

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

19. september 2001 \*

I sag T-30/00,

**Henkel KGaA**, Düsseldorf (Tyskland), ved advokaterne H.-F. Wissel og C. Osterrieth, 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 S. Laitinen, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

\* Processprog: tysk.

angående en påstand om annullation af afgørelse af 25. november 1999 (sag R 75/1999-3) fra Tredje Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design), der er meddelt sagsøgeren den 10. december 1999,

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 16. februar 2000,

på grundlag af svarskrift indleveret til Rettens Justitskontor den 4. maj 2000,

og efter mundtlig forhandling den 5. april 2001,

afsagt følgende

## Dom

### Twistens baggrund

- 1 Den 2. juni 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 Sagsøgeren afkrydsede i den del af varemærkeansøgningen, der er beregnet til angivelsen af det ansøgte varemærkes type, kassen »figurmærke«. Det varemærke, hvoraf der er ansøgt om registrering, er en gengivelse i perspektiv af en rektangulær tablet med let afrundede hjørner, der indeholder to lag, hvis farver — hvid (nederste del) og rød (øverste del) — der ligeledes er gjort krav på.
- 3 De varer og tjenesteydelser, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 3 og 42 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: »blegemidler og andre midler til vask og rensning af tøj, skyllemidler til vasketøj og service« og »forskning inden for midler til vask og rensning af tøj samt

skyllemidler«. Sagsøgeren har gjort krav på prioritet på grundlag af en i Tyskland indgivet registreringsansøgning.

- 4 Ved skrivelse af 14. juli 1998 fremkom undersøgeren med en indsigelse mod dette krav, idet han anførte, at den i Tyskland indgivne registreringsansøgning vedrørte et tredimensionalt varemærke. Sagsøgeren anførte i skrivelse, der blev modtaget hos Harmoniseringskontoret den 17. juli 1998, at den ansøgning, selskabet havde indgivet den 2. juni 1998, reelt havde til formål at opnå registrering af et tredimensionalt varemærke.
  
- 5 Undersøgeren fremsatte ved meddelelse af 1. december 1998 indsigelser mod EF-varemærkeansøgningen på grundlag af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.
  
- 6 Ved skrivelse af 3. december 1998 fremkom sagsøgeren med sine bemærkninger. Sagsøgeren bemærkede i en skrivelse af 6. januar 1999 til Harmoniseringskontoret, at en konkurrents varemærkeansøgning, der angik tilsvarende tabletter til opvaskemaskine, var blevet offentliggjort i EF-varemærketidende.
  
- 7 Ved afgørelse af 26. januar 1999 afslog undersøgeren ansøgningen i henhold til artikel 38 i forordning nr. 40/94 med den begrundelse, at det ansøgte tredimensionale varemærke ikke havde fornødent særpræg.
  
- 8 Den 5. februar 1999 påklagede sagsøgeren i henhold til artikel 59 i forordning nr. 40/94 undersøgerens afgørelse til Harmoniseringskontoret.

- 9 Appellkammeret havde under proceduren opfordret selskabet til at tage stilling til en ændring af registreringsansøgningen og endog muligheden for en sådan ændring, hvortil selskabet anførte, at det ønskede, at dets ansøgning blev behandlet som en registrering af et figur- eller et farvemærke.
- 10 Ved afgørelse af 25. november 1999 (herefter »den anfægtede afgørelse«) annullerede appellkammeret undersøgerens afgørelse, i det omfang registreringsnægtelsen vedrørte tjenesteydelser i Nice-arrangementets klasse 42 med den begrundelse, at det ansøgte varemærke efter appellkammerets opfattelse havde det minimum af fornødent særpræg, der kræves. Appellkammeret afviste i øvrigt klagen.
- 11 Appellkammeret anså undersøgerens afgørelse for at være fejlbehæftet, i det omfang undersøgeren ikke havde truffet afgørelse om det figurmærke, der oprindeligt blev ansøgt om, men om et tredimensionalt varemærke, selv om en ændring af varemærkets kategori ikke kunne ske efter fastsættelsen af indgivelsesdatoen. Appellkammeret mente ikke desto mindre at have kompetence til i henhold til artikel 62, stk. 1, andet punktum, i forordning nr. 40/94 at træffe afgørelse om ansøgningen vedrørende figurmærket.
- 12 Appellkammeret fandt i det væsentlige, at artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 var til hinder for registreringen af det ansøgte varemærke for produkter til vaskemaskine og opvaskemaskine. Appellkammeret vurderede, at et varemærke for at kunne registreres skal adskille de varer, der er ansøgt om registrering af, i henhold til deres oprindelse og ikke i henhold til deres art. Appellkammeret tilføjede, at det ikke umiddelbart kan benægtes, at en figurmærke, der består af en virkelighedstro gengivelse af varen, kan have fornødent særpræg. Dette forudsætter dog, at varens form skal være tilstrækkelig original til, at den let indprenter sig i hukommelsen, og at den markerer sig i henhold til det, der er sædvanligt i handelen. Under hensyn til risikoen for, at der gennem beskyttelsen af varens form gives varemærkeindehaveren et monopol på formen, skal kriterierne for bedømmelse af det fornødne særpræg være ganske strenge. Appellkammeret havde den opfattelse, at varemærkeansøgningen i denne sag ikke

opfyldte disse strengere krav. Ifølge appelkammeret er den gengivelse, som sagsøgeren gør krav på, gengivelsen af en vare, der hverken er særlig speciel eller usædvanlig, men henhører under de grundformer, der er typiske på det pågældende marked. Ligeledes giver farvesammensætningen, nemlig rød og hvid, ikke den gengivelse, der er gjort krav på, nogen særegenhed. Appelkammeret tilføjede, at hverken den manglende ensartethed i Harmoniseringskontorets afgørelser eller de tidligere registreringer, som sagsøgeren har påberåbt sig, kan være bindende for dets afgørelse.

### Parternes påstande

13 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Sagsøgte tilpligtes at betale sagens omkostninger.

14 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

## Retlige bemærkninger

- 15 Det skal indledningsvis anføres, at alene den anfægtede afgørelses punkt 3 ikke tager sagsøgerens påstande til følge. Det er derfor alene dette punkt, der kan være genstand for det foreliggende annullationssøgsmål.
- 16 Sagsøgeren har gjort to anbringender gældende. Det første vedrører tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Det andet vedrører »magtfordrejning« og tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.

*Anbringendet om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94*

## Parternes argumenter

- 17 Sagsøgeren er af den opfattelse, at appelkammeret ikke har taget hensyn til, at det ansøgte varemærke har det fornødne særpræg, idet sagsøgeren har præciseret, at en minimal adskillelsesevne er tilstrækkelig til at begrunde, at et tegn beskyttes i henhold til forordning nr. 40/94. For at afgøre, om et figurmærke, der består af en loyal gengivelse af en vare, har fornødent særpræg, skal der ifølge sagsøgeren tages udgangspunkt i selve varen.
- 18 Sagsøgeren har anført, at det ansøgte varemærke har det fornødne særpræg på grund af farvesammenstillingen, og har erindret om, at farver i henhold til

forordning nr. 40/94 kan registreres som varemærker. Sagsøgeren har påberåbt sig en forfatter, der mener, at anerkendelsen af farver og af farvekombinationer som varemærker ikke må modarbejdes gennem en restriktiv anvendelse af registreringshindringerne.

- 19 Sagsøgeren har den opfattelse, at det ansøgte varemærke ligeledes har fornødent særpræg på grund af den gengivne vareform, og har kritiseret appelkammerets holdning, hvorefter det kræves, at formen har en speciel karakter og er let at huske, dvs. har en originalitet, der gør, at den adskiller sig fra det, der er sædvanligt inden for handelen. Ifølge sagsøgeren er det forhold, at varens form er særegen eller original, alene afgørende for undersøgelsen af, om betingelserne for beskyttelse af mønstre og modeller er opfyldt. Hvad angår det fornødne særpræg for et figurmærke, der består af en gengivelse af varen, er det alene et spørgsmål om, hvorvidt denne gengivelse, der er kendetegnet ved en kombination af bestemte former og farver, i omsætningen kan forstås som en angivelse af den pågældende vares oprindelse.
- 20 Sagsøgeren har anført, at dette er tilfældet i denne sag, idet det ansøgte varemærkes fornødne særpræg skal bedømmes i forhold til de kriterier, der finder anvendelse på figurmærker. Sagsøgeren har bemærket, at selv et minimalt særpræg er tilstrækkeligt til, at et figurmærke kan registreres, og dette gælder ligeledes for et figurmærke, der består af en gengivelse af varen og en fremstilling ikke alene af varens form, men også, som i denne sag, af andre kendetegn, såsom en bestemt farvesammensætning. Sagsøgeren har den opfattelse, at der er en forskel mellem tredimensionale varemærker og figurmærker. Hvis for de førstnævnte det fornødne særpræg bygger på varens form, betyder for de sidstnævnte, herunder også dem, der alene består af en loyal gengivelse af varen, det forhold, at der findes andre kendetegn end formen, som f.eks. farvesammensætningen, så meget desto mere. Sagsøgeren har den opfattelse, at det derfor ikke først og fremmest er varens form, der giver figurmærkets dens funktion som identifikation af varens oprindelse, men kombinationen af alle varemærkets særlige elementer, der kan ses på gengivelsen af varen. Endvidere tilføjes selve figurmærket som en generel regel i praksis andre kendetegn, som f.eks. varens navn eller emballagens udformning. Ifølge sagsøgeren styrker disse elementer figurmærkets evne til at betegne varens oprindelse.



- 21 Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at registreringen af et figurativt tegn, der består af en gengivelse af en vare, og som ud over formen har andre kendetegn, ikke hindrer konkurrenterne til indehaveren af dette figurmærke i at anvende den gengivne vares form for deres egne varer, i det omfang disse konkurrenter hertil tilføjer andre særprægede træk, som f.eks. en anden farvekombination. Ifølge sagsøgeren medfører registreringen af et todimensionalt figurmærke ikke, i samme omfang som et tredimensionalt varemærke, en beskyttelse af selve varens form, der i princippet ikke henhører under varemærkeretten. Sagsøgeren har anført, at bedømmelsen af det fornødne særpræg i forhold til varens form på grund af denne artsforskel mellem de to varemærke kategorier skal være mindre streng ved et figurmærke end ved et tredimensionalt varemærke.
- 22 Sagsøgeren har beskrevet udviklingen inden for de forskellige præsentationsformer for vaskemidler og opvaskemidler. Sagsøgeren har anført, at præsentationsformen med tofarvede tabletter er fremkommet for nylig, og at der kan anvendes adskillige former for sådanne tabletter. På samme måde kan valget af farver og disses placering på tabletten varieres meget.
- 23 Ifølge sagsøgeren karakteriseres situationen på markedet for disse varer af, at der findes et begrænset antal hovedproducenter, og at antallet af varer i form af tofarvede tabletter på de forskellige nationale markeder er meget begrænset. Forbrugerne har under disse omstændigheder fra starten forbundet de vaskemidler, der fremstilles i form af tofarvede tabletter, med et meget begrænset antal producenter af varemærkeartikler, hvoriblandt sagsøgeren er at finde. Denne opfattelse hos forbrugerne er ifølge sagsøgeren blevet forstærket og varigt indarbejdet gennem en omfattende og længerevarende reklamering, der har understreget de to farver, der karakteriserer varen, og den særlige form, som vasketabletter har. Sagsøgeren har understreget omfanget af de udgifter, selskabet har haft til denne reklamering, og størrelsen af den omsætning, det har på de pågældende varer.
- 24 Sagsøgeren har påberåbt sig den overskuelige situation, der er på markedet, og den interesse, som enhver producent har i dels at adskille sine varer fra andre

producenters ved hjælp af en form og en bestemt farvelægning, dels i at gøre sine varer synlige under denne form også på varens emballage; dette støtter sagsøgerens opfattelse af, at det ikke kan forsvares at fastholde, at et figurmærkes specifikke kombination af form og farver i sig selv er uegnet til at betegne den pågældende vares oprindelse. Sagsøgeren har den opfattelse, at spørgsmålet om rækkevidden af beskyttelsen af et sådant varemærke skal behandles for sig selv. Det forhold, at denne beskyttelse i særlige tilfælde kan være meget begrænset, berettiger ifølge sagsøgeren ikke til, at et figurmærkes givne kombination af form og farver uden videre frakendes ethvert fornødent særpræg.

- 25 Sagsøgeren har den opfattelse, at appelkammeret begik en fejl, idet det i den anfægtede afgørelses punkt 22 og 23 fandt, at det ansøgte varemærkes fornødne særpræg skal bedømmes strengere, idet omsætningskredsen alene anser gengivelsen af en tablet til vaskemaskine for en betegnelse af varens specifikke udseende og ikke for en betegnelse af oprindelsen. Sagsøgeren har anført, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 23 har taget hensyn til slutforbrugerens »overfladiske« opfattelse, selv om en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbrugers opfattelse skal tages i betragtning. Ifølge sagsøgeren vil en sådan forbruger, når han ser det ansøgte varemærke, fastslå, at den gengivne tablet ikke alene udgør en betegnelse af varens udseende, men at den også i kraft af den specifikke sammensætning af form og farver betegner oprindelsen.

- 26 Sagsøgeren har, idet selskabet har fremlagt betydelig dokumentation, henvist til forskellige registreringsansøgninger for vaskemidler og opvaskemidler i tabletform, både nationalt og internationalt, hvoraf visse har ført til registreringer. Sagsøgeren har ligeledes påberåbt sig Harmoniseringskontorets offentliggørelse af ansøgning nr. 924 829 vedrørende et tredimensionalt EF-varemærke, der vedrører formen af en tablet til vaskemaskine og opvaskemaskine. Ifølge sagsøgeren fremgår det af disse oplysninger dels, at alle de kendte producenter af varemærkeartikler inden for området vaskemidler og opvaskemidler altid har

haft den opfattelse, at tableters form og bestemte farver er distinktive elementer, der betegner producenten, dels at flere varemærkemyndigheder har anerkendt, at tableter kan være varemærker. Sagsøgeren har endvidere påberåbt sig en afgørelse fra en italiensk ret, der anerkendte, at et tredimensionalt varemærke, der bestod i en tofarvet tablet til vaskemaskine, var gyldigt.

- 27 Ifølge sagsøgeren skal det ansøgte varemærkes fornødne særpræg bedømmes på det tidspunkt, hvor registreringsansøgningen blev indgivet, således at konkurrenternes brug af tilsvarende former og farver efter denne dato ikke kan anvendes til at anfægte det ansøgte varemærkes fornødne særpræg. Sagsøgeren har dog den opfattelse, at dette punkt ikke er afgørende for den foreliggende sag, idet sagsøgeren er den eneste virksomhed, der fremstiller tableter, der består af et rødt lag og et hvidt lag, til vaskemaskine og opvaskemaskine.
- 28 Sagsøgeren har endelig gjort gældende, at det ansøgte varemærke har opnået det fornødne særpræg for selskabets vare Somat »Profi« som følge af den brug, der er gjort heraf, i overensstemmelse med artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, navnlig på grund af den helt specielle farvekombination (rød og hvid).
- 29 Harmoniseringskontoret har for det første anført, at det i denne sag ansøgte varemærke er et figurmærke, der består af den virkelighedstro gengivelse af varens form. Harmoniseringskontoret har understreget, at den gengivelse af varemærket, som sagsøgeren er fremkommet med i denne sag, på ingen måde adskiller sig fra varemærket i sag T-335/99 (tredimensionalt varemærke, der viste formen af en rød og hvid rektangulær tablet). Ifølge Harmoniseringskontoret skal for det første defineres de kriterier, der er bestemmende for registreringen af tredimensionale varemærker, og dernæst skal det efterprøves, om disse kriterier er anderledes, når der ikke gøres krav på gengivelsen af varen som et tredimensionalt varemærke, men som et figurmærke, og om bedømmelsen af det fornødne særpræg dermed skal foretages i henhold til mindre strenge krav. Harmoniseringskontoret har 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.

- 30 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.
- 31 Harmoniseringskontoret har understreget, at kriterierne til bedømmelse af det fornødne særpræg for et figurmærke, der som i denne sag består af den loyale gengivelse af selve varen, ikke er anderledes end kriterierne for bedømmelse af det fornødne særpræg for tredimensionale varemærker, der består af varens form.
- 32 Harmoniseringskontoret har den opfattelse, at den formulering, som appelkammeret anvendte i den anfægtede afgørelse, og som kan forstås som en antagelse af, at det er nødvendigt med strengere kriterier for figurmærker, der består af en loyal gengivelse af varen (den anfægtede afgørelses punkt 21 og 22), kan give anledning til forvirring, men dette punkt er ikke afgørende i den anfægtede afgørelse. I denne sag konkluderede appelkammeret med rette, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg.
- 33 Harmoniseringskontoret har for det andet foretaget en analyse af det ansøgte varemærke.
- 34 Ifølge Harmoniseringskontoret er det ansøgte varemærkes rektangulære form, som den fremgår af den gengivelse, der er gjort krav på, ikke usædvanlig, men den er banal og gængs på markedet.

- 35 Hvad angår farverne har Harmoniseringskontoret den opfattelse, at tilføjelsen af et rødt lag ikke giver det ansøgte tegn det fornødne særpræg. Harmoniseringskontoret har den opfattelse, at der ikke er tale om en kombination af farver, når kun én farve anvendes sammen med grundfarven (hvid eller grå) for produkter til vaskemaskine eller opvaskemaskine.
- 36 Ifølge Harmoniseringskontoret er den ansøgte farve en af grundfarverne. Harmoniseringskontoret har erklæret, at alle tabletter på markedet, der består af to lag, har et farvet lag sammen med en af grundfarverne (rød, grøn eller blå).
- 37 Harmoniseringskontoret har anført, at de farver, der anvendes i tablettens forskellige lag eller dele, angiver, at der er flere aktive ingredienser, og de tjener således til at oplyse forbrugeren om varens egenskaber, hvilket er understreget i den reklame, der er foretaget for de pågældende tabletter. Harmoniseringskontoret har i øvrigt bemærket, at det fremgår af måden, hvorpå tabletterne anvendes, at forbrugeren ikke anser deres farver for en betegnelse af varens oprindelse.
- 38 Harmoniseringskontoret har bestridt sagsøgerens tese om, at gengivelsen af varen på emballagen lettere opfattes som en oprindelsesbetegnelse end selve varens form. Ifølge Harmoniseringskontoret mangler en sådan gengivelse, ligesom det ansøgte varemærke, ethvert yderligere element, der giver forbrugeren mulighed for udelukkende at informere sig ud fra emballagens indhold, således at forbrugeren anvender figurmærket på emballagen til at adskille den vare, emballagen viser, fra andre producenters.
- 39 Harmoniseringskontoret har anført, at argumentet om, at sagsøgeren er den eneste virksomhed, der producerer røde og hvide tabletter, ikke er relevant. Harmoniseringskontoret har erindret om, at de betragtninger vedrørende den brug, der er gjort af varemærket, er relevante for en undersøgelse i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, og at sagsøgeren for første gang har påberåbt sig denne bestemmelse i stævningen og således for sent. Harmoniseringskontoret har tilføjet, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at det ansøgte

varemærke har opnået det fornødne særpræg i alle medlemsstaterne inden indgivelsesdatoen.

- 40 Harmoniseringskontoret har den opfattelse, at det ikke kan udledes af det forhold, at sagsøgerens konkurrenter har valgt andre farver til deres tabletter, at farverne kan anvendes til at adskille varerne i henhold til deres oprindelse. Valget af forskellige farver kan ifølge Harmoniseringskontoret forklares med det store antal varemærkeansøgninger, der er indgivet for produkter til brug for vaskemaskine eller opvaskemaskine siden deres nylige introduktion på markedet til de forskellige nationale varemærkemyndigheder og til EF-varemærkemyndigheden. Harmoniseringskontoret har understreget, at eftersom visse nationale varemærkemyndigheder har beskyttet varemærket, kan en producent ikke præsentere sin vare i en form, der svarer til et af en konkurrent registreret varemærke eller endog blot et varemærke, som konkurrenten har indgivet ansøgning om, før situationen er afklaret gennem en retsafgørelse.
- 41 Hvad for det tredje angår registreringen af tredimensionale varemærker, der består af formen af en tablet til vaskemaskine eller opvaskemaskine, hos medlemsstaternes nationale varemærkemyndigheder, har Harmoniseringskontoret anført, at disse varemærkemyndigheders praksis ikke er ensartet.
- 42 Ifølge Harmoniseringskontoret skal varemærkets fornødne særpræg bedømmes på tidspunktet for registreringen. Harmoniseringskontoret har anført, at sagsøgerens konkurrenter — inden indgivelsen af den foreliggende varemærkeansøgning — har introduceret rektangulære tabletter på markedet.

#### Rettens bemærkninger

- 43 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.

- 44 I den foreliggende sag udgøres det varemærke, hvoraf der er ansøgt om registrering, af gengivelsen af en tablet til vaskemaskine eller opvaskemaskine, dvs. af selve varens fremtræden.
- 45 Som det med rette er anført af appelkammeret, kan det ikke på forhånd udelukkes, at den grafiske eller fotografiske gengivelse af selve varen, selv hvis den er virkelighedstro, kan have det fornødne særpræg i den forstand, udtrykket anvendes i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.
- 46 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).
- 47 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.

- 48 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 figurmærker, der udgøres af en gengivelse af selve varens form, er således ikke anderledes end dem, der finder anvendelse på andre varemærke kategorier.
- 49 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 figurmærker, der består af en loyal gengivelse af selve varens form, og ved ordmærker, eller ved figurmærker eller tredimensionale varemærker, der ikke loyalt gengiver varen. 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. Det følger heraf, at bedømmelsen af det fornødne særpræg ikke kan føre til et andet resultat ved et tredimensionalt varemærke, der består af selve varens fremtræden, og ved et figurmærke, der består af en virkelighedstro gengivelse af den samme vare.
- 50 Appellammeret har vedrørende opfattelsen i den relevante omsætningskreds med rette anført, at de varer, for hvilke registreringen er blevet afvist i den foreliggende sag, nemlig produkter til vaskemaskine og opvaskemaskine i tabletform, 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).
- 51 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). Appellkammeret antog i denne forbindelse med rette, at da der er tale om dagligvarer, er gennemsnitsforbrugers opmærksomhedsniveau over for vaskemiddeltabletters udseende ikke højt.

- 52 For at bedømme, om den gengivelse, der er gjort krav på, under hensyn til kombinationen af den gengivne tablets form og farvelægning, i omsætningen kan opfattes som en oprindelsesbetegnelse, skal det helhedsindtryk, som denne gengivelse 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, det består af, hver for sig. For så vidt angår et varemærke, der består af en loyal gengivelse af varen, skal det efterprøves dels, om den gengivne vares fremtræden i sig selv kan påvirke omsætningskredsens hukommelse, og dels, om den måde, hvorpå varen er gengivet, indeholder en særegenhed, der kan betegne varens oprindelse.
- 53 Den form, der gengives, og 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 gennemsnitsforbrugeren opfattes som en særegenhed ved den pågældende form, der er egnet til at adskille den fra andre tabletter til vaskemaskine eller opvaskemaskine.
- 54 Hvad angår den omstændighed, at der er to lag, hvoraf det ene er hvidt og det andet rødt, skal det anføres, at den pågældende omsætningskreds er vant til, at der er forskellige farveelementer 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. Det indeholder ofte partikler i en eller flere forskellige farver. Den reklamerer, som sagsøgeren og de andre vaskemiddelproducenter foretager, fremhæver, at disse partikler viser, at der er forskellige aktive stoffer. De farvede 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 farvede 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 farvede elementer skal forstås som en henvisning til visse kvaliteter ved varen, og ikke som en betegnelse af dens oprindelse. Muligheden for, at forbrugerne ikke desto mindre kan blive vant til at genkende varen i kraft af dens farver, 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 omsættningens opfattelse kan, når den er fastslået, alene tages i betragtning i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

55 Det forhold, at de farvede partikler i denne sag ikke er regelmæssigt fordelt over hele den gengivne tablet, men er koncentreret i den øverste del heraf, er ikke tilstrækkeligt til, at tablettens fremtræden kan anses for en betegnelse for varens oprindelse. Når det drejer sig om at sammensætte forskellige stoffer i et produkt til vaskemaskine eller opvaskemaskine, der er i tabletform, er tilføjelsen af et lag en af de løsninger, der falder meget naturligt.

56 Det er i denne forbindelse uden betydning, at sagsøgeren er den eneste virksomhed, der anvender den røde farve til tabletter, der består af to lag. Anvendelsen af grundfarver, såsom blå eller grøn, er gængs og endog typisk for vaskemidler. Anvendelsen af andre grundfarver, såsom rød eller gul, er en af de naturligt forekommende variationer af den form, disse varer typisk udbydes i.

- 57 Det følger heraf, at varens fremtræden, hvis gengivelse udgør det ansøgte varemærke, består af en kombination af ydre træk, der er naturlige og typiske for den pågældende vare.
- 58 Det skal tilføjes, at forskellige mulige kombinationer af disse ydre træk kan opnås ved at variere de geometriske grundformer og ved at kombinere varens grundfarve med en anden grundfarve i et af tablettens lag eller i farvepletter. De forskelle, der herved fremkommer for så vidt angår de forskellige tabletters fremtræden, er ikke tilstrækkelige til, at de for hver af disse tabletter eller deres gengivelse kan anvendes som betegnelse for varens oprindelse, når det som i denne sag drejer sig om variationer af varens grundformer, der virker naturlige.
- 59 Den gengivelse, hvoraf der er ansøgt om registrering, viser en tablet set i perspektiv. Dette perspektiv medfører en vis forvanskning af tablettens form. Gengivelsesmåden i denne sag er således lidt anderledes end en fuldstændig virkelighedstro gengivelse. Som sagsøgeren selv har anerkendt under den mundtlige forhandling, kan dette perspektiv imidlertid ikke give det ansøgte varemærke det fornødne særpræg. Perspektivet udgør ikke en særegenhed, der kan påvirke forbrugerens hukommelse, således at der gives ham mulighed for at adskille den gengivne tablet fra andre tabletter til vaskemaskine eller opvaske-maskine.
- 60 Hvad angår det helhedsindtryk, der fremgår af den gengivne tablets form og farvelægning, 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.

- 61 Det skal tilføjes, at konstateringen af det ansøgte varemærkes manglende evne til umiddelbart og uafhængigt af den reelle brug af mærket at betegne varens oprindelse, ikke modsiges af det større eller mindre antal tilsvarende tabletter, der allerede findes på markedet. Det er derfor ikke nødvendigt i den foreliggende sag at behandle spørgsmålet, om det pågældende varemærkes fornødne særpræg skal bedømmes på tidspunktet for registreringsansøgningens indgivelse eller på datoen for den faktiske registrering.
- 62 Hvad dernæst angår de argumenter, som sagsøgeren udleder af de nationale varemærkemyndigheders praksis og anerkendelsen af det fornødne særpræg af et tredimensionalt varemærke, der består af en tofarvet tablet til vaskemaskine, og af en afgørelse fra en italiensk ret, 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). De samme betragtninger gælder for praksis fra medlemsstaternes retter. Det fremgår endvidere af Harmoniseringskontorets besvarelse af Rettens spørgsmål, at de nationale varemærkemyndigheders praksis vedrørende tredimensionale varemærker, der udgøres af tabletter til vaskemaskine eller opvaskemaskine, ikke er ensartet. Appellammeret kan derfor ikke bebrejdes, at det ikke tog hensyn til den nævnte praksis og til en national retspraksis.
- 63 Det følger heraf, at appellammeret med rette konkluderede, at det ansøgte figurmærke mangler fornødent særpræg.
- 64 Det forhold, at bedømmelseskriterierne for det fornødne særpræg ved figurmærker, der består af en gengivelse af selve varens form, ikke er strengere end de kriterier, der finder anvendelse på andre varemærke kategorier, fører ikke til en anden konklusion.

- 65 De betragtninger, der ledte Appellkammeret til at fastslå, at det ansøgte varemærke ikke havde det fornødne særpræg, berettiger nemlig til en identisk konklusion i henhold til de bedømmelseskriterier for dette særpræg, der finder anvendelse på alle varemærker, uanset om det er ordmærker, figurmærker eller tredimensionale varemærker.
- 66 Sagsøgeren har endvidere anført — uden udtrykkeligt at gøre et anbringende gældende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 — at det ansøgte varemærke har fornødent særpræg i kraft af den brug, der er gjort heraf. Da denne argumentation ikke er blevet fremført for appelkammeret, kan Retten ikke behandle den (jf. Rettens dom af 8.7.1999, sag T-163/98, Procter & Gamble mod Harmoniseringskontoret, BABY-DRY, Sml. II, s. 2383, præmis 48-51).

*Anbringendet vedrørende »magtfordrejning« og tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet*

#### Parternes argumenter

- 67 Sagsøgeren har til støtte for anbringendet om »magtfordrejning« gjort gældende, at Harmoniseringskontoret har tilladt offentliggørelsen af visse EF-varemærkeansøgninger, der er tilsvarende sagsøgerens, for varer inden for samme område

eller et tilgrænsende område. Sagsøgeren har navnlig påberåbt sig EF-varemærkeansøgning nr. 809 830 fra selskabet Benckiser NV. Sagsøgeren har den opfattelse, at appelkammeret hermed har tilsidesat ligebehandlingsprincippet.

- 68 Sagsøgeren har i øvrigt den opfattelse, at den anfægtede afgørelse er i strid med det overordnede mål i fællesskabsretten generelt og i særdeleshed med EF-varemærkeforordningen, der har til formål at harmonisere varemærkeretten på fællesskabsniveau. Ifølge sagsøgeren kan dette harmoniseringsformål ikke virkelig opfyldes, medmindre varemærkeretten fortolkes på ensartet vis.
- 69 Harmoniseringskontoret har anført, at den af sagsøgeren påberåbte varemærkeansøgning ikke har ført til en registrering. 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.

#### Rettens bemærkninger

- 70 Det bemærkes, at begrebet magtfordrejning i fællesskabsretten har et klart afgrænset indhold, og at der ved magtfordrejning forstås, at en administrativ myndighed har anvendt sine beføjelser til at fremme et andet formål end det, der ligger til grund for beføjelserne. Det fremgår herved af fast retspraksis, at en beslutning kun kan anses for at udgøre magtfordrejning, når det på grundlag af objektive, relevante og samstemmende indicier må antages, at beslutningen er truffet for at forfølge andre formål end dem, der er angivet (jf. bl.a. Rettens dom

af 24.4.1996, forenede sager T-551/93 og T-231/94 — T-234/94, Industrias Pesqueras Campos m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 247, præmis 168). Sagsøgeren er ikke fremkommet med noget forhold, hvoraf det kan udledes, at den anfægtede afgørelse havde et andet formål end at efterprøve, om det ansøgte varemærke opfyldte registreringsbetingelserne i forordning nr. 40/94.

- 71 I det omfang sagsøgeren med dette anbringende vil gøre gældende, at der er sket en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, fremgår det af Harmoniseringskontorets besvarelse af Rettens spørgsmål, at den varemærkeansøgning, hvis offentliggørelse er blevet påberåbt af sagsøgeren, blev afvist af undersøgeren, efter at nærværende sag var anlagt, og at denne afgørelse i øjeblikket behandles af et appelkammer. Det argument, der støttes på offentliggørelsen af denne varemærkeansøgning, er således under alle omstændigheder ubegrundet. Det følger heraf, at dette anbringende ikke kan tages til følge.
- 72 På baggrund af ovenstående betragtninger bør sagsøgte frifindes i det hele.

### Sagens omkostninger

- 73 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 ordlyd kunne give anledning til tvivl i denne sag med hensyn til, om appelkammeret foretog en korrekt anvendelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, bestemmes, at hver part skal bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEEN (Anden Afdeling)

- 1) Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) frifindes.
- 2) Hver part bærer sine egne omkostninger.

Meij

Potocki

Pirrung

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

H. Jung

Justitssekretær

A.W.H. Meij

Afdelingsformand