

RETTENS DOM (Femte Afdeling)

12. juni 2007 *

I sag T-190/05,

The Sherwin-Williams Company, Cleveland, Ohio (De Forenede Stater), ved
avocats E. Armijo Chávarri og A. Castán Pérez-Gómez,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design)
(KHIM) ved Ó. Mondéjar, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 22. februar 2005 af
Andet Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked
(Varemærker og Design) (sag R 755/2004-2) vedrørende registreringen af tegnet
TWIST & POUR som EF-varemærke,

har

* Processprog: spansk.

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS

(Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, og dommerne M.E. Martins Ribeiro og K. Jürimäe,

justitssekretær: assisterende justitssekretær B. Pastor,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 9. maj 2005,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 11. august 2005,

og efter retsmødet den 18. januar 2007,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

- ¹ Den 25. februar 2003 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 varemærke, der er søgt registreret, er ordmærket TWIST & POUR.

- 3 De varer, som varemærkeansøgningen vedrører, henhører under klasse 21 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: »Plastikbeholdere med hank, der sælges som en integreret del af et system til at opbevare, oplagre og hælde flydende maling«.

- 4 Ved skrivelse af 10. marts 2004 oplyste undersøgeren sagsøgeren om, at det ansøgte varemærke ikke var egnet til at blive registreret, da det ikke opfyldte betingelserne i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Undersøgeren anførte navnlig, at varemærket ikke ville blive opfattet som en oprindelsesangivelse. Undersøgeren opfordrede derfor sagsøgeren til at fremkomme med sine bemærkninger hertil inden for en frist på to måneder.

- 5 Ved skrivelse af 10. maj 2004 svarede sagsøgeren i det væsentlige, at det ansøgte varemærke var tilstrækkeligt originalt til at blive registreret og til at udfylde sin funktion som varemærke, at det skulle betragtes i dets helhed, og at flere andre varemærker, der indeholdt ordet »twist«, tidligere var blevet registreret af Harmoniseringskontoret.

- 6 Ved afgørelse af 23. juni 2004 afslog undersøgeren ansøgningen med den begrundelse, at det ansøgte EF-varemærke var omfattet af registreringshindringen i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, for det første da det er sammensat af to engelske verber, der blot oplyser forbrugerne om de omhandlede varers egenskaber, for det andet da det budskab, det sender, er simpelt, klart og direkte, for det tredje da der ikke kan gives en enkelt virksomhed eneret på at anvende

almindelige ord eller tilpasninger af sådanne ord, der beskriver varerne, og for det fjerde da de andre varemærker, sagsøgeren påberåbte sig, ikke kunne sammenlignes med det varemærke, der er genstand for nærværende sag.

- 7 Den 30. august 2004 indgav sagsøgeren i medfør af artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 en klage over undersøgerens afgørelse til Harmoniseringskontoret.
- 8 Ved afgørelse af 22. februar 2005 (herefter »den anfægtede afgørelse«), der blev meddelt den 28. februar 2005, fandt Andet Appellkammer i det væsentlige, at det budskab, som det ansøgte varemærke sender, er simpelt, klart og direkte, idet ordmærket TWIST & POUR blot oplyser forbrugerne om, at det for at få maling ud af beholderen er tilstrækkeligt for dem at dreje låget og hælde indholdet ud. Under disse omstændigheder afviste appellkammeret klagen, da det var af den opfattelse, at ordmærket TWIST & POUR var beskrivende for de varer, for hvilke det var søgt registreret. Appellkammeret præciserede desuden, at sagsøgerens argument om, at undersøgeren havde taget hensyn til elementer, der var relevante i forbindelse med artikel 7, stk. 1, litra c), men ikke i forbindelse med artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, ikke var velbegrundet, da disse to bestemmelser overlapper hinanden. Appellkammeret anførte endvidere, at undersøgeren i overensstemmelse med Domstolens praksis og navnlig dom af 12. februar 2004, Campina Melkunie (sag C-265/00, Sml. I, s. 1699), med rette kunne mene, at det ansøgte varemærke savnede fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, fordi det var beskrivende for visse af de omhandlede varers egenskaber. Appellkammeret var af den opfattelse, at den omstændighed, at undersøgeren ikke udtrykkeligt henviste til forordningens artikel 7, stk. 1, litra c), og ikke udtrykkeligt støttede sin afgørelse på denne bestemmelse, var uden den store betydning, eftersom sagsøgeren fuldt ud var blevet oplyst om karakteren af indsigelsen og havde haft lejlighed til at gøre argumenter gældende med hensyn til det ansøgte varemærkes påståede fornødne særpræg. Med hensyn til den manglende sammenhæng i Harmoniseringskontorets afgørelser som følge af, at lignende varemærker er blevet registreret, henviste appellkammeret til, at der er procedurer for at erklære registreringer, der er foretaget ved en fejl, ugyldige, og at det afgørende var, at den af appellkammeret trufne afgørelse var sammenhængende.

Parternes påstande

9 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

- Sagen antages til realitetsbehandling.
- Den anfægtede afgørelse annulleres.
- Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

10 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

11 Til støtte for søgsmålet har sagsøgeren gjort et enkelt anbringende gældende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

Parternes argumenter

- 12 Sagsøgeren har henvist til, at det fremgår af retspraksis, at forbuddet i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 vedrører tegn, der er uegnede til at udfylde varemærkets væsentligste funktion, som er at angive varens eller tjenesteydelsens oprindelse, såsom varemærker, der er almindeligt anvendt til at markedsføre de varer eller tjenesteydelser, varemærket betegner, eller som kan tænkes at blive anvendt på denne måde (Rettens dom af 30.6.2004, sag T-281/02, Norma Lebensmittelfilialbetrieb mod KHIM (Mehr für Ihr Geld), Sml. II, s. 1915, præmis 24 og 33). Vurderingen af, om varemærket har det fornødne særpræg, skal i henhold til denne retspraksis dels foretages i forhold til de varer eller tjenesteydelser, registreringsansøgningen vedrører, dels under hensyn til, hvorledes det opfattes af den relevante kundekreds (Mehr für Ihr Geld-dommen, præmis 26).
- 13 Da de omhandlede varer er beholdere, der indeholder flydende maling, og er henvendt til alle forbrugere, er den relevante kundekreds i det foreliggende tilfælde den almindeligt oplyste, rimeligt opmærksomme og velunderrettede gennemsnitsforbruger. Da ordmærket er sammensat af to engelske ord, er den relevante kundekreds desuden en engelsktalende kundekreds (Rettens dom af 27.2.2002, sag T-219/00, Ellos mod KHIM (ELLOS), Sml. II, s. 753, præmis 30 og 31).
- 14 Sagsøgeren har ligeledes henvist til den retspraksis, hvoraf det for det første fremgår, at hver enkelt registreringshindring er uafhængig af de øvrige og kræver en særskilt efterprøvelse, således at registreringshindringerne skal fortolkes i lyset af den almene interesse, der ligger til grund for hver enkelt af dem (Domstolens dom af 16.9.2004, sag C-329/02 P, SAT.1 mod KHIM, Sml. I, s. 8317). Da tegnet udgøres af et sammensat varemærke, der består af to ord, skal vurderingen af, om det har

fornødent særpræg, for det andet foretages på grundlag af en undersøgelse af varemærket set som helhed (Rettens dom af 2.7.2002, sag T-323/00, SAT.1 mod KHIM (SAT.2), Sml. II, s. 2839).

- 15 Ordmærket TWIST & POUR har ifølge sagsøgeren særpræg, hvorfor den afgørelse, som er truffet af appelkammeret, som fastholdt, at tegnet angiveligt ikke var egnet til at opfylde en kendetegnende funktion, er utilstrækkelig, ubegrundet og rammer ved siden af.
- 16 Sagsøgeren har for det første anført, at appelkammeret fastslog, at det ansøgte varemærke ikke havde fornødent særpræg på grundlag af tegnets formodede beskrivende karakter, idet appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 11 anførte, at ordmærket TWIST & POUR alene oplyste forbrugerne om, at de for at få malingen ud af beholderen blot skulle dreje låget og hælde indholdet ud. Dette standpunkt gentages i øvrigt i afgørelsens punkt 12, hvor det er anført, at det ansøgte varemærke videregiver oplysninger om, hvordan varen skal bruges.
- 17 Dette kriterium er relevant i forbindelse med artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94, men imidlertid ikke i forbindelse med bestemmelsens litra b). Appelkammeret begik derfor en retlig fejl, som den anfægtede afgørelse er behæftet med, hvilket Domstolen ligeledes fastslog i forbindelse med dommen i sagen SAT.1 mod KHIM, nævnt i præmis 14 ovenfor, og dom af 21. oktober 2004, KHIM mod Erpo Möbelwerk (sag C-64/02 P, Sml. I, s. 10031).
- 18 For det andet er det ukorrekt at hævde, at det ansøgte EF-varemærke beskriver en egenskab ved den omhandlede vare, således at det skal anses for at være beskrivende. Der skal således sondres mellem beskrivende varemærker og varemærker, der kun indeholder en hentydning eller er suggestive. Retten har i øvrigt fastslået, at det, selv om beskrivende angivelser ikke kan få beskyttelse som varemærke, forholder sig

anderledes med angivelser eller tegn, der indeholder en hentydning eller er suggestive (Rettens dom af 31.1.2001, sag T-135/99, Taurus-Film mod KHIM (Cine Action), Sml. II, s. 379, og af 9.10.2002, sag T-360/00, Dart Industries mod KHIM (UltraPlus), Sml. II, s. 3867).

- 19 Ifølge sagsøgeren findes der ikke noget bestemt punkt, fra hvilket et ord pludseligt skifter fra den ene kategori til den anden, men snarere en glidende skala mellem to yderpunkter — der går fra ikke-beskrivende tegn, som kan registreres, til rent beskrivende tegn, der er udelukket fra registrering — hvorpå de tegn og skrifttegn, der er beskrivende, suggestive og indeholder hentydninger, indtager skiftende placeringer alt afhængigt af deres væsentligste egenskaber. På forhånd afhænger bedømmelsen af det fornødne særpræg til dels af undersøgerens subjektive vurdering og — i forbindelse med en klage — af appelkammerets subjektive vurdering.
- 20 Imidlertid nævnte generaladvokat Jacobs i punkt 62-64 i sit forslag til afgørelse i forbindelse med Domstolens dom af 23. oktober 2003, KHIM mod Wrigley (sag C-191/01 P, Sml. I, s. 12447, på s. 12449), de relevante objektive kriterier, der gør det muligt at adskille beskrivende varemærker fra varemærker, som blot vækker associationer.
- 21 Hvis man anvender disse kriterier i forbindelse med ordmærket TWIST & POUR, vil man ifølge sagsøgeren konstatere, at dette varemærke ligger langt fra det yderpunkt på skalaen, hvor tegn, der er beskrivende, befinder sig.
- 22 For det første består ordmærket TWIST & POUR af en kombination af to verber, som hverken hver for sig eller samlet beskriver de omhandlede varer eller nogen af deres egenskaber. De to verber refererer således til handlinger, som ikke objektivt set kan identificeres med plastikbeholdere til maling.

- 23 For det andet vil den berørte kundekreds ikke umiddelbart, direkte og uden nærmere overvejelser opfatte ordmærket TWIST & POUR som en angivelse af en egenskab ved de varer, det betegner. Ifølge sagsøgeren vil den berørte forbruger, der visualiserer tegnet, ikke automatisk forbinde det med plastikbeholdere til maling.
- 24 Endelig betegner ordmærket TWIST & POUR heller ikke en væsentlig eller dominerende egenskab ved varen, som kan få en særlig betydning i forhold til de varer, konkurrenterne udbyder, når forbrugerne af denne type varer skal vælge et produkt. Den henvisning til, hvorledes varen skal åbnes, som det ansøgte varemærke indeholder, tilføjer ikke den vare, det betegner, nogen væsentlig værdi.
- 25 I modsætning til, hvad der synes at fremgå af den anfægtede afgørelses punkt 12, har sagsøgeren præciseret, at selskabet ikke har ansøgt om tegnet EASY-TO-OPEN eller EASY-TO-POUR, men om varemærket TWIST & POUR. Det følger heraf, at argumentet om, at engelsktalende forbrugere vil fortolke dette varemærke som et budskab om, at »alt, hvad de skal gøre, er at dreje låget og hælde indholdet ud«, er fejlagtigt, da ordmærket er selvstændigt i forhold til og uafhængigt af de varer, det betegner. I øvrigt er det ukorrekt at hævde, at det omhandlede tegn sender et budskab om, hvor nemt det er bruge den vare, det betegner (jf. i denne retning UltraPlus-dommen, nævnt i præmis 18 ovenfor, præmis 52). Sagsøgeren er således af den opfattelse, at det er meget sandsynligt, at den engelsktalende kundekreds, når den stilles over for dette tegn, vil opfatte det som et frit opfundet tegn og ikke automatisk og umiddelbart vil tænke på plastikbeholdere til maling. Det er først i anden omgang, at kundekredsen vil tænke på den omfattede vares funktion, dvs. måden, hvorpå den åbnes. Forståelsen af denne funktion er imidlertid ikke resultatet af en automatisk, ugenomtænkt og umiddelbar opfattelse, men hidrører fra en forudgående tankemæssig proces eller indsats fra forbrugers side, hvilket indebærer, at denne opfattelse er middelbar og indirekte og derfor ikke beskrivende.

- 26 Registreringen af et tegn, der indirekte eller i form af en associering eller en antydning henviser til en egenskab ved den vare, det betegner, kan følgelig ikke afslås, da dette ville være i strid med lovgivers hensigt, således som den er kommet til udtryk i artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 samt i den retspraksis, der er nævnt i præmis 18 ovenfor.
- 27 Desuden giver det kriterium, der blev lagt til grund i den anfægtede afgørelse, ikke mulighed for at vurdere det ansøgte varemærkes fornødne særpræg »umiddelbar[t] [...] og uden hensyntagen til tegnets faktiske brug« (Rettens dom af 7.2.2002, sag T-88/00, Mag Instrument mod KHIM (lommelygters form), Sml. II, s. 467, præmis 34). Sagsøgeren har i denne forbindelse henvist til, at spørgsmålet om, hvorvidt den måde, hvorpå tegnet konkret anvendes eller påføres varen — som varemærke eller med henblik på en anden form for anvendelse — kan få det resultat, at forbrugeren ikke opfatter tegnet som et tegn, der beskriver oprindelsen, men blot som en forretningsmæssig erklæring, ikke kan tages i betragtning ved bedømmelsen af, om tegnet kan registreres (UltraPlus-dommen, nævnt i præmis 18 ovenfor, præmis 52).
- 28 For det tredje er sagsøgeren af den opfattelse, at ordmærket TWIST & POUR har den iboende evne, der som minimum er påkrævet, for at den berørte kundekreds opfatter det som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse af de varer, det betegner, eftersom det i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er tilstrækkeligt at godtgøre, at det omhandlede tegn har en svag grad af fornødent særpræg, for at opnå registrering heraf. Dette er tilfældet med det omhandlede ordmærke, der er koncist, direkte og nemt for den relevante kundekreds at huske.
- 29 Der er endvidere tale om et originalt ordmærke, der er sammensat af to ord skrevet på engelsk, hvis særegenhed består i den virkning, som sammenstillingen af

verberne »twist« og »pour« fremkalder. Sammenstillingen af disse to ord i et og samme tegn har en vis overraskelsesvirkning for forbrugerne — en virkning, der fanger og fastholder opmærksomheden, eller som i det mindste er egnet til at fastholde den. Dette tegn skaber et varemærke, der er tilstrækkeligt forskelligt fra det, der blot dannes ved sammenstilling af de to ord, tegnet er sammensat af.

- 30 Sagsøgeren har anført, at selskabet i forbindelse med sagen for Harmoniseringskontoret godtgjorde, at verbet »twist« er hyppigt anvendt i sammensatte varemærker, og at forbrugerne er vant til varemærker, der er dannet på grundlag af dette verbum. I øvrigt er andre tegn, der er egnede til at identificere varerne, blevet registreret af Harmoniseringskontoret, herunder bl.a. TWIST & VAC, TWIST & DRINK, TWISTER TESTER, TWISTED TUBE og TWISTED DIPS. I denne henseende har sagsøgeren udledt af dommen i sagen SAT.1 mod KHIM, nævnt i præmis 14 ovenfor, at den hyppige brug af varemærker, der indeholder ordbestanddele og grammatiske konstruktioner, som er sammenfaldende, viser, at denne type kombinationer ikke kan anses for at savne fornødent særpræg.
- 31 Den omstændighed, at det ansøgte varemærke er sammensat af almindelige ord, der kan forstås af forbrugerne, svækker ikke varemærkets særpræg. Retten har i øvrigt allerede fastslået i denne henseende, at det forhold, at hver af de bestanddele, som tegnet er sammensat af, betragtet hver for sig mangler fornødent særpræg, ikke i sig selv udelukker, at den kombination, som de udgør, kan have fornødent særpræg. Det påhviler tværtimod appelkammeret at bevise, at det omhandlede tegn set som en helhed ikke gør det muligt for den tilsigtede kundekreds at adskille sagsøgerens varer fra varer med en anden handelsmæssig oprindelse (Rettens dom af 14.4.2005, sag T-260/03, Celltech mod KHIM (CELLTECH), Sml. II, s. 1215, præmis 43 og 44). Ifølge sagsøgeren er det nemlig ikke nødvendigt, at det ansøgte tegn giver præcise oplysninger om identiteten af det selskab, der markedsfører varen, men tilstrækkeligt, at varemærket giver den pågældende kundekreds mulighed for at adskille den vare, som varemærket betegner, fra varer med en anden handelsmæssig oprindelse (Rettens dom af 9.10.2002, sag T-173/00, KWS Saat mod KHIM (orange nuance), Sml. II, s. 3843, præmis 44).

32 Harmoniseringskontoret har indledningsvis anført, at det følger af retspraksis, at der er en vis overlapning mellem registreringshindringen vedrørende mangel på fornødent særpræg og registreringshindringen, hvorefter rent beskrivende varemærker er udelukket fra registrering. Et tegn, der blot udgør en beskrivelse af varers eller tjenesteydelsers egenskaber, er således også uegnet til at udfylde varemærkets væsentligste funktion, hvorfor det er omfattet af begge disse registreringshindringer samtidig (Campina Melkunie-dommen, nævnt i præmis 8 ovenfor). Endvidere er tegn, der savner fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, uegnede til at udfylde varemærkets væsentligste funktion, dvs. at identificere varens eller tjenesteydelsens handelsmæssige oprindelse (UltraPlus-dommen, nævnt i præmis 18 ovenfor, præmis 52). Endelig er de af artikel 7, stk. 1, litra b), omfattede varemærker de varemærker, der set med den relevante kundekreds' øjne er almindeligt anvendt i handelen til at præsentere de pågældende varer eller tjenesteydelser, eller i forhold til hvilke der i det mindste findes konkrete forhold, der gør det muligt at konkludere, at de kan anvendes på denne måde.

33 For så vidt angår det konkrete tilfælde har Harmoniseringskontoret konstateret, at de omhandlede varer er bøtter til flydende maling, hvorfor den relevante kundekreds vil være den almindeligt oplyste, rimeligt opmærksomme og velunderrettede gennemsnitsforbruger. Udtrykket TWIST & POUR, der kan oversættes med »drej og hæld« eller »dreje og hælde«, er et koncist udtryk, hvis betydning er umiddelbart letforståeligt for alle. Udtrykket frembyder ingen særlige kendetegn. Udtrykkets syntaktiske struktur er simpel og sædvanlig på engelsk, især da der er tale om at viderebringe en oplysning på den mest simple og direkte måde, der findes, vedrørende to på hinanden følgende handlinger, der skal gennemføres for at nå frem til et givet mål. Sat i forbindelse med de omhandlede varer vil den relevante kundekreds' umiddelbare reaktion være at opfatte dette tegn som et budskab vedrørende brugen af varerne. Malerbøtterne skal således først åbnes, før deres indhold kan tages i brug. Det vil undertiden være nødvendigt at omryste dem eller at hælde deres indhold over i en anden beholder for at kunne gøre brug af det. Endelig er det ikke sjældent, at malerbøtter er vanskelige at åbne, og at det for at åbne dem er nødvendigt at gøre brug af en ting til at løfte låget af. Det følger heraf, at udtrykket TWIST & POUR ikke i den berørte forbrugers bevidsthed vil fremkalde en anden reaktion end den, der består i umiddelbart at antage, at der er tale om en oplysning om, hvordan disse bøtter skal anvendes, og ikke om den virksomhed, der fremstiller dem.

- 34 Harmoniseringskontoret har tilføjet, at denne konklusion i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, ikke hviler på en vurdering af den faktiske brug af varemærket på markedet. Nærmere bestemt vedrører konklusionen om, at der er tale om et tegn uden fornødent særpræg, ikke den bestemte del af varen, hvorpå varemærket er påsat, eller størrelsen af de bogstaver, hvormed varemærket er trykt på bøttens overflade. Det var med rette, at appelkammeret a priori fandt, at udtrykket TWIST & POUR ville blive opfattet (Rettens dom af 23.11.2004, sag T-360/03, Frischpack mod KHIM (formen på en beholder til ost), Sml. II, s. 4097, præmis 29), som anvisninger vedrørende brugen af varerne og ikke som et tegn, der er egnet til at udøve varemærkets væsentligste funktion. Denne vurdering er baseret på den forståelse, der med rimelighed kan forventes hos forbrugerne i betragtning af kendetegnene ved tegnet som sådan og ved de omhandlede varer, uden hensyntagen til de nærmere betingelser for den faktiske brug af dette varemærke på markedet.
- 35 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at sagsøgeren har taget udgangspunkt i en urigtig forudsætning ved at anføre, at appelkammeret begik en retlig fejl ved på grundlag af det ansøgte varemærkes beskrivende karakter at udlede, at det manglede fornødent særpræg. Appelkammeret konstaterede nemlig, at det var ude af stand til at finde noget som helst særpræg ved udtrykket TWIST & POUR, med den begrundelse, at de relevante forbrugere ville opfatte tegnet som en anvisning knyttet til brugen af varerne, hvilket derfor forhindrede, at det ligeledes blev opfattet som et tegn med fornødent særpræg. Den berørte kundekreds vil således se dette udtryk som en almindelig oplysning vedrørende visse af varernes egenskaber. Som følge af denne urigtige forudsætning har sagsøgeren begået den fejl dernæst at vurdere tegnets beskrivende karakter i forhold til de omhandlede varer for at nå til den konklusion, at der, da der ikke foreligger en sådan beskrivende karakter, er tale om et tegn, der har fornødent særpræg, og som derfor er egnet til at blive registreret. I denne henseende har Harmoniseringskontoret påpeget, at appelkammeret støttede sig på artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, og at det fastslog, at selv om undersøgeren ikke udtrykkeligt havde citeret samme bestemmelses litra c) i sin afgørelse, var dette uden betydning i betragtning af, at grundene til afslaget på ansøgningen var klart angivet.

- 36 Harmoniseringskontoret har præciseret, at appelkammeret ikke i det foreliggende tilfælde blot fastslog, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg, ved at støtte sig på varemærkets beskrivende karakter, men ved at støtte sig på en bredere betragtning, nemlig at ordmærket TWIST & POUR udelukkende tilvejebringer oplysninger om varernes egenskaber, hvilket følgelig forhindrer, at den berørte kundekreds kan anse det for et tegn med fornødent særpræg. Det var derfor en fortolkning af disse to argumenter sammenholdt med hinanden, der fik appelkammeret til at konkludere, at det ansøgte varemærke var omfattet af forbuddet i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Da det første indtryk, det ansøgte varemærke efterlader hos forbrugerne, består i en oplysning om, hvordan varerne skal anvendes, har Harmoniseringskontoret udledt heraf, at disse forbrugere ikke i dette tegn vil se et middel til at identificere disse varers oprindelse og til at adskille dem fra andre varer. Desuden er den bedømmelse, appelkammeret foretog, identisk med den, der er foretaget af Retten i en række domme, hvor den anerkendte, at forskellige udtryk manglede fornødent særpræg (Rettens dom af 27.2.2002, sag T-79/00, Rewe-Zentral mod KHIM (LITE), Sml. II, s. 705, og af 8.7.2004, sag T-270/02, MLP Finanzdienstleistungen mod KHIM (bestpartner), Sml. II, s. 2837).

Rettens bemærkninger

- 37 Ifølge artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 40/94 er det i henhold til bestemmelsens litra b) udelukket at registrere »varemærker, som mangler fornødent særpræg«, og i henhold til bestemmelsens litra c) udelukket at registrere »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«. Desuden er det i artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 40/94 præciseret, at »[s]tk. 1 finder anvendelse, selv om registreringshindringerne kun er til stede i en del af Fællesskabet«.

- 38 De registreringshindringer, der er opregnet i artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 40/94, er uafhængige af hinanden og kræver en særskilt efterprøvelse. Desuden skal de nævnte registreringshindringer fortolkes i lyset af den almene interesse, der ligger til grund for hver enkelt af dem. Den almene interesse, der tages i betragtning ved efterprøvelsen af de enkelte registreringshindringer, kan eller skal afspejle forskellige overvejelser, alt efter hvilken registreringshindring der er tale om (Domstolens dom af 29.4.2004, forenede sager C-456/01 P og C-457/01 P, Henkel mod KHIM, Sml. I, s. 5089, præmis 45 og 46, dommen i sagen SAT.1 mod KHIM, nævnt i præmis 14 ovenfor, præmis 25, og Domstolens dom af 15.9.2005, sag C-37/03 P, BioID mod KHIM, Sml. I, s. 7975, præmis 59).
- 39 Der er dog en åbenbar overlapning mellem de respektive anvendelsesområder for registreringshindringerne i den nævnte bestemmelses litra b)-d) (jf. analogt Domstolens dom af 12.2.2004, sag C-363/99, Koninklijke KPN Nederland, Sml. I, s. 1619, præmis 67 og 85, og Campina Melkunie-dommen, nævnt i præmis 8 ovenfor, præmis 18). Navnlig fremgår det af retspraksis, at et ordmærke, som er beskrivende for egenskaberne ved varer eller tjenesteydelser i henhold til artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94, af denne grund nødvendigvis mangler det fornødne særpræg i forhold til de samme varer eller tjenesteydelser i henhold til forordningens artikel 7, stk. 1, litra b). Et varemærke kan imidlertid mangle fornødent særpræg af andre grunde end dets eventuelle beskrivende karakter (Rettens dom af 8.7.2004, sag T-289/02, Telepharmacy Solutions mod KHIM (TELEPHARMACY SOLUTIONS), Sml. II, s. 2851, præmis 24; jf. i denne retning ligeledes bestpartner-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 25; jf. analogt ligeledes Koninklijke KPN Nederland-dommen, præmis 86, og Campina Melkunie-dommen, nævnt i præmis 8 ovenfor, præmis 19).
- 40 I en sag som den foreliggende, hvor der ved den anfægtede afgørelse er givet afslag på registrering af det ansøgte varemærke med den begrundelse, at den absolutte registreringshindring i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 foreligger, skal det efterprøves, om Harmoniseringskontoret har påvist, at dette varemærke mangler fornødent særpræg.

- 41 I denne forbindelse skal det bemærkes, at de af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 omfattede tegn, som mangler fornødent særpræg, er tegn, der er uegnede til at udfylde varemærkets væsentligste funktion, nemlig at angive varens eller tjenesteydelsens oprindelse, således at forbrugeren, der erhverver den vare eller tjenesteydelse, som varemærket betegner, ved en senere erhvervelse kan gentage oplevelsen, hvis den er positiv, eller undgå den, hvis er negativ (LITE-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 26). Dette er navnlig tilfældet med hensyn til tegn, der er almindeligt anvendt i markedsføringen af de pågældende varer og tjenesteydelser (Rettens dom af 3.7.2003, sag T-122/01, Best Buy Concepts mod KHIM (BEST BUY), Sml. II, s. 2235, præmis 20, og Mehr für Ihr Geld-dommen, nævnt i præmis 12 ovenfor, præmis 24).
- 42 Det bemærkes desuden, at den almene interesse, der ligger til grund for artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, er åbenbart sammenfaldende med varemærkets væsentligste funktion, der er at garantere oprindelsen af varen eller tjenesteydelsen, som 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 (dommen i sagen SAT.1 mod KHIM, nævnt i præmis 14 ovenfor, præmis 23 og 27, og dommen i sagen BioID mod KHIM, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 60).
- 43 For så vidt angår et varemærke, der er sammensat af ord og af et typografisk tegn, såsom det varemærke, der er genstand for den foreliggende sag, kan der foretages en delvis efterprøvelse af det eventuelle særpræg, varemærkets ord eller bestanddele har hver for sig, men spørgsmålet, om varemærket har særpræg, afhænger under alle omstændigheder af en efterprøvelse af helhedsindtrykket. Det forhold alene, at hver af disse bestanddele taget hver for sig mangler fornødent særpræg, udelukker således ikke, at den kombination, som de udgør, kan have fornødent særpræg (dommen i sagen SAT.1 mod KHIM, nævnt i præmis 14 ovenfor, præmis 28; jf. ligeledes analogt Campina Melkunie-dommen, nævnt i præmis 8 ovenfor, præmis 40 og 41, og Koninklijke KPN Nederland-dommen, nævnt i præmis 39 ovenfor, præmis 99 og 100).

- 44 Ifølge fast retspraksis kan spørgsmålet om, hvorvidt et tegn har det fornødne særpræg, kun bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, registreringsansøgningen vedrører, og under hensyn til, hvorledes det opfattes af den relevante kundekreds (LITE-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 27, BEST BUY-dommen, nævnt i præmis 41 ovenfor, præmis 22, og Mehr für Ihr Geld-dommen, nævnt i præmis 12 ovenfor, præmis 26).
- 45 I den foreliggende sag må det — som appelkammeret lagde til grund, uden at det er blevet bestridt af sagsøgeren — for det første konstateres, at da de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke, er malerbøtter, som er rettet mod alle forbrugere, må den tilsigtede kundekreds anses for at omfatte almindeligt oplyste, rimeligt opmærksomme og velunderrettede gennemsnitsforbrugere.
- 46 Da det omhandlede ordmærke er sammensat af bestanddele fra det engelske sprog, er den tilsigtede kundekreds, i forhold til hvilken den absolutte registreringshindring skal vurderes i henhold til artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 40/94, desuden en engelsktalende kundekreds, hvilket sagsøgeren i øvrigt heller ikke har bestridt (jf. i denne retning ELLOS-dommen, nævnt i præmis 13 ovenfor, præmis 31, og Rettens dom af 15.10.2003, sag T-295/01, Nordmilch mod KHIM (OLDENBURGER), Sml. II, s. 4365, præmis 35, og Mehr für Ihr Geld-dommen, nævnt i præmis 12 ovenfor, præmis 27).
- 47 For det andet fremgår det af den anfægtede afgørelses punkt 14, at appelkammeret fandt, at det tegn, der var søgt registreret, var uden fornødent særpræg, da det på det berørte marked blot ville blive opfattet som en oplysning om en særlig egenskab ved varen, dvs. måden, hvorpå den skulle anvendes, og ikke som en angivelse af den pågældende vares handelsmæssige oprindelse. Appelkammeret fandt således i det væsentlige, at ordmærket TWIST & POUR ikke havde særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, fordi det af den relevante kundekreds ville blive opfattet som beskrivende i forhold til de omhandlede varer.

- 48 Det skal derfor afgøres, om den forbindelse, der er angivet af appelkammeret, mellem på den ene side det semantiske indhold af det tegn, der er søgt registreret, og på den anden side de omhandlede varer er tilstrækkelig konkret og direkte til at kunne bevise, at dette tegn sætter den relevante kundekreds i stand til umiddelbart at identificere disse varer (jf. i denne retning Rettens dom af 7.6.2001, sag T-359/99, DKV mod KHIM (EuroHealth), Sml. II, s. 1645, præmis 35 og 36).
- 49 Tegnet er sammensat af to engelske verbalformer »twist« og »pour«, der, som anført af appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 12, betyder »dreje« og »hælde« eller »drej« og »hæld«, hvilket i øvrigt ikke er blevet bestridt af sagsøgeren.
- 50 Appelkammeret anførte desuden i den anfægtede afgørelses punkt 12, at den omstændighed, at det typografiske tegn »&«, der betyder »og«, var anvendt, ikke ændrede noget med hensyn til tegnets fornødne særpræg, da brugen af dette typografiske tegn er almindelig på engelsk.
- 51 Som Harmoniseringskontoret har gjort gældende, må det derfor lægges til grund, at ordmærket TWIST & POUR's syntaktiske struktur er simpel og sædvanlig på engelsk. Det følger heraf, at opbygningen af dette tegn og den omstændighed, at de to ord er sat sammen ved hjælp af det typografiske tegn »&«, ikke indebærer, at der i opbygningen af det tegn, der er søgt registreret, set som helhed er en synlig forskel i forhold til den terminologi, der anvendes i den relevante kundekreds' almindelige sprogbrug, som ville kunne give tegnet fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i Domstolens dom af 20. september 2001, Procter & Gamble mod KHIM (sag C-383/99 P, Sml. I, s. 6251, præmis 40).

- 52 Det var derfor med rette, at appelkammeret fandt, at dette udtryk set som helhed betød »twist and pour«, dvs. »dreje og hælde« eller »drej og hæld«.
- 53 Med hensyn til forbindelsen mellem tegnet TWIST & POUR's semantiske indhold og de omhandlede varer må det konstateres, at det ligeledes var med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 11 fandt, at tegnet var sammensat af generiske ord, der blot betegnede en egenskab ved varen, navnlig med hensyn til måden, hvorpå den skulle anvendes (jf. i denne retning Rettens dom af 12.1.2000, sag T-19/99, DKV mod KHIM (COMPANYLINE), Sml. II, s. 1, præmis 26 og 27, som efter appel blev stadfæstet af Domstolen ved dom af 19.9.2002, sag C-104/00 P, DKV mod KHIM, Sml. I, s. 7561, og bestpartner-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 24).
- 54 Set som helhed beskriver dette ordmærke således direkte den handling, der i særdeleshed skal foretages ved åbningen af en beholder, der er forsynet med en prop, som skal drejes, inden den væske, der er indeholdt heri, kan hældes ud. De således sammenstillede ord beskriver derfor blot en egenskab ved den omhandlede vare, dvs. at den er let at bruge, særligt for så vidt angår maling, der før dens anvendelse normalt kræver, at den først blandes, eller at beholderen først skal omrystes, før indholdet hældes over i en anden beholder. Brugen af ordene »twist« og »pour« fremhæver derfor en særligt vigtig egenskab ved den omhandlede vare, nemlig dens yderst simple anvendelsesmåde. Som appelkammeret med rette konstaterede, »[kan] man vanskeligt forestille sig en mere klar og direkte metode til at meddele forbrugerne, at de blot skal dreje låget og hælde indholdet ud, end at trykke ordene TWIST & POUR på siden af beholderen«.
- 55 Det følger af alt det ovenfor anførte, at ordmærket TWIST & POUR i modsætning til, hvad sagsøgeren har hævdet, ikke blot vækker associationer eller indeholder

hentydninger til visse egenskaber ved varen, men tværtimod direkte beskriver en egenskab ved den omhandlede vare. Den direkte oplysning til den relevante kundekreds om, hvor let varen er at bruge, formidler således en tilstrækkelig konkret og direkte forbindelse mellem det ansøgte varemærke og de omhandlede varer.

56 Under retsmødet har sagsøgeren præciseret, at ordmærket TWIST & POUR kun beskriver en underordnet egenskab ved den omhandlede vare, således at registreringen af det burde være blevet tilladt.

57 Med hensyn til dette punkt er det tilstrækkeligt at henvise til, at Domstolen allerede har fastslået, at et ordmærke, som er beskrivende for egenskaberne ved varer eller tjenesteydelser, af denne grund nødvendigvis mangler det fornødne særpræg, og at det er uden betydning, at de egenskaber ved varerne eller tjenesteydelserne, som muligvis bliver beskrevet, i forretningsmæssig henseende måtte være væsentlige eller underordnede (jf. analogt Koninklijke KPN Nederland-dommen, nævnt i præmis 39 ovenfor, præmis 86 og 102).

58 Sagsøgeren har yderligere gjort gældende, for det første at appelkammeret begik en fejl ved på grundlag af det ansøgte varemærkes angivelige beskrivende karakter at udlede, at det manglede fornødent særpræg.

59 I denne forbindelse skal det for det første bemærkes, at selv om det er rigtigt, at de registreringshindringer, der er nævnt i artikel 3, stk. 1, i Rådets første direktiv

89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), er uafhængige af hinanden og kræver en særskilt efterprøvelse, er der imidlertid, som anført i præmis 39 ovenfor, en åbenbar overlappning mellem de respektive anvendelsesområder for registreringshindringerne i den nævnte bestemmelses litra b)-d). For det andet mangler et ordmærke, som er beskrivende for egenskaberne ved varer eller tjenesteydelser, som det også allerede er anført i præmis 39 ovenfor, af denne grund nødvendigvis det fornødne særpræg i forhold til de samme varer eller tjenesteydelser.

- 60 Sagsøgeren har endvidere kritiseret appelkammeret for at have anvendt et kriterium, dvs. det mål af almen interesse, at tegnene kan bruges frit af alle, som ville være relevant i forbindelse med artikel 7, stk. 1, litra c), men ikke i forbindelse med samme bestemmelses litra b).
- 61 I denne henseende er det ganske vist korrekt, som Domstolen fastslog i præmis 36 i dommen i sagen SAT.1 mod KHIM, nævnt i præmis 14 ovenfor, at artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ikke forfølger det mål af almen interesse, at tegnene kan bruges frit af alle.
- 62 Det fremgår således af præmis 26 i dommen i sagen SAT.1 mod KHIM, nævnt i præmis 14 ovenfor, at den almene interesse, som ligger til grund for artikel 3, stk. 1, litra b), i direktiv 89/104, der er en bestemmelse, hvis rækkevidde er identisk med rækkevidden af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, tager udgangspunkt i hensynet til ikke utilbørligt at begrænse rådigheden over de bestanddele uden fornødent særpræg, som det omhandlede tegn er sammensat af, for andre erhvervsdrivende, der udbyder varer eller tjenesteydelser af den samme art som de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket søges registreret.

- 63 I det foreliggende tilfælde fandt appelkammeret imidlertid i den anfægtede afgørelses punkt 13, at registreringen af ordmærket TWIST & POUR ikke burde tillades, da tegnet »[var] en del af en kategori af tegn, i forbindelse med hvilke hensynet til ikke utilbørligt at begrænse rådigheden for de øvrige erhvervsdrivende [gjorde] sig gældende«.
- 64 Det må derfor konstateres, at appelkammeret derved anvendte et relevant kriterium, på grundlag af hvilket artikel 7, stk. 1, litra b), skulle fortolkes, hvorfor der ikke kan rettes kritik mod appelkammeret i denne henseende.
- 65 Hvad endelig angår sagsøgerens argument om, at Harmoniseringskontoret har registreret lignende varemærker, såsom TWIST & VAC, TWIST & DRINK, TWISTER TESTER, TWISTED TUBE og TWISTED DIPS, må det konstateres, at selv hvis det antages, at disse varemærker har en mere nær forbindelse med de varer, for hvilke de er blevet registreret, end den, der er mellem tegnet TWIST & POUR og de varer, for hvilke dette tegn er søgt registreret, følger det på ingen måde heraf, at en ensartet anvendelse af forordning nr. 40/94 indebærer, at nævnte tegn skal registreres for de omhandlede varer. Det skal således bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at de afgørelser vedrørende registrering af et tegn som EF-varemærke, som appelkamrene skal træffe i henhold til forordning nr. 40/94, træffes i henhold til en bunden kompetence og ikke på grundlag af skønsmæssige beføjelser. Spørgsmålet, om et tegn kan registreres som EF-varemærke, skal derfor kun bedømmes på grundlag af denne forordning, således som den er fortolket af Fællesskabets retsinstanser, og ikke på grundlag af appelkamrenes tidligere praksis (dommen i sagen BioID mod KHIM, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 47, Rettens dom af 9.10.2002, sag T-36/01, Glaverbel mod KHIM (en glasplades overflade), Sml. II, s. 3887, præmis 35, af 20.11.2002, forenede sager T-79/01 og T-86/01, Bosch mod KHIM (Kit Pro og Kit Super Pro), Sml. II, s. 4881, præmis 32, og af 24.11.2005, sag T-346/04, Sadas mod KHIM — LTJ Diffusion (ARTHUR ET FELICIE), Sml. II, s. 4891, præmis 71).

- 66 Henset til samtlige foranstående bemærkninger må det antages, at det var med rette, at appelkammeret fandt, at tegnet TWIST & POUR manglede fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, hvorfor sagsøgerens eneste anbringende ikke kan tages til følge.
- 67 Følgelig frifindes Harmoniseringskontoret.

Sagens omkostninger

- 68 I henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Femte Afdeling)

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

2) The Sherwin-Williams Company betaler sagens omkostninger.

Vilaras

Martins Ribeiro

Jürimäe

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 12. juni 2007.

E. Coulon

Justitssekretær

M. Vilaras

Afdelingsformand