

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (tredje avdelningen)
den 27 oktober 2005 *

I mål T-305/04,

Eden SARL, Paris (Frankrike), företrätt av advokaten M. Antoine-Lalance,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån), företräd av A. Folliard-Monguiral, i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan mot det beslut som fattats av harmoniseringsbyråns första överklagandenämnd den 24 maj 2004 (ärende R 591/2003-1) avseende registrering av dofttecknet doft av mogen jordgubbe såsom gemenskapsvarumärke,

* Rättegångsspråk: franska.

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN(tredje avdelningen)

sammansatt av ordföranden M. Jaeger samt domarna V. Tiili och O. Czúcz,

justitiesekreterare: biträdande justitiesekreteraren B. Pastor,

med beaktande av ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 26 juli 2004,

med beaktande av svarsinlagan som inkom till förstainstansrättens kansli den 25 oktober 2004,

efter förhandlingen den 21 april 2005,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

- ¹ Laboratoires France Parfum SA (nedan kallat LFP) ingav den 26 mars 1999, 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, en ansökan om registrering av gemenskapsvarumärke till Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån).

- 2 Det varumärke som registreringsansökan avsåg är ett dofttecken som inte kan uppfattas visuellt. Det beskrivs med orden "doft av mogen jordgubbe" och kombineras med en bild med följande färger:



- 3 De varor som registreringsansökan avsåg ingår i klasserna 3, 16, 18 och 25 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar följande beskrivning:

— Klass 3: "Blekningspreparat och andra ämnen för användning vid tvätt; rengörings-, poler-, skur- och slipmedel; tvål, deodoranttvål, parfymervaror, eau de toilette, luktvatten, eteriska oljor, oljor för toalettändamål, mandelolja och -mjölk för kosmetiska ändamål, rengöringsmjölk, färgämnen för toalettändamål, antiperspiranter (toalettprep.), kosmetika, läppstift, bomull för kosmetiska ändamål, puder, kosmetiska preparat för hudvård, kosmetiska badpreparat, bomullspinnar (toalettartiklar), kosmetiska krämer, kosmetiska pennor, avsminkningspreparat, smink, pappersmallar för ögonmake-up, kosmetisk nagellack, kosmetiska pomador, kosmetiska solkrämer, schamponeringsmedel, hårvårdspreparat, kosmetiska färgämnen, rakmedel, rakvatten, tandpulver, -kräm och -pastor, munvatten, ej medicinskt, talkpulver för toalettändamål,

hårborttagningspreparat, hårvårdspreparat, inpackningar för håret, oljeinpackningar för håret, parfymervaror, stenar som gör huden mjuk, polerstenar, pimpstenar.”

- Klass 16: ”Pappersvaror (skriv- och kontorsmaterial), pennor, blyertspennor, pennhållare, radergummin, pappersark, skrivhäften, läskpapper, pappersblock; trycksaker, böcker, tidskrifter, tidningar, periodiska publikationer, instruktions- och undervisningsmaterial (ej apparater), spelkort.”

- Klass 18: ”Handskar och väskor av läder och läderimitation (ej etuier som är utformade för de produkter de är avsedda att innehålla, ej handskar och livremmar) plånböcker, nyckelfodral, portmonnäer, handväskor, resväskor, skolväskor, sadelmakerivaror, koffertar och resväskor, väskor avpassade för tvåhjuliga fordon, skinnfiltar; paraplyer, promenadkäppar; kläder, speciellt byxor, skjortor och kortärmade skjortor, kjolar och klänningar, underkläder, lumberjackor och överrockar; fotbeklädnader, huvudbonader och alla sportkläder, läderkläder.”

- Klass 25: ”Kläder, underkläder, trosor, kalsonger, trosor, t-tröjor, blåställ och underklänningar, damunderkläder, kostymer, slipsar, skjortor, kortärmade skjortor, halsband, kjolar, underkjolar, bysthållare, rockar, byxor, badrockar, kavajer, baddräkter, stranddräkter, klänningar, morgonrockar, sockor, hållor på byxor; fotbeklädnader, stövlar, sandaler, fotbeklädnader för sportändamål; huvudbonader, skärmmössor, mössor.”

- 4 Genom beslut av den 7 augusti 2003 avtog granskaren ansökan med stöd av artikel 38 i förordning nr 40/94 med motiveringen dels att det sökta dofttecknet inte kunde återges grafiskt och att det därmed förelåg hinder enligt 7.1 a i nämnda förordning, dels att kännetecknet saknade särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordningen i förhållande till vissa av de angivna varorna.
- 5 Den 6 oktober 2003 överklagade LFP granskarens beslut vid harmoniseringsbyrån, med stöd av artiklarna 57–62 i förordning nr 40/94.
- 6 Genom beslut av den 24 maj 2004 (nedan kallat det omtvistade beslutet) ogillade harmoniseringsbyråns första överklagandenämnd överklagandet, med motiveringen att det sökta kännetecknet inte kan återges grafiskt i den mening som avses i artikel 4 i förordning nr 40/94 och att det därmed förelåg registreringshinder enligt artikel 7.1 a i förordning nr 40/94.
- 7 Genom en handling av den 21 december 2000 överläts LFP till sökanden. Den 9 juli 2004 underrättades harmoniseringsbyrån om överlåtelsen och den 20 juli 2004 meddelade harmoniseringsbyrån kansliet att ansökan om registrering av ett gemenskapsvarumärke överförts på sökanden.

Parternas yrkanden

- 8 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det omtvistade beslutet,

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

9 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan,

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Prövning i sak

10 Sökanden har åberopat en grund till stöd för sin talan som avser åsidosättande av artikel 7.1 a i förordning nr 40/94.

Parternas argument

11 Sökanden har erinrat om att domstolen i dom av den 12 december 2002 i mål C-273/00, Sieckmann (REG 2002, s. I-11737), fastslog att ett kännetecken som i sig inte kan uppfattas visuellt, såsom ljud eller dofter, kan utgöra ett varumärke under förutsättning att det kan återges grafiskt. Sökanden har framhållit att domstolen i denna dom ansåg att en doft kan återges grafiskt med hjälp av figurer, linjer eller bokstäver, varvid återgivningen skall vara ”klar, precis, fullständig i sig själv, lättillgänglig, tydlig, beständig och objektiv” (punkt 55 i domen). Sökanden har erinrat om att domstolen vad gäller doftecken har fastslagit att ”kraven på grafisk

återgivning inte [kan] anses uppfylla genom en kemisk formel, en skriftlig beskrivning med ord, en deponering av ett doftprov eller genom en kombination av dessa faktorer” (punkt 73 i domen).

- 12 Sökanden har kritiserat överklagandenämnden för att i förevarande fall ha tillämpat denna rättspraxis utan att ha beaktat den berörda registreringsansökans särdrag.
- 13 Sökanden har för det första gjort gällande att till skillnad från den ansökan som var i fråga i det ovannämnda målet Sieckmann innehåller förevarande registreringsansökan varken något mönster eller någon kemisk formel. Sökanden anser att överklagandenämnden borde ha undersökt om den grafiska återgivningen i ansökan, vilken bestod av en beskrivning med ord och en färgbild föreställande en mogen jordgubbe, uppfyllde villkoret i artikel 4 i förordning nr 40/94.
- 14 Sökanden anser för det andra att överklagandenämnden har gjort en felaktig bedömning av de grafiska delarna av registreringsansökan.
- 15 Vad gäller återgivningen med ord har sökanden, som svar på argumentet att den beskrivning som gjorts av varumärket i registreringsansökan kan tolkas subjektivt, gjort gällande att denna anmärkning saknar relevans, eftersom alla kännetecken kan uppfattas olika av olika personer. Sökanden anser att ett kännetecken enbart behöver vara lämpat att särskilja de varor som omfattas av detta och att det är tillräckligt att människor uppfattar ett varumärke som ett varumärke för att det skall

uppfylla sin funktion. För alla kännetecken gäller att konsumenten gör en intellektuell association mellan den form som han uppfattar och kännetecknet i fråga, i förhållande till sin bildning och till sin tidigare sensoriska erfarenhet.

- 16 Sökanden har med hänvisning till domen i det ovannämnda i målet Sieckmann gjort gällande att det är tillräckligt att den grafiska återgivningen är "otvetydig" och att det inte är nödvändigt att undersöka om konsumenten uppfattar denna återgivning mer eller mindre subjektivt. Sökanden anser i detta hänseende att det för andra slags kännetecken inte finns något kriterium avseende objektivitet och att detta således inte heller kan krävas för doftecken.
- 17 Sökanden anser att överklagandenämndens bedömning, att det råder en diskrepans mellan beskrivningen och doften på grund av att det finns ett stort antal olika sorters jordgubbar som kan särskiljas genom doften, är felaktig. Sökanden har gjort gällande att den åberopade bevisningen visar att doften av jordgubbar är densamma oberoende av sort och att det endast är smaken som skiljer sig åt mellan olika sorter. Sökanden drar härav slutsatsen att doften av mogen jordgubbe är oföränderlig och beständig.
- 18 Sökanden har tillagt att den doft som ansökan avser även får anses vara precis på grund av att det inte rör sig om vilken jordgubbsdoft som helst utan om doft av mogen jordgubbe. Dessutom är den här doften välkänd för konsumenten som känner igen den alltsedan sin barndom.
- 19 Vad gäller den figurativa återgivningen har sökanden gjort gällande att överklagandenämnden i det omtvistade beslutet inte har förklarat varför kombinationen av en beskrivning med ord och en bild inte är tillräckligt precis och klar. Sökanden har hävdad att varken allmänheten eller de behöriga myndigheterna skall uppfatta bilden av en mogen jordgubbe för sig, utan bilden är kopplad till andra uppgifter i

registreringsansökan, det vill säga beskrivningen ”doft av mogen jordgubbe” och ”doftmärke”. Det varumärke som ansökan avser utgör således en helhet, och det är så det skall uppfattas av myndigheter och allmänhet.

20 Vad slutligen gäller kombinationen av två grafiska delar, nämligen beskrivningen och bilden, har sökanden ifrågasatt överklagandenämndens påstående att ”för det fall en beskrivning med ord av doften av mogen jordgubbe eller enbart återgivningen av en bild på en jordgubbe i sig inte kan uppfylla kraven på en grafisk återgivning, kan inte heller kombinationen av dessa återgivningssätt uppfylla dessa krav, i synnerhet vad gäller klarhet och precision”. Sökanden anser att överklagandenämnden endast har upprepat formuleringen i domen i det ovannämnda målet Sieckmann, trots att de återgivningssätt som används för att återge det ifrågavarande varumärket skiljer sig från dem som användes för varumärket i det målet. Sökanden har kritiserat överklagandenämnden för att i det omtvistade beslutet ha undersökt beskrivningen med ord och bilden var för sig i stället för att undersöka den helhet som återgivningen av varumärket utgör.

21 Sökanden anser således att den grafiska återgivningen av varumärket uppfyller de krav som ställs i rättspraxis. Sökanden har gjort gällande att beskrivningen med ord är klar, precis, lättillgänglig, tydlig, beständig och objektiv samt att bilden gör att kännetecknet blir fullständigt i sig självt. Eftersom kombinationen av dessa två återgivningssätt uppfyller kravet på grafisk återgivning i artikel 4 i förordning nr 40/94 bör registreringsansökan beviljas.

22 Harmoniseringsbyrån stöder den bedömning som överklagandenämnden gjort.

Förstainstansrättens bedömning

- 23 Enligt artikel 7.1 a i förordning nr 40/94 får kännetecknen som inte uppfyller kraven i artikel 4 i den förordningen inte registreras. I artikel 4 föreskrivs att "[e]tt gemenskapsvarumärke kan utgöras av alla kännetecknen som kan återges grafiskt, särskilt ord, inbegripet personnamn, figurer, bokstäver, siffror, formen på en vara eller dess utstyrsel, förutsatt att kännetecknet i fråga kan särskilja ett företags varor eller tjänster från andra företags".
- 24 Vad gäller särskilt registreringen av doftmärken, har domstolen beträffande artikel 2 i rådets direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT L 40, 1989, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178), vars lydelse är identisk med artikel 4 i förordning nr 40/94, fastslagit att "ett tecken som i sig inte kan uppfattas visuellt kan utgöra ett varumärke under förutsättning att det kan återges grafiskt, i synnerhet med hjälp av figurer, linjer eller bokstäver, varvid återgivningen skall vara klar, precis, fullständig i sig själv, lättillgänglig, tydlig, beständig och objektiv" (domen i det ovannämnda målet Sieckmann).
- 25 Inledningsvis konstaterar förstainstansrätten att även om doftminnet, såsom det har gjorts gällande vid förhandlingen, förmodligen är det mest tillförlitliga minnet hos människan och de ekonomiska aktörerna följaktligen har ett uppenbart intresse av att använda doftmärken för att identifiera sina produkter, måste den grafiska återgivningen av ett kännetecken emellertid göra det möjligt att med exakthet identifiera kännetecknet i syfte att säkerställa ett välfungerande system för registreringen av varumärken (domen i det ovannämnda målet Sieckmann, punkterna 46 och 47, dom av den 6 maj 2003 i mål C-104/01, Libertel, REG 2003, s. I-3793, punkt 28, av den 24 juni 2004 i mål C-49/02, Heidelberger Bauchemie, REG 2004, s. I-6129, punkterna 25 och 26). Följaktligen kan de krav som ställs för att en grafisk återgivning skall vara giltig inte förändras eller mjukas upp i syfte att underlätta registrering av kännetecknen som är av sådan art att det är svårt att återge dem grafiskt.

- 26 I förevarande fall har det doftmärke som ansökan avser sammanförts med en kombination av en figurativ del, den bild som återgivits ovan i punkt 2, och en beskrivning med ord, ”doft av mogen jordgubbe”. Överklagandenämnden ansåg inte att en sådan återgivning utgjorde en giltig grafisk återgivning i den mening som avses i artikel 4 i förordning nr 40/94, såsom den tolkats i rättspraxis, och avslog registreringsansökan med hänvisning till det registreringshinder som föreskrivs i artikel 7.1 a i förordning nr 40/94.
- 27 Vad gäller orddelen ansåg överklagandenämnden dels att den ifrågavarande beskrivningen innehåller subjektiva beståndsdelar som medför att den kan tolkas subjektivt, dels att det är svårt att göra en beskrivning av det ifrågavarande kännetecknet som är tillräckligt klar, precis och otvetydig, eftersom doften av jordgubbar är olika för olika jordgubbssorter och det således med nödvändighet finns en diskrepans mellan själva beskrivningen och den verkliga doften. Överklagandenämnden drog därav slutsatsen att beskrivningen inte grafiskt återger den doft som den påstås utgöra ett skriftligt uttryck för.
- 28 Förstainstansrätten konstaterar härvid att trots att dofttecken som kan beskrivas på en mängd olika sätt inte kan återges grafiskt genom en beskrivning, vilket följer av domen i det ovannämnda målet Sieckmann, är det inte uteslutet att ett dofttecken eventuellt kan beskrivas på ett sätt som uppfyller samtliga villkor i artikel 4 i förordning nr 40/94, såsom den tolkats i rättspraxis.
- 29 I förevarande fall har sökanden gjort gällande att doften av mogen jordgubbe inte varierar från en sort till en annan och att beskrivningen ”doft av mogen jordgubbe” således är otvetydig, precis och objektiv. Sökanden grundar denna slutsats på två studier som bilagts ansökan.

- 30 Vad gäller den studie som genomförts av Institut pour la protection des fragrances (institutet för skydd av dofter) konstaterar förstainstansrätten att den inte har åberopats vid överklagandenämnden och därför inte kan beaktas. Eftersom talan vid förstainstansrätten syftar till pröva lagenligheten av de beslut som fattas av harmoniseringsbyråns överklagandenämnder i enlighet med artikel 63 i förordning nr 40/94, ankommer det inte på förstainstansrätten att på nytt pröva de faktiska omständigheterna mot bakgrund av bevisning som åberopas för första gången i förstainstansrätten (förstainstansrättens dom av den 3 juli 2003 i mål T-129/01, Alejandro mot harmoniseringsbyrån — Anheuser-Busch (BUDMEN), REG 2003, s. II-2251, punkt 67, och av den 1 februari 2005 i mål T-57/03, SPAG mot harmoniseringsbyrån — Dann och Backer (HOOLIGAN), REG 2005, s. II-287, punkt 20).
- 31 Vad sedan gäller den studie som utförts av Coopération européenne dans le domaine de la recherche scientifique et technique (den europeiska samarbetsorganisationen inom vetenskaplig och teknisk forskning) (COST), konstaterar förstainstansrätten att denna studie inte bekräftar sökandens påstående att alla sorters jordgubbar har samma doft. Sammanställningarna 4, 5 och 6 i denna studie visar att provsmakarna i en smakpanel med hjälp av doften kunde urskilja jordgubbssorterna i fem av de nio skördar som undersöktes i studien (närmare bestämt skördarna av den 9 juli 1997, den 3 och den 10 juni 1998, den 15 juli 1998 och den 2 juni 1999) med en felsannolikhet som var lika med eller mindre än fem procent, vilket enligt de förklaringar som lämnats tillsammans med sammanställningarna innebär att de olika jordgubbssorterna skiljer sig åt avsevärt vad gäller doften. Denna tolkning bekräftas av det förhållandet att felsannolikheten för särskiljningskriteriet ”jordgubbsdoft” för vissa skördar är identisk med den som konstaterats för andra särskiljningskriterier såsom ”jordgubbssmak (arom)” eller ”söt smak”, vilka i studien anses vara mycket effektiva för att särskilja olika jordgubbssorter.
- 32 Det framgår visserligen av nämnda sammanställningar att det inte på ett betydande sätt gick att särskilja jordgubbssorterna i samtliga skördar på jordgubbsdoften. Förstainstansrätten påpekar att det för att pröva sökandens argument, nämligen att doften av mogen jordgubbe är en och samma och otvetydig för samtliga sorter, inte är nödvändigt att jordgubbssorterna systematiskt uppvisar stora doftskillnader. Konstaterandet att jordgubbssorterna kunde särskiljas med hjälp av doften i fem av de nio skördar som undersökts i studien räcker för att visa att jordgubbsdoften inte är en och densamma.

- 33 Förstainstansrätten konstaterar följaktligen att det framgår av den bevisning som åberopades vid överklagandenämnden att jordgubbsdoften varierar från en jordgubbssort till en annan. Beskrivningen ”doften av mogen jordgubbe”, som kan hänföra sig till olika jordgubbssorter och således till flera skilda dofter, är följaktligen varken entydig eller precis och medför inte att varje form av subjektiv bedömning i samband med identifieringen och uppfattningen av det sökta kännetecknet kan uteslutas.
- 34 Det är för övrigt utrett att det för närvarande inte existerar någon allmänt godtagen internationell klassificering av dofter, vilken i likhet med internationella färgkoder eller musikalisk notation gör det möjligt att objektivt och precist identifiera ett doftmärke genom att varje doft tilldelats en egen precis beteckning eller kod.
- 35 Av det ovanstående följer att sökanden inte har visat att överklagandenämnden har gjort en oriktig bedömning genom att anse att beskrivningen ”doft av mogna jordgubbar” inte var objektiv, klar och precis.
- 36 Vad sedan gäller figurdelen har överklagandenämnden fastslagit att ”en sådan återgivning [var] ännu vagare än en beskrivning med ord”, på grund av dels att ”det inte [var] möjligt för de behöriga myndigheterna och för allmänheten ... att avgöra om kännetecknet, som skyddet avser, utgörs av bilden av en mogen jordgubbe i sig eller dess doft”, dels att bilden av en jordgubbe ”på ett intellektuellt plan ersätts av dess språkliga motsvarighet som är ’röd jordgubbe’ [eller] ’mogen jordgubbe’, vilket leder till att doften på nytt definieras med ord trots att en sådan definition redan har ansetts vara alltför vag”.
- 37 Förstainstansrätten konstaterar för det första att det, såsom sökanden har påstått, inte finns någon anledning att anse att myndigheter eller allmänhet inte skulle kunna avgöra om det skyddade kännetecknet är ett figurtecken i form av en

jordgubbe eller ett dofttecken som påstås ha samma doft som en mogen jordgubbe. Eftersom det i registreringsansökan anges att det är fråga om ett doftmärke, kan det inte råda någon tvekan om vilket slags kännetecken som registrerats, på samma sätt som myndigheter och allmänhet kan avgöra om en musikalisk notation utgör ett figurtecken bestående av linjer och tecken eller en melodi där notationen utgör en transkription.

- 38 Förstainstansrätten konstaterar för det andra att det saknar betydelse att bilden av en jordgubbe på ett intellektuellt plan kan ersättas av uttrycket "röd jordgubbe". Alla figurativa återgivning av varumärken, oberoende av vilket slags märke det är fråga om, kan beskrivas med ord och kommer på ett intellektuellt plan att ersättas av en beskrivning varje gång som denna beskrivning är lättare att komma ihåg än den figurativa återgivningen i sig. En musikalisk notation av ett ljudtecken som består av en mycket känd melodi kommer således högst sannolikt på det intellektuella planet att ersättas av namnet på denna melodi.
- 39 I domen i det ovannämnda målet Sieckmann (punkt 69) fastslog domstolen att den grafiska återgivningen av ett doftmärke endast kan godtas om den återger den doft som registreringsansökan avser och inte den produkt som avger doften. Domstolen ansåg således att en kemisk formel av den substans som avger den ifrågavarande doften inte heller kunde anses utgöra en giltig grafisk återgivning.
- 40 Förstainstansrätten måste således konstatera att den bild av en jordgubbe som ingår i registreringsansökan, och som endast föreställer den frukt som avger en doft som påstås vara identisk med det ifrågavarande dofttecknet, och således inte den doft som ansökan avser, inte utgör en grafisk återgivning av dofttecknet.
- 41 Dessutom kan samma kritik riktas mot denna bild som mot beskrivningen "doft av mogen jordgubbe". Eftersom det har konstaterats att jordgubbar, eller åtminstone vissa jordgubbar, har en doft som skiljer sig åt beroende på sorten, är det inte möjligt att utifrån bilden av en jordgubbe, där jordgubbssorten inte har specificerats, klart och precist identifiera det dofttecken som ansökan avser.

- 42 Följaktligen skall även överklagandenämndens konstateranden vad gäller bilden av en röd jordgubbe fastställas.
- 43 Vad slutligen gäller kombinationen av en beskrivning med ord och en bild har överklagandenämnden ansett att eftersom de båda återgivningssätten var för sig inte utgör en giltig grafisk återgivning kan en kombination av dessa två delar inte heller anses utgöra en godtagbar återgivning.
- 44 Sökanden har kritiserat överklagandenämnden för att ha undersökt de båda återgivningssätten var för sig i stället för att undersöka dem som en enda återgivning. Sökanden har gjort gällande att bilden kompletterar beskrivningen genom att den återger det mognadsstadium vid vilket jordgubbar avger den ifrågavarande doften och att den således gör den grafiska återgivningen fullständig som sådan.
- 45 Förstainstansrätten påpekar för det första att det följer av rättspraxis att en kombination av olika sätt att återge ett tecken som inte var för sig uppfyller kraven på grafisk återgivning, inte kan uppfylla sådana krav och att det är nödvändigt att åtminstone ett av dessa återgivningssätt uppfyller samtliga villkor (domarna i de ovannämnda målen Sieckmann, punkt 72, och Libertel, punkt 36). Eftersom den ifrågavarande beskrivningen med ord och bilden av en mogen jordgubbe, som återgivits ovan i punkt två, inte ansågs uppfylla villkoren för grafisk återgivning, konstaterar förstainstansrätten att en kombination av dessa två återgivningssätt inte utgör en giltig grafisk återgivning.
- 46 I motsats till vad sökanden har gjort gällande tillför bilden för övrigt inte någon ytterligare information i förhållande till beskrivningen med ord. Den information

som bilden påstås tillföra, det vill säga det mognadsstadium vid vilket en jordgubbe avger den ifrågavarande doften, ingår redan i den lämnade beskrivningen, eftersom det i denna preciserats att det rör sig om doften av en ”mogen” jordgubbe. Eftersom återgivningens båda delar förmedlar samma information, kan en kombination av dessa inte bli mer än summan av de båda delarna och den kritik som riktats mot var och en av delarna för sig fortsätter att vara giltig för en kombination av dessa.

47 Av det föregående följer att överklagandenämnden gjorde en riktig bedömning när den fastslog att dofttecknet i fråga inte hade återgetts grafiskt i den mening som avses i artikel 4 i förordning nr 40/94, såsom den tolkats i rättspraxis.

48 Eftersom den åberopade grunden inte kan godtas skall talan ogillas.

Rättegångskostnader

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

På dessa skäl beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

följande dom:

1) Talan ogillas.

2) Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.

Jaeger

Tiili

Czúcz

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 27 oktober 2005.

E. Coulon

Justitiesekreterare

M. Jaeger

Ordförande