. december 2000 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afviste Tredje Appelkammer registreringsansøgningen, idet appelkammeret i det væsentlige fandt, at det pågældende tegn manglede fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

## Parternes påstande

9 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

10 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

## Realiteten

11 Sagsøgeren har til støtte for sine påstande anført to anbringender, dels tilsidesættelse af retten til kontradiktion, dels tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

*Det første anbringende, tilsidesættelse af retten til kontradiktion*

Parternes argumenter

- 12 Sagsøgeren har gjort gældende, at selskabets ret til kontradiktion er blevet tilsidesat, i det omfang den anfægtede afgørelse er truffet af de samme medlemmer af Tredje Appelkammer, der den 15. marts 1999 traf den afgørelse, som blev annulleret ved dommen i sagen om formen på et stykke sæbe, og som vedrørte de samme parter, den samme registreringsansøgning og den samme absolutte registreringshindring.
- 13 Sagsøgeren har anerkendt, at de bestemmelser, der regulerer sagsbehandlingen for appelkamrene, ikke fastsætter, at et medlem af et appelkammer, der i denne egenskab tidligere har behandlet det samme spørgsmål mellem de samme parter, er inhabilt. Sagsøgeren har ikke desto mindre gjort gældende, at overholdelsen af retten til kontradiktion indebærer et krav om en retfærdig rettergang, nemlig en rettergang, der ikke kan give indtryk af, at afgørelsen bygger på forudindtaget holdning.
- 14 Sagsøgeren har i denne forbindelse gjort gældende, at i hovedparten af de stater, der anerkender retsstatsprincippet, er dommere, voldgiftsdommere og juridiske eksperter forpligtet til at erklære sig inhabile i en tvist, hvori de tidligere har udtalt sig i den ene eller den anden af disse egenskaber om denne tvist, med henblik på at sikre deres uafhængighed.
- 15 Harmoniseringskontoret har tilbagevist sagsøgerens argumentation, idet de påberåbte principper ikke finder anvendelse på sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret i henhold til forordning nr. 40/94, og idet appelkamrene ikke kan betegnes som en »ret«.

- 16 Harmoniseringskontoret har i denne forbindelse gjort gældende, at det hverken har tilsidesat de inhabilitetstilfælde, der er defineret i artikel 132 i forordning nr. 40/94, eller et retsprincip for forvaltningens sagsbehandling, der generelt er anerkendt i medlemsstaternes retsorden, og som Harmoniseringskontoret er forpligtet til at overholde i henhold til artikel 79 i forordning nr. 40/94.
- 17 Harmoniseringskontoret har endvidere bemærket, at der ikke findes nogen fællesskabsretlig procedureregulering, hvorefter en sag, hvori afgørelsen fra en instans er annulleret i appelsagen, ikke kan henvises til videre behandling i den instans, som traf den annullerede afgørelse.
- 18 Harmoniseringskontoret har endelig understreget, at Tredje Appellkammer i flere afgørelser har anerkendt, at varemærker, der består af en vares form, kan have særpræg. Der er således ikke grundlag for at antage, at den anfægtede afgørelse bygger på en forudindtaget negativ holdning.

#### Rettens bemærkninger

- 19 Det skal indledningsvis anføres, at appelkamrene består af medlemmer, hvis uafhængighed sikres gennem udnævnelsesmåden, mandatets varighed og vilkårene for udøvelsen af deres funktioner. Herudover garanterer visse bestemmelser i forordning nr. 40/94, der regulerer sagsbehandlingen for appelkamrene, navnlig parternes ret til kontradiktion.
- 20 Appellkamrene er imidlertid en del af Harmoniseringskontoret, der som myndighed har til opgave at foretage registrering af EF-varemærker efter de i forordning nr. 40/94 fastsatte bestemmelser, og de bidrager også, inden for de i forordningen fastsatte grænser, til, at EF-varemærket iværksættes (Rettens dom



af 8.7.1999, sag T-163/98, Procter & Gamble mod KHIM (BABY-DRY), Sml. II, s. 2383, præmis 36 og 37).

- 21 Det fremgår i denne forbindelse af dommen i sagen BABY-DRY, præmis 38-43, at der er en kontinuitet mellem Harmoniseringskontorets forskellige instansers funktioner, og at appelkamrene råder over de samme beføjelser som undersøgeren, navnlig når der træffes afgørelse i en sag. Selv om appelkamrene har en stor grad af uafhængighed i udøvelsen af deres funktioner, er de således en instans ved Harmoniseringskontoret og har til opgave at efterprøve arbejdet i de andre instanser i den forvaltning, som de er en del af, under de betingelser og grænser, der er fastsat i forordning nr. 40/94.
- 22 Det skal anføres, at da et appelkammer navnlig har de samme beføjelser som undersøgeren, når det udøver disse beføjelser, handler appelkammeret som en del af Harmoniseringskontorets administration. En klage til appelkammeret er dermed en del af den administrative registreringsprocedure og følger efter en behandling vedrørende »berigtigelse af den påklagede afgørelse«, der foretages i »første instans« i medfør af artikel 60 i forordning nr. 40/94.
- 23 Appelkamrene kan på baggrund af ovenstående ikke betegnes som en »ret«. Sagsøgeren kan derfor ikke påberåbe sig en ret til en retfærdig »rettergang« ved Harmoniseringskontorets appelkamre.
- 24 Det skal endvidere anføres, at retten til kontradiktion i forbindelse med sagsbehandlingen for appelkamrene er sikret i artikel 132 i forordning nr. 40/94, der fastsætter de tilfælde, hvori appelkamrenes medlemmer kan udelukkes eller erklæres inhabile, og som navnlig bestemmer i stk. 3, at hver part kan gøre indsigelse mod medlemmer, hvis »upartiskhed [...] kan drages i tvivl«.

- 25 Det skal imidlertid anføres, at i henhold til ovennævnte bestemmelse kan inhabilitetsindsigelsen afvises, når den pågældende part, vidende om, at grundlaget for indsigelsen foreligger, har foretaget proceshandling. Dette er tilfældet i denne sag, således som der er gjort gældende af Harmoniseringskontoret. Sagsøgeren har på den ene side undladt at gøre gældende, at det pågældende appelkammer eller det af dets medlemmer, der var referent i den foreliggende sag, og som ligeledes var referent under den første afgørelse fra det samme kammer, eventuelt var inhabilt, da sagsøgeren af denne sidstnævnte blev opfordret til at fremkomme med bemærkninger. På den anden side foretog sagsøgeren, da selskabet fremkom med bemærkninger til appelkammeret, en proceshandling i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 132, stk. 3, andet punktum, i forordning nr. 40/94, og sagsøgeren mistede dermed muligheden for at gøre indsigelse mod det pågældende appelkammers medlemmers habilitet.
- 26 Under disse betingelser skal det første anbringende forkastes.

*Det andet anbringende, tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94*

#### Parternes argumenter

- 27 Sagsøgeren har indrømmet, at formen på et stykke sæbe, der alene udviser mindre forskelle og dermed er lidet slående i forhold til et stykke sæbes sædvanlige form, i princippet ikke er egnet til af den relevante kundekreds at blive opfattet som et varemærke. Tegnet adskiller sig særligt fra de traditionelle sæbeformer ved at have en konkav profil i siderne, mens de sædvanlige former er konvekse i det mindste i en af siderne.

- 28 I det omfang tegnet er usædvanligt, er det således egnet til i kundekredsen at fremkalde en tankemæssig forbindelse mellem varens form og det forhold, at den stammer fra en bestemt virksomhed.
- 29 Sagsøgeren har anført, at der kan spores en vis modvilje mod tredimensionale varemærker i appelkammerets udtalelse om, at kundekredsen på forhånd skal have kendskab til det forhold, at formen er et varemærke i sig selv. Sagsøgeren har gjort gældende, at dette krav ikke har hjemmel i lovgivningen. Sagsøgeren har i denne forbindelse anført, at det i henhold til retspraksis fra Benelux-landene hverken er nødvendigt eller tilladt at stille strengere krav end lovens krav, og denne retspraksis kræver ikke, at kunderne skal være vidende om, at tegnet særskilt er blevet udformet som et tegn, der skal adskille varen og dermed angive dens oprindelse.
- 30 Sagsøgeren har i denne forbindelse henvist til flere afgørelser fra Frankrig og Benelux-landene, der følger en sådan praksis, både i forhold til varemærker, der består af emballageformer, og af varers form.
- 31 Sagsøgeren har ligeledes gjort gældende, at formen på et stykke sæbe er mere varig end det ordmærke, som kan angives herpå, og er lettere at opfatte end noget andet tegn. Herudover er sæbens form særligt egnet til at adskille den fra et andet stykke sæbe, i det omfang sæben ikke fortsat opbevares i sin originale emballage.
- 32 Endelig har sagsøgeren anført, at den betragtning, at den pågældende form har en nyttig funktion, ikke udelukker, at den har en funktion som oprindelsesangivelse, idet det samme tegn kan have flere funktioner.

- 33 Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at et varemærke skal opfattes som en oprindelsesangivelse for at kunne udøve denne funktion og ikke blot som et beskrivende, nyttigt eller dekorativt element. Et tegn skal med dette formål let kunne individualiseres og huskes. Dette er ikke tilfældet, når formen, som i denne sag, består af den reelle gengivelse af de varer, som den formodes at adskille. Former som sådan kan derfor alene udøve en varemærkefunktion, hvis de adskiller sig fra den sædvanlige udformning af de pågældende varer.
- 34 Harmoniseringskontoret har i denne forbindelse understreget, at selv om adskillelsesfunktionen ikke udelukker andre funktioner, kan tilstedeværelsen af disse andre funktioner, således som appelkammeret fandt det i denne sag, nedsætte formens evne til at individualisere varen og til at udøve en funktion som oprindelsesangivelse.
- 35 Ifølge Harmoniseringskontoret skal formen på et stykke sæbe have ikke-ubetydelige særegenheder i forhold til de andre sæbeformer, der findes på markedet, for at kunne anses for at have fornødent særpræg. Harmoniseringskontoret har i denne forbindelse bemærket, at dets vurdering alene vedrører den gengivelse af varemærket, der findes i den af sagsøgeren indleverede ansøgning.

#### Rettens bemærkninger

- 36 Det skal bemærkes, at varens form eller emballage i henhold til artikel 4 i forordning nr. 40/94 kan udgøre et varemærke, såfremt den er egnet til at adskille en virksomheds varer fra andre virksomheders. Endvidere er »varemærker, som mangler fornødent særpræg«, udelukket fra registrering i henhold til forordningens artikel 7, stk. 1, litra b).

- 37 Det forhold, at en bestemt kategori af tegn generelt er egnede til at udgøre et varemærke, medfører imidlertid ikke, at tegn, der tilhører denne kategori, nødvendigvis har fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forhold til en bestemt vare eller tjenesteydelse.
- 38 Tegn, der mangler fornødent særpræg, kan ikke udfylde varemærkets grundlæggende funktion, nemlig at identificere varens eller tjenesteydelsens oprindelse, således at forbrugeren, der køber den vare eller tjenesteydelse, som varemærket betegner, ved et senere køb kan vælge den samme, hvis det var en positiv erfaring, eller vælge en anden, hvis det var en negativ erfaring (jf. Rettens dom af 27.2.2002, sag T-79/00, Rewe Zentral mod KHIM (LITE), Sml. II, s. 705, præmis 26).
- 39 Et varemærkes fornødne særpræg skal bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, registreringsansøgningen vedrører, og under hensyn til, hvorledes det opfattes af den relevante kundekreds (Rettens dom af 20.3.2002, sag T-358/00, Daimler-Chrysler mod KHIM (TRUCKCARD), Sml. II, s. 1993, præmis 55).
- 40 Det skal endvidere bemærkes, at artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ikke skelner mellem tegn af forskellig art. Forbrugeren opfattelse er dog ikke nødvendigvis den samme, når der er tale om et tegn, der består af en vares form i sig selv, som når der er tale om et ordmærke eller et figurmærke, der består af et tegn, som er uafhængigt af de varer, varemærket betegner. Selv om kundekredsen er vant til umiddelbart at opfatte ordmærker eller figurmærker som tegn, der identificerer varens handelsmæssige oprindelse, gælder dette ikke nødvendigvis for tegn, der falder sammen med varens ydre fremtræden.

- 41 Det skal i denne sag anføres, at sæbe er et almindeligt forbrugsgode, der er beregnet for alle forbrugere. Den relevante kunde må derfor anses for en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger. Der må imidlertid tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugeren kun sjældent har mulighed for at foretage en direkte sammenligning mellem forskellige tegn, men må stole på det ufuldstændige billede, han i erindringen har af dem (jf. i denne retning Domstolens dom af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 26).
- 42 Det skal ligeledes anføres, at den form, der er gjort krav på, i det væsentlige kan karakteriseres som et rektangulært parallelepipedum, hvis kanter er afrundede.
- 43 Et rektangulært parallelepipedum er imidlertid en form, der sædvanligvis anvendes for sæbe. Da den form, der er gjort krav på, kun er en lettere variant af de forskellige parallelepipedume former, der sædvanligvis anvendes for sæbe, giver den ikke den relevante kundekreds mulighed for umiddelbart og med sikkerhed at adskille sagsøgerens sæber fra sæber af en anden handelsmæssig oprindelse.
- 44 Hvad angår sagsøgerens argument om, at denne form adskiller sig fra de sædvanligvis anvendte former på grund af de konkave sider, skal det fastslås, at denne særegenhed ikke er tilstrækkelig, i det omfang den kun udgør en detalje i den helhed, som forbrugeren opfatter, hvilken detalje ikke kan ændre helhedsindtrykket af formen.
- 45 De konkave sider er således ikke et væsentligt element i sæbens ydre fremtræden og kan derfor ikke antages at udgøre en synlig forskel i forhold til de andre former, der sædvanligvis anvendes for sæbe.

- 46 Endvidere opfatter forbrugeren ikke straks de konkave sider — hvis det i det hele taget antages, at de tiltrækker sig hans opmærksomhed — som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse. Konvekse eller konkave sider er elementer, der frem for alt fortolkes som et funktionelt element, der gør det muligt let at holde om sæben, eller som en æstetisk finish. De opfattes derfor ikke umiddelbart og huskes heller ikke som et tegn med fornødent særpræg og kan ikke anvendes af den relevante kundekreds til uden mulig forveksling at adskille et stykke sæbe med denne form fra de sæber, der har en lignende form.
- 47 Selv om den ansøgte form ikke er helt identisk med en form på et stykke sæbe, der findes på markedet, har den således ikke egentlige kendetegn, der over for forbrugeren kan angive varernes handelsmæssige oprindelse.
- 48 Hvad angår sagsøgerens argument om, at det er muligt, at kundekredsen har en ubevidst opfattelse af tegnet, som er tilstrækkelig til at give en formodning om dets handelsmæssige oprindelse, skal det fastslås, at en sådan analyse reelt henhører under en bedømmelse af, om det fornødne særpræg er opnået som følge af brug, hvilket er genstand for en særskilt bestemmelse, nemlig artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, og dette særpræg opnås netop ved, at et tegn, der oprindeligt ikke kunne opfattes, bliver anerkendt.
- 49 Sagsøgerens argumenter om, at formen på et stykke sæbe er mere varig end det ordinærke, som kan være anbragt på sæben, samt om, at sæben ikke opbevares i sin originale emballage, er heller ikke relevante, idet de vedrører forbrugeren brug af varen i dagligdagen og ikke forbrugeren opfattelse af tegnet i forbindelse med købet. Denne form er endvidere helt usynlig, hvis emballagen ikke også har samme form.

- 50 Hvad endelig angår sagsøgerens argumenter vedrørende national retspraksis skal det dels fastslås, at ifølge Fællesskabets retsinstansers faste praksis er EF-varemærkesystemet et selvstændigt system (dommen i sagen om formen på et stykke sæbe, præmis 60 og 61, og Rettens dom af 5.12.2000, sag T-32/00, Messe München mod KHIM (electronica), Sml. I, s. 3829, præmis 47), dels at den af sagsøgeren påberåbte retspraksis ikke er relevant, da den hverken vedrører former, der kan sammenlignes med den form, der ønskes registreret, eller varer, der kan sammenlignes med sæbe. Det skal derimod til orientering anføres, at den anfægtede afgørelse nævner to nationale afgørelser, hvorved sagsøgerens ansøgning om registrering af formen på dette stykke sæbe som varemærke er blevet afvist.
- 51 Det følger heraf, at appelkammeret — som dels fastslog, at den ansøgte form blot er en mindre variant af de typiske former på et stykke sæbe, dels fastslog, at såfremt den pågældende forms kendetegn blev opfattet af den relevante kundekreds, ville disse kendetegn frem for alt blive opfattet som havende en brugsfunktion, nemlig at gøre det lettere at holde på sæben — med rette fandt, at denne form ikke direkte over for den relevante kundekreds kunne angive en bestemt handelsmæssig oprindelse.
- 52 Det andet anbringende skal derfor forkastes som ubegrundet.
- 53 Det følger heraf, at sagsøgte i det hele skal frifindes.



## Sagens omkostninger

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

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Afdeling)

- 1) Kontoret for Harmonisering i det Indre marked (Varemærker og Design) frifindes.
- 2) The Procter & Gamble Company betaler sagens omkostninger.

Vilaras

Tiili

Mengozzi

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 12. december 2002.

H. Jung

Justitssekretær

M. Vilaras

Afdelingsformand