

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)

den 15 mars 2006 *

I mål T-129/04,

Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG, Unterhaching (Tyskland),
företrätt av advokaterna R. Kunz-Hallstein och H. Kunz-Hallstein,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån), företräd av G. Schneider, i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av det beslut som fattats av harmoniseringsbyråns andra överklagandenämnd den 20 januari 2004 (ärende R 367/2003-2) om avslag på en ansökan om registrering av ett tredimensionellt varumärke i form av en flaska som gemenskapsvarumärke,

* Rättegångsspråk: tyska.

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN(andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden J. Pirrung samt domarna A.W.H. Meij och I. Pelikánová,

justitiesekreterare: byrådirektören C. Kristensen,

med beaktande av ansökan, som inkom till förstainstansrättens kansli den 1 april 2004,

med beaktande av svarsinlagan, som inkom till förstainstansrättens kansli den 28 juli 2004,

med beaktande av förstainstansrättens skriftliga frågor till parterna den 23 maj 2005,

efter förhandlingen den 12 juli 2005,

följande

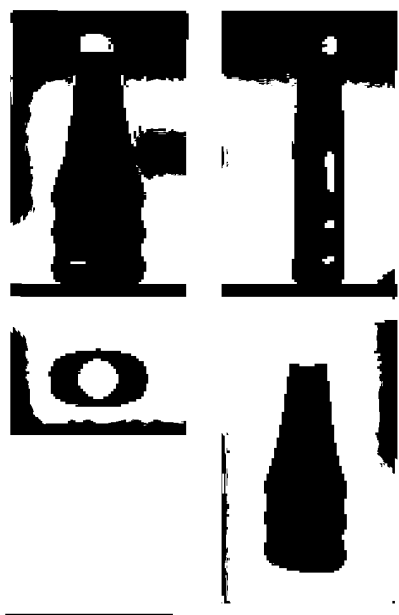
Dom

Bakgrund till tvisten

- 1 Sökanden ingav den 14 februari 2002 en ansökan om registrering av gemenskapsvarumärke till Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken,

mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån) med stöd av rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3), i ändrad lydelse. Sökanden gjorde anspråk på prioritet för en ursprunglig varumärkesansökan i Tyskland den 16 augusti 2001.

- 2 Ansökan avsåg registrering av ett tredimensionellt kännetecken i form av en flaska, vilket återges nedan (nedan kallat det sökta varumärket).



- 3 De varor som avsågs i registreringsansökan omfattas av klasserna 29, 30 och 32 enligt Niceöverenskommelsen av den 15 juni 1957 om klassificering av varor och

tjänster för varumärkesregistrering, med ändringar och tillägg, och motsvarar för var och en av klasserna följande beskrivning:

- Klass 29: "Paprika, tomatkoncentrat, mjölk och mjölkprodukter, yoghurt, grädde, matoljor och matfetter."

- Klass 30: "Kryddor; smaksättningsmedel; senap, beredningar på senapsbas; majonnäs, beredningar på majonnäsbas; ättika, beredningar på ättiksbas; drycker framställda med användning av ättika; remoulad; relish; aromer och essenser för livsmedelsbruk; citronsyra, äppelsyra, vinsyra som smakämnen för livsmedel; anrättad pepparrot; ketchup och beredningar på ketchupbas, fruktsåser, salladssåser, salladskrämer."

- Klass 32: "Fruktdrycker och fruktjuicer; saft och andra beredningar för anrättning av drycker."

⁴ Granskaren avslag med stöd av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 registreringsansökan genom beslut av den 1 april 2003. Granskaren ansåg dels att harmoniseringsbyrån inte var bunden av äldre nationella registreringar, dels att det sökta varumärkets form inte hade någon unik eller lätt igenkännlig beståndsdel som kunde göra det möjligt att särskilja den från vanligt förekommande former på marknaden och medföra att den kunde fungera som en angivelse av det kommersiella ursprunget.

⁵ Sökanden grundade ett överklagande på i synnerhet den omständigheten att den ifrågakvarande flaskan hade en ovanlig och särskild utformning. Andra överklagande-

nämnden avslag detta överklagande genom beslut av den 20 januari 2004 (nedan kallat det ifrågasatta beslutet). Överklagandenämnden anslöt sig till granskarens argument och tillade att det måste beaktas att omsättningskretsen inte med nödvändighet har samma uppfattningsförmåga i fråga om varumärken som utgörs av förpackningens form som i fråga om ordmärken, figurmärken eller tredimensionella varumärken som är oberoende av formen på den vara de avser. Den berörde slutkonsumenten är nämligen vanligtvis mer uppmärksam på den etikett som anbringats på flaskan än på själva formen hos en odekorerad och ofärgad behållare.

- 6 Överklagandenämnden anmärkte att det sökta varumärket inte hade något drag som kunde göra det möjligt att tydligt särskilja det från vanligt förekommande former och göra det möjligt för konsumenten att lägga det på minnet som en uppgift om det kommersiella ursprunget. Överklagandenämnden ansåg nämligen att den särskilda uppfattning som sökanden åberopat framträder först efter en djupgående bedömning, vilket genomsnittskonsumenten inte ägnar sig åt.

- 7 Överklagandenämnden anmärkte slutligen att sökanden inte med framgång kunde åberopa att det sökta varumärket var registrerat i Tyskland, eftersom sådana nationella registreringar kan beaktas men inte är avgörande. Enligt överklagandenämnden framgår det inte heller av de registreringshandlingar som sökanden ingett på vilken grund registrering av det ifrågasattade kännetecknet beviljats.

Parternas yrkanden

- 8 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet, och

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

9 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

10 Sökanden har åberopat fyra grunder, nämligen att harmoniseringsbyrån har fördelat bevisbördan felaktigt, vilket utgör en överträdelse av artikel 74.1 i förordning nr 40/94 (första grunden), att den har åsidosatt artikel 6 quinquies A.1 i Pariskonventionen för industriellt rättsskydd av den 20 mars 1883, senast ändrad i Stockholm den 14 juli 1967 och den 28 september 1979 (Förenta nationernas fördragssamling, volym 828, nr 11847, s. 108, SÖ 1970:60) (nedan kallad Pariskonventionen), på grund av att harmoniseringsbyrån inte medgett skydd för den äldre nationella registreringen (andra grunden), att den har åsidosatt artikel 73 i förordning nr 40/94, artikel 6 quinquies i Pariskonventionen och artikel 2.1 i avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter, inbegripet handel med varumärkesförfalskade varor av den 15 april 1994 (nedan kallat TRIPs-avtalet), med anledning av att harmoniseringsbyrån inte tillräckligt undersökt den äldre nationella registreringen (tredje grunden), och att den har överträtt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, på grund av att harmoniseringsbyrån missbedömt särskiljningsförmågan hos det sökta varumärket och den omständigheten att dragen hos detta inte har någon teknisk funktion (fjärde grunden).

Den första grunden: överträdelse av artikel 74.1 i förordning nr 40/94

Parternas argument

- 11 Sökanden anser att överklagandenämnden åsidosatt den skyldighet att styrka att särskiljningsförmåga inte föreligger som enligt förordning nr 40/94 åligger den när den finner att den ifrågavarande formen skulle uppfattas som en vanlig flaska och inte som en uppgift om det kommersiella ursprunget, men inte stöder sin slutsats genom konkreta exempel. Sökanden har hävdad att det ankommer på harmoniseringsbyrån att styrka att särskiljningsförmåga saknas, eftersom denna är skyldig att *ex officio* utreda omständigheterna i samband med bedömningen av om absoluta registreringshinder föreligger. Det är endast om harmoniseringsbyrån kan styrka att det sökta varumärket saknar inneboende särskiljningsförmåga som den som ansöker om registrering därefter kan styrka att särskiljningsförmåga uppnåtts till följd av användning.

- 12 Sökanden har vid förhandlingen tillagt att den omständigheten att bevisbördan åvilar harmoniseringsbyrån även följer av artikel 6 quinquies i Pariskonventionen. Enligt sökanden föreskrivs i denna artikel nämligen att ett varumärke som har registrerats i en av de stater som undertecknat konventionen normalt skall skyddas, eftersom underlåtelse att meddela skydd är ett undantag som skall tillämpas restriktivt.

- 13 Harmoniseringsbyrån har bestritt sökandens argument och anmärkt att skyldigheten att *ex officio* utreda omständigheterna inte omfattar bevisbördan. Harmoniseringsbyrån har tillagt att den inte kan åläggas att förebbringa bevisning för att något inte föreligger, nämligen att särskiljningsförmåga saknas. Med hänvisning till förstainstansrättens rättspraxis har harmoniseringsbyrån slutligen angett att den med avseende på att särskiljningsförmåga inte föreligger endast är skyldig att motivera sina beslut. Harmoniseringsbyrån anser på samma sätt att det framgår av rättspraxis att den, vilket var fallet i förevarande mål, kan stödja sig på allmänna upplysningar som vunnits av erfarenheten och att det i förekommande fall åligger den som ansöker om varumärke att inkomma med konkreta och underbyggda uppgifter om att de berörda konsumenterna uppfattar vissa kännetecken som en uppgift om det kommersiella ursprunget.

Förstainstansrättens bedömning

- 14 Förstainstansrätten anmärker först och främst att sökandens hänvisning till Pariskonventionen under förhandlingen är verkningslös. Artikel 6 quinquies i denna konvention avser nämligen skydd för och registrering av varumärken i en annan stat som undertecknat Pariskonventionen och innehåller inte föreskrifter om bevisbördans fördelning i förfaranden för registrering av gemenskapsvarumärken.
- 15 Förstainstansrätten anmärker för det andra att harmoniseringsbyråns roll i samband med bedömningen av om sådana absoluta registreringshinder föreligger som anges i artikel 7.1 i förordning nr 40/94 är att besluta huruvida ett absolut registreringshinder utgör hinder för varumärkesansökan. Detta beslut skall föregås av en objektiv och opartisk bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet mot bakgrund av tillämpliga regler i förordning nr 40/94 och mot bakgrund av hur gemenskapsdomstolarna tolkat dessa, och den som ansöker om varumärke skall ha möjlighet att yttra sig och få kännedom om skälen till det fattade beslutet. Beslutet föregås av en rättslig prövning som på grund av sitt slag inte kan omfattas av bevisskyldighet, och frågan huruvida denna prövning är välgrundad kan i övrigt göras till föremål för talan vid förstainstansrätten (se nedan punkt 18).
- 16 Harmoniseringsbyrån är enligt artikel 74.1 i förordning nr 40/94 skyldig att vid prövningen av absoluta registreringshinder ex officio undersöka relevanta omständigheter som kan leda till att ett absolut registreringshinder skall tillämpas.
- 17 Om harmoniseringsbyrån finner att omständigheter föreligger som innebär att ett absolut registreringshinder skall tillämpas, är den i enlighet med artikel 38.3 i förordning nr 40/94 skyldig att upplysa den som ansöker om varumärke om detta och att ge denne möjlighet att återkalla eller ändra sin ansökan eller att yttra sig.

- 18 Om harmoniseringsbyrån har för avsikt att avslå en registreringsansökan på grund av ett absolut registreringshinder är den enligt artikel 73 första meningen i förordning nr 40/94 skyldig att motivera beslutet. Denna motivering har det dubbla syftet att dels ge de berörda tillfälle att få kännedom om skälen till den vidtagna åtgärden och därigenom kunna försvara sina rättigheter, dels ge gemenskapsdomstolen möjlighet att pröva beslutets lagenlighet (se förstainstansrättens dom av den 28 april 2004 i de förenade målen T-124/02 och T-156/02, Sunrider mot harmoniseringsbyrån — Vitakraft-Werke Wührmann och Friesland Brands (VITATASTE och METABALANCE 44), REG 2004, s. II-1149, punkterna 72 och 73 samt där anförd rättspraxis).
- 19 Förstainstansrätten konstaterar för det tredje att överklagandenämnden, när den kommer fram till att det sökta varumärket saknar inneboende särskiljningsförmåga, kan grunda sin bedömning på den praktiska erfarenhet som i allmänhet vinnns vid saluföring av konsumtionsvaror, nämligen på omständigheter som alla och i synnerhet de som konsumerar dessa varor förutsätts känna till (se, för ett motsvarande synsätt, förstainstansrättens dom av den 22 juni 2004 i mål T-185/02, Ruiz-Picasso m.fl. mot harmoniseringsbyrån — DaimlerChrysler (PICARO), REG 2004, s. II-1739, punkt 29). Harmoniseringsbyrån är i sådana fall inte skyldig att ange exempel på sådan praktisk erfarenhet.
- 20 Harmoniseringsbyrån stödde sig på på så sätt vunnen erfarenhet när den i punkt 52 i det ifrågasatta beslutet konstaterade att berörda konsumenter skulle komma att uppfatta det sökta varumärket som en vanlig flaska avsedd att innehålla drycker, kryddor och flytande livsmedel och inte som ett varumärke för en viss tillverkare.
- 21 Eftersom sökanden, trots överklagandenämndens bedömning grundad på den ovannämnda erfarenheten, har hävdatt att det sökta varumärket har särskiljningsförmåga, ankommer det på denne att förebringa konkreta och välgrundade upplysningar som styrker att det sökta varumärket har inneboende särskiljningsförmåga eller att särskiljningsförmåga uppnåtts till följd av användning. Med hänsyn till sina fördjupade kunskaper om marknaden är sökanden nämligen bättre lämpad att göra detta (se, för ett motsvarande synsätt, förstainstansrättens dom av den 5 mars 2003 i mål T-194/01 Unilever mot harmoniseringsbyrån (Äggformad tablett), REG 2003, s. II-383, punkt 48).

- 22 Härav följer att det saknas fog för sökandens påstående att överklagandenämnden överträtt artikel 74.1 i förordning nr 40/94 genom att inte förebringa sådana upplysningar. Talan kan därför inte bifallas på den första grunden.

Den andra grunden: Åsidosättande av artikel 6 quinquies A.1 i Pariskonventionen

Parternas argument

- 23 Sökanden har hävdats att harmoniseringsbyrån, eftersom den beslutat att det sökta varumärket saknade särskiljningsförmåga inom gemenskapen, i realiteten bedömt att det äldre tyska varumärke som omfattar samma kännetecken som det sökta varumärket och som registrerats av Deutsches Patent- und Markenamt (tyska patentverket) var ogiltigt och därmed saknade skydd i Tyskland. Sökanden anser att harmoniseringsbyråns agerande innebär att artikel 6 quinquies A.1 i Pariskonventionen åsidosatts. I enlighet med denna bestämmelse är harmoniseringsbyrån förbjuden att uttala att varumärket inte kan åtnjuta skydd i en stat som undertecknat Pariskonventionen och där varumärket registrerats.
- 24 Harmoniseringsbyrån har hävdats att det föreskrivs i artikel 6 quinquies A.1 i Pariskonventionen att ett varumärke som registrerats i hemlandet, med de undantag som anges i denna artikel, skall erhålla skydd i andra länder i sin ursprungliga form (telle quelle), det vill säga såsom det har registrerats. I artikel 6 quinquies B ii i Pariskonventionen föreskrivs emellertid uttryckligen att registrering skall vägras när särskiljningsförmåga saknas. I denna artikel anges även att den omständigheten att ett varumärke vägrats registrering som gemenskapsvarumärke inte medför att den nationella registreringen för detta kännetecken skall upphävas.

Förstainstansrättens bedömning

25 Förstainstansrätten anmärker för det första att även om harmoniseringsbyrån skall iaktta artikel 6 quinquies i Pariskonventionen har sökanden en felaktig utgångspunkt när han påstår att harmoniseringsbyrån ogiltigförklarat en registrering i en stat som undertecknat Pariskonventionen. I enlighet med femte skälet i förordning nr 40/94 kan gemenskapsbestämmelser om varumärken inte ersätta medlemsstaternas varumärkeslagar. Det ifrågasatta beslutet, genom vilket ansökan om registrering av det sökta varumärket som gemenskapsvarumärke avslagits, påverkar vare sig giltigheten av den äldre nationella registreringen eller skyddet i Tyskland. Härav följer att harmoniseringsbyrån, tvärtemot vad sökanden gjort gällande, inte undandragit den äldre nationella varumärkesregistreringen från skydd i Tyskland genom att anta det ifrågasatta beslutet och att den därmed inte åsidosatt artikel 6 quinquies i Pariskonventionen.

26 I likhet med harmoniseringsbyrån konstaterar förstainstansrätten för det andra, med anledning av att sökanden i förevarande grund, med stöd av artikel 6 quinquies A.1 i Pariskonventionen, klandrat harmoniseringsbyrån för att inte ha bifallit registreringen av det sökta varumärket att artikel 6 quinquies B ii i Pariskonventionen innebär att det är möjligt att avslå en registreringsansökan när det sökta varumärket saknar särskiljningsförmåga. Härav följer att harmoniseringsbyrån inte har åsidosatt artikel 6 quinquies A.1 i Pariskonventionen genom att avslå registreringsansökan med stöd av det absoluta registreringshinder som föreskrivs i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, enligt vilken varumärken som saknar särskiljningsförmåga inte får registreras. Eftersom frågan huruvida överklagandenämndens slutsats att särskiljningsförmåga saknas är föremål för den fjärde grunden skall denna fråga inte behandlas i samband med förevarande grund.

27 Härav följer att talan inte kan bifallas på den andra grunden.

Tredje grunden: Åsidosättande av artikel 73 i förordning nr 40/94, artikel 6 quinquies i Pariskonventionen och artikel 2 i TRIPs-avtalet

Parternas argument

28 Sökanden anser att harmoniseringsbyrån inte tillräckligt har undersökt den äldre registrering som Deutsches Patent- und Markenamt beviljat och som avser ett kännetecken som är identiskt med det som omfattas av det sökta varumärket. Enligt sökanden har gemenskapsvarumärket samband med äldre nationella registreringar med hänsyn till möjligheten att yrka företräde på grund av de sistnämnda. Sökanden har härav dragit slutsatsen att harmoniseringsbyrån skall beakta äldre nationella registreringar. Sökanden anser i andra hand att det följer av att den rättsliga grund som utgörs av rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT L 40, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178) överensstämmer med den rättsliga grunden i förordning nr 40/94 att harmoniseringsbyrån och berörda nationella myndigheter skall tillämpa samma kriterier, vilka föreskrivs i de båda ovannämnda texterna, och att harmoniseringsbyrån därför måste redogöra för varför den tillämpat dessa kriterier på ett annat sätt än den nationella myndigheten, eftersom denna skyldighet följer av förordning nr 40/94, Pariskonventionen och TRIPs-avtalet.

29 Harmoniseringsbyrån har hävdatt att hänvisningarna till Pariskonventionen och TRIPs-avtalet skall lämnas utan avseende, eftersom dessa texter inte berör motiveringsskyldigheten. Harmoniseringsbyrån har därefter anmärkt att den behöriga myndighetens överväganden skall framgå klart och entydigt av besluts-motiveringen. Enligt harmoniseringsbyrån har dessa krav iakttagits i det ifrågasatta beslutet, eftersom överklagandenämnden angav att den äldre nationella registrering inte var tvingande i samband med systemet för gemenskapsvarumärken.

Förstainstansrättens bedömning

- 30 Sökandens hänvisning till Pariskonventionen och TRIPs-avtalet kan inte godtas. Till skillnad från förordning nr 40/94 innehåller dessa två fördrag nämligen inte någon föreskrift om skyldighet att motivera beslut och de saknar därför relevans med avseende på förevarande grund.
- 31 Förstainstansrätten godtar inte heller sökandens argument att innehavaren av ett nationellt varumärke kan yrka företräde på grund av detta i förhållande till en ansökan om gemenskapsvarumärke eller ett gemenskapsvarumärke avseende samma kännetecken och identiska varor eller tjänster. Såsom sökanden har anfört skall visserligen en innehavare av ett gemenskapsvarumärke, som yrkat företräde på grund av ett äldre identiskt nationellt varumärke och som avstår från detta eller låter det upphöra, med stöd av artiklarna 34 och 35 i förordning nr 40/94, fortfarande anses ha samma rättigheter som han skulle ha haft om det äldre varumärket hade förblivit registrerat. Syftet med eller verkan av dessa bestämmelser kan emellertid inte vara att säkerställa att innehavaren av ett äldre nationellt varumärke skall kunna registrera detta som gemenskapsvarumärke oberoende av absoluta eller relativa registreringshinder.
- 32 Beträffande påståendet att den äldre tyska registreringen undersökts bristfälligt anmärker förstainstansrätten att gemenskapsordningen för varumärken är ett självständigt system som består av en samling regler och syftar till att uppnå mål som är specifika för det, eftersom tillämpningen av denna ordning är oberoende av nationella system. Frågan huruvida ett kännetecken kan registreras som gemenskapsvarumärke skall således endast bedömas på grundval av den relevanta gemenskapslagstiftningen. Harmoniseringsbyrån och, i förekommande fall, gemenskapsdomstolarna är därför inte bundna av ett beslut som fattats i en medlemsstat, enligt vilket detta kännetecken kan registreras som nationellt varumärke. Detsamma gäller även om ett sådant beslut fattats med stöd av nationell lagstiftning som

harmoniserats med direktiv 89/104 (förstainstansrättens dom av den 27 februari 2002 i mål T-106/00, Streamserve mot harmoniseringsbyrån (Streamserve), REG 2002, s. II-723, punkt 47).

33 Vad som registrerats i medlemsstaterna utgör emellertid en omständighet som utan att vara avgörande kan beaktas vid registrering av gemenskapsvarumärke (förstainstansrättens dom av den 16 februari 2000 i mål T-122/99, Procter & Gamble mot harmoniseringsbyrån (Formen på en tvål), REG 2000, s. II-265, punkt 61, av den 31 januari 2001 i mål T-24/00, Sunrider mot harmoniseringsbyrån (VITALITE), REG 2001, s. II-449, punkt 33, och av den 19 september 2001 i mål T-337/99, Henkel mot harmoniseringsbyrån (rund röd och vit tablett), REG 2001, s. II-2597, punkt 58). De ovannämnda registreringarna kan därmed utgöra underlag för bedömningen av en ansökan om gemenskapsvarumärke (förstainstansrättens dom av den 26 november 2003 i mål T-222/02, HERON Robotunits mot harmoniseringsbyrån (RoboTunits), REG 2003, s. II-4995, punkt 52).

34 Förstainstansrätten noterar emellertid att överklagandenämnden konstaterade följande i punkt 55 i det ifrågasatta beslutet:

”... registreringen av det tyska varumärket i det tyska varumärkesregistret ... har inte tvingande verkan för gemenskapsordningen för varumärken som är en självständig rättslig institution som är oberoende av nationella varumärkesordningar. En registrering i en medlemsstat utgör i övrigt endast en omständighet som kan beaktas i samband med registrering av ett gemenskapsvarumärke, men är inte avgörande. I de registreringshandlingar som den som ansökt om varumärke ingett anges dessutom inte skälen för att det ifrågavarande kännetecknet godtagits ...”

35 Överklagandenämnden beaktade därför vederbörligen den nationella registreringen, men kunde inte undersöka de exakta skälen till att Deutsches Patent- und

Markenamts bifallit registrering av det nationella varumärket. Eftersom överklagandenämnden inte hade kännedom om dessa skäl kunde de inte utgöra underlag för dess bedömning.

36 Förstainstansrätten anmärker slutligen avseende motiveringsskyldigheten, vars omfattning rätten har erinrat om ovan i punkt 18, att punkt 55 i det ifrågasatta beslutet, som citerats ovan i punkt 34, innehåller en klar och entydig redogörelse för överklagandenämndens skäl till att inte följa det beslut som fattats av Deutsches Patent- und Markenamt. Förstainstansrätten tillägger att sökanden på grundval av den motiveringen har haft tillfälle att få kännedom om skälen till det ifrågasatta beslutet och därigenom kunnat försvara sina rättigheter, vilket framgår av sökandens anmärkningar i samband med den andra och den tredje grunden för förevarande talan, samt att förstainstansrätten vidare haft möjlighet att pröva det ifrågasatta beslutets lagenlighet.

37 Av vad som anförts följer att talan inte kan bifallas på den tredje grunden.

Den fjärde grunden: Överträdelse av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94

Parternas argument

38 Sökanden anser att varumärket i förevarande mål har den lägsta graden av särskiljningsförmåga som krävs enligt rättspraxis. Sökanden har härvid anmärkt att helhetsintrycket av varumärket kännetecknas av en smal flaskhals, en platt och bred flaskkropp, varav den största delen är konvex sedd framifrån och bakifrån, en nederdel som avslutas med en valk och symmetriska fördjupningar på flaskkroppens sidor.

- 39 Sökanden har vidare bestritt harmoniseringsbyråns anmärkning att det sökta varumärket endast utgörs av en mycket liten och lätt variation på typiska former och att varumärket inte har något ytterligare särdrag som kan anses iögonenfallande, särskilt eller originellt. Sökanden har erinrat om att vare sig särart eller originalitet är kriterier för ett varumärkes särskiljningsförmåga. Tvärtom är ett minimum av särskiljningsförmåga tillräckligt för att ett varumärke skall kunna registreras. Sökanden har tillagt att strängare kriterier inte skall tillämpas på tredimensionella varumärken.
- 40 Sökanden har även bestritt påståendet att konsumenten träffar sitt val med ledning av den etikett eller logotyp som anbringats på varan och inte utifrån flaskans form. Sökanden anser att konsumenten vid köpet träffar sitt val med utgångspunkt i flaskans form och att han först efter att ha känt igen den önskade varan kontrollerar sitt val med hjälp av etiketten. Sökanden har härvid tillagt att genomsnittskonsumenten är fullt kapabel att uppfatta formen hos förpackningen för de berörda varorna som en uppgift om deras kommersiella ursprung.
- 41 Sökanden har för det andra gjort gällande att inget av det sökta varumärkets särdrag har någon teknisk funktion.
- 42 Harmoniseringsbyrån har hävdad att konsumenterna i allmänhet inte sätter varans form eller förpackning i samband med dess ursprung men att de vanligen tittar på de etiketter som anbringats på förpackningen för att få kännedom om det kommersiella ursprunget.

- 43 Harmoniseringsbyrån har tillagt att de särdrag hos det sökta varumärket som sökanden åberopat antingen endast utgör sedvanliga karakteristika hos utformningen eller kan uppfattas av konsumenten först efter en analytisk bedömning som denne inte gör. Harmoniseringsbyrån har härav dragit slutsatsen att det sökta varumärket kommer att uppfattas som en variant av den sedvanliga formen för förpackningar för motsvarande varor och inte som en uppgift om varans kommersiella ursprung.
- 44 Harmoniseringsbyrån har slutligen anmärkt att frågan huruvida utformningens karakteristika betraktade var för sig fyller en teknisk eller ergonomisk funktion saknar betydelse för bedömningen av särskiljningsförmågan.

Förstainstansrättens bedömning

- 45 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att ett varumärkes särskiljningsförmåga skall bedömas dels i förhållande till för vilka varor eller tjänster det sökts registrerat, dels i förhållande till omsättningskretsens uppfattning av det (förstainstansrättens dom av den 3 december 2003 i mål T-305/02, Nestlé Waters France mot harmoniseringsbyrån (En flaskas form), REG 2003, s. II-5207, punkt 29, och av den 29 april 2004 i mål T-399/02, Eurocermex mot harmoniseringsbyrån (En ölflaskas form), REG 2004, s. II-1391, punkt 19). Bedömningskriterierna för särskiljningsförmågan hos tredimensionella varumärken som utgörs av varans form skiljer sig inte från bedömningskriterierna för andra slags varumärken (domarna i de ovannämnda målen En flaskas form, punkt 35, och En ölflaskas form, punkt 22). Vid bedömningen av ett varumärkes särskiljningsförmåga är det dessutom helhetsintrycket av detta som skall bedömas (se domen i det ovannämnda målet En flaskas form, punkt 39 och där anförd rättspraxis).

- 46 I förevarande mål är de varor som omfattas av det sökta varumärket livsmedel för daglig konsumtion. Omsättningskretsen utgörs därför av samtliga konsumenter. Särskiljningsförmågan hos det sökta varumärket skall därför bedömas med beaktande av förväntningarna hos en genomsnittskonsument som är normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst (domarna i de ovannämnda målen En flaskas form, punkt 33, och En ölflaskas form, punkterna 19 och 20).
- 47 Förstainstansrätten anmärker, först och främst vad avser sökandens uppfattning att konsumenten, beträffande sådana varor som är i fråga i förevarande mål, träffar sitt val mer med ledning av förpackningens form än med hjälp av etiketten, att genomsnittskonsumenterna inte är vana vid att göra antaganden om varors ursprung med ledning av deras eller deras förpacknings form när grafiska och skriftliga beståndsdelar saknas (se domstolens dom av den 7 oktober 2004 i mål C-136/02 P, Mag Instrument mot harmoniseringsbyrån, REG 2004, s. I-9165, punkt 30 och där anförd rättspraxis). På samma sätt anser konsumenterna att de flaskor som innehåller sådana varor först och främst endast är förpackningar (förstainstansrättens dom av den 28 januari 2004 i de förenade målen T-146/02–T-153/02, Deutsche SiSi-Werke mot harmoniseringsbyrån (Upprättstående påse), REG 2004, s. II-447, punkt 38). Sökandens uppfattning kan inte godtas, eftersom han inte förebringat bevisning mot att denna rättspraxis skall tillämpas i förevarande mål.
- 48 Förstainstansrätten tillägger att harmoniseringsbyråns bestridda slutsats inte är oförenlig med den av sökanden åberopade omständigheten att genomsnittskonsumenten är fullt kapabel att uppfatta formen hos dagligvarors förpackningar som en uppgift om deras kommersiella ursprung (domen i det ovannämnda målet En ölflaskas form, punkt 34). Även om så är fallet betyder en sådan allmän slutsats inte att alla slags förpackningar för en sådan vara har erforderlig särskiljningsförmåga för att kunna registreras som gemenskapsvarumärke. Huruvida ett kännetecken har särskiljningsförmåga skall nämligen bedömas i varje enskilt fall mot bakgrund av de kriterier som angetts ovan i punkterna 45 och 46.

- 49 Beträffande de fyra karakteristika som enligt sökanden bidrar till flaskans särskiljningsförmåga anmärker förstainstansrätten för det andra inledningsvis att den omständigheten att en form är en variant av en vanlig form för ett visst slags vara inte är tillräcklig för att fastställa att ett varumärke som består av denna form inte saknar särskiljningsförmåga. Det skall alltid kontrolleras om en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument, utan att göra en undersökning och utan att vara särskilt uppmärksam, kan särskilja den berörda varan från andra företags med ledning av ett sådant varumärke (domen i det ovannämnda målet *Mag Instrument* mot harmoniseringsbyrån, punkt 32). Ju mer den form som sökts registrerad som varumärke närmar sig den mest sannolika formen för den ifrågavarande varan, desto troligare är det att denna form saknar särskiljningsförmåga (domen i det ovannämnda målet *Mag Instrument* mot harmoniseringsbyrån, punkt 31).
- 50 Det skall med avseende på den utdragna halsen och den tillplattade kroppen konstateras att det sökta varumärkets parametrar inte avviker från den vanliga formen för en flaska som innehåller sådana varor som omfattas av det sökta varumärket. Varken halsens längd eller diameter eller proportionerna mellan flaskans bredd och tjocklek är på något sätt utmärkande.
- 51 Detsamma gäller valken. Det är nämligen fråga om ett vanligt drag i utformningen av flaskor som saluförs i den berörda branschen.
- 52 Det enda särdrag som innebär att det sökta varumärket avviker från den vanliga formen utgörs av fördjupningarna på sidorna. Till skillnad från harmoniserings-

byråns exempel har det sökta varumärket nämligen skarpa bågar som nästan ger intryck av halvcirklar.

53 Även om detta särdrag kan anses ovanligt är det emellertid inte ensamt tillräckligt för att påverka helhetsintrycket av det sökta varumärket i sådan grad att detta påtagligt skulle avvika från normen eller från vad som är sedvanligt i branschen, och därigenom kunna uppfylla sitt huvudsakliga syfte att fungera som ursprungsangivelse (domen i det ovannämnda målet *Mag Instrument* mot harmoniseringsbyrån, punkt 31).

54 Sedda tillsammans ger de fyra ovannämnda särdragen således inte ett helhetsintryck som kan kullkasta detta uttalande. Härav följer att det sökta varumärket saknar särskiljningsförmåga vid en helhetsbedömning.

55 Denna slutsats står inte i strid med den av sökanden åberopade omständigheten att varken särart eller originalitet är kriterier för ett varumärkes särskiljningsförmåga. Även om särskilda eller originella drag inte utgör nödvändiga villkor för att ett varumärke skall kunna registreras, kan den omständigheten att sådana återfinns i varumärket inte desto mindre innebära att ett varumärke uppnår den erforderliga graden av särskiljningsförmåga när det annars skulle sakna sådan. Detta är varför överklagandenämnden, efter att ha bedömt helhetsintrycket av flaskan och i punkt 45 i det ifrågasatta beslutet ha konstaterat att "[k]unden får av flaskan i sig, såsom den konkret ser ut, ingen upplysning om det kommersiella ursprunget", undersökte om det sökta varumärket hade särskilda drag som gav det ett minimum av erforderlig särskiljningsförmåga. Efter att i punkt 49 i det ifrågasatta beslutet ha

konstaterat att detta inte var fallet fastslog den emellertid att det sökta varumärket saknade särskiljningsförmåga.

56 Förstainstansrätten anmärker för det tredje att den av sökanden åberopade omständigheten att det sökta varumärkets karakteristika inte fyller någon teknisk eller ergonomisk funktion, även om den styrkts, inte har kunnat inverka på det faktum att det sökta varumärket saknar särskiljningsförmåga. Om omsättningskretsen uppfattar ett kännetecken som en uppgift om varans eller tjänstens kommersiella ursprung har nämligen frågan huruvida kännetecknet samtidigt fyller någon annan funktion än att ange det kommersiella ursprunget, till exempel en teknisk funktion, ingen inverkan på dess särskiljningsförmåga (se, för ett motsvarande synsätt, förstainstansrättens dom av den 9 oktober 2002 i mål T-173/00, KWS Saat mot harmoniseringsbyrå (Nyans av färgen orange), REG 2002, s. II-3843, punkt 30).

57 Härav följer att talan inte kan bifallas på den fjärde grunden och således att talan skall ogillas.

Rättegångskostnader

58 Enligt artikel 87.2 i förstainstansrättens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Harmoniseringsbyrå har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet skall harmoniseringsbyråns yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar,

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

följande:

- 1) **Talan ogillas.**
- 2) **Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Pirrung

Meij

Pelicanová

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 15 mars 2006.

E. Coulon

Justitiesekreterare

J. Pirrung

Ordförande