

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)
den 19 september 2001 *

I mål T-30/00,

Henkel KGaA, Düsseldorf (Tyskland), företrätt av advokaterna H.F. Wissel och C. Osterrieth, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller), företrädd av A. von Mühlendahl, D. Schennen och S. Laitinen, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

* Rättegångsspråk: tyska.

angående en talan som väckts mot det beslut som har fattats av tredje överklagandenämnden vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) den 25 november 1999 (ärende R 75/1999-3), som delgavs sökanden den 10 december 1999,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

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

justitiesekreterare: byrådirektören D. Christensen,

med beaktande av den ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 16 februari 2000,

med beaktande av den svarsinlaga som inkom till förstainstansrättens kansli den 4 maj 2000,

efter det muntliga förfarandet den 5 april 2001,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

- 1 Den 2 juni 1998 ingav sökanden 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 dess ändrade lydelse, en ansökan om gemenskapsvarumärke till Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (nedan kallad harmoniseringsbyrån).
- 2 I den del av ansökningsblanketten som var avsedd för att ange vilket slags varumärke som begärdes, hade sökanden kryssat för uttrycket "figurmärke". Det varumärke av vilket registrering begärdes var en återgivning i perspektiv av en rektangulär tablett med lätt rundade hörn med ett vitt skikt (undersidan) och ett rött skikt (ovansidan). Begäran avsåg även färgerna.
- 3 De varor och tjänster som registreringsansökan avsåg omfattades av klasserna 3 och 42 i Niceöverenskommelsen av den 15 juni 1957 om klassificering av varor och tjänster för varumärkesregistrering, med ändringar och tillägg, och motsvarade beskrivningarna "tvätt- och diskmedel i tablettform" och "forskning

inom området tvätt- och diskmedel". Sökanden begärde prioritet med stöd av att en begäran om registrering hade lämnats in i Tyskland.

4 I ett meddelande av den 14 juli 1998 framställde granskaren en invändning mot begäran om prioritet, eftersom den begäran om registrering som hade givits in i Tyskland avsåg ett tredimensionellt varumärke. I en skrivelse som inkom till harmoniseringsbyrån den 17 juli 1998 uppgav sökanden att dess begäran av den 2 juni 1998 i själva verket avsåg registrering av ett tredimensionellt varumärke.

5 I ett meddelande av den 1 december 1998 framställde granskaren invändningar mot ansökan om gemenskapsvarumärke grundade på artikel 7.1 b i förordning nr 40/94.

6 Genom en skrivelse av den 3 december 1998 inkom sökanden med ett yttrande. I en skrivelse till harmoniseringsbyrån av den 6 januari 1999 uppgav sökanden att en konkurrents ansökan avseende liknande tabletter för tvättmaskiner hade offentliggjorts i Bulletinen för gemenskapsvarumärken.

7 Genom beslut av den 26 januari 1999 avslog granskaren ansökan med stöd av artikel 38 i förordning nr 40/94 med motiveringen att det begärda tredimensionella varumärket saknade särskiljningsförmåga.

8 Den 5 februari 1999 överklagade sökanden granskarens beslut till harmoniseringsbyrån i enlighet med artikel 59 i förordning nr 40/94.

- 9 Sedan överklagandenämnden hade uppmanat sökanden att ta ställning till ändringen av registreringsansökan under förfarandets gång och till möjligheten att över huvud taget göra en sådan ändring, uppgav sökanden att den önskade att dess ansökan skulle behandlas som en ansökan om registrering av ett figurmärke eller ett färgmärke.
- 10 Genom beslut av den 25 november 1999 (nedan kallat det omtvistade beslutet) upphävde överklagandenämnden granskarens beslut i den del avslaget avsåg registrering för tjänster som omfattas av klass 42 i Niceöverenskommelsen, med motiveringen att det begärda varumärket enligt nämndens mening hade det minimum av särskiljningsförmåga som erfordras. I övriga delar ogillade nämnden överklagandet.
- 11 Överklagandenämnden ansåg att granskarens beslut var felaktigt, eftersom granskaren inte hade uttalat sig om det figurmärke som ansökan ursprungligen avsåg, utan om ett tredimensionellt varumärke, trots att det inte är tillåtet att ändra varumärkesslag efter det att ansökningsdagen har fastställts. Överklagandenämnden ansåg sig emellertid ändå vara behörig att pröva ansökan om figurmärket med stöd av artikel 62.1 andra meningen i förordning nr 40/94.
- 12 Överklagandenämnden fann i sak att registrering av det varumärke som ansökan avsåg för produkter för tvätt- och diskmaskiner skulle stå i strid med artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Nämnden bedömde att ett varumärke för att kunna registreras måste vara ägnat att särskilja de varor som det omfattar med avseende på varornas ursprung, och inte med avseende på deras art. Nämnden tillade att det inte i förväg kan uteslutas att ett figurmärke som består av en verklighetstrogen återgivning av en vara kan ha sådan särskiljningsförmåga. Detta förutsätter emellertid att varans form är tillräckligt originell för att lätt bli ihågkommen och att den skiljer sig markant från den i handeln vanligen förekommande formen. Mot bakgrund av risken för att innehavaren av varumärket får monopol på varans återgivning genom skyddet, skall kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan tillämpas strikt. Överklagandenämnden ansåg att varumärkesansökan i förevarande fall inte uppfyllde dessa höga krav. Den återgivning som sökanden hade gjort anspråk på föreställde enligt

överklagandenämnden en vara vars form varken var särskilt säregen eller ovanlig, utan en typisk grundform på marknaden i fråga. Inte heller uppdelningen i färgerna rött och vitt gjorde den bild som ansökan avsåg speciell på något sätt. Överklagandenämnden tillade att varken harmoniseringsbyråns icke enhetliga beslutspraxis eller de av sökanden åberopade tidigare registreringarna kunde ha någon tvingande inverkan på nämndens beslut.

Parternas yrkanden

13 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det omtvistade beslutet,

— förplikta svaranden att ersätta rättegångskostnaderna.

14 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan,

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättsfrågan

- 15 Rätten påpekar inledningsvis att det endast är punkt 3 i beslutsdelen i det omtvistade beslutet som går sökanden emot. Det är således endast denna punkt som kan vara föremål för talan om ogiltigförklaring i förevarande mål.
- 16 Sökanden har anfört två grunder. Den första är överträdelse av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Den andra är "maktmissbruk" samt åsidosättande av principen om likabehandling.

Överträdelse av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94

Parternas argument

- 17 Sökanden anser att överklagandenämnden har missbedömt det begärda varumärkets särskiljningsförmåga, eftersom ett minimum av särskiljbarhet räcker för att ett kännetecken skall vara skyddsvärt enligt förordning nr 40/94. Ett resonemang för att avgöra om ett figurmärke, som utgörs av en verklighetstrogen återgivning av en vara, har särskiljningsförmåga, måste enligt sökanden utgå från själva varan.
- 18 Sökanden har hävdat att det begärda varumärket är särskiljande på grund av färgernas sammansättning och har erinrat om att färger kan registreras som

varumärken enligt förordning nr 40/94. Sökanden har åberopat en författare som är av den uppfattningen att erkännandet av färger och färgkombinationer som varumärken inte skall motverkas genom en restriktiv tillämpning av registreringshindren.

- 19 Vidare anser sökanden att det begärda varumärket även är särskiljande på grund av formen på den vara som återges. Sökanden har kritiserat överklagandenämndens ståndpunkt att det krävs att formen är speciell och lätt att komma ihåg, det vill säga originell på så sätt att den skiljer sig från vad som är vanligt i handeln. Huruvida en varas form är unik eller originell är enligt sökanden endast avgörande vid utredning av villkoren för mönsterskydd. Beträffande särskiljningsförmågan hos ett figurmärke som utgörs av en återgivning av varan uppkommer endast frågan huruvida återgivningen, som kännetecknas av en bestämd sammansättning av form och färger, av allmänheten kan förstås som en upplysning om nämnda varas ursprung.

- 20 Sökanden har hävdat att återgivningen kan förstås så i förevarande fall, eftersom det begärda varumärkets särskiljningsförmåga skall bedömas med utgångspunkt i de kriterier som är tillämpliga för figurmärken. Sökanden har erinrat om att ett minimum av särskiljningsförmåga är tillräckligt för att ett figurmärke skall kunna registreras och att detta även gäller för ett figurmärke som utgörs av en bild av varan och som inte endast återger varans form, utan, såsom i förevarande fall, även innehåller andra kännetecken, som bestämda färger. Sökanden anser att det finns en skillnad mellan tredimensionella varumärken och figurmärken. De förstnämndas särskiljningsförmåga beror på varans form, medan andra kännetecken än formen, till exempel färgsättningen, framstår tydligare för de sistnämnda, inklusive de som endast utgörs av en verklighetstrogen återgivning av varan. Sökanden anser att det således inte i första hand är varans form som gör att varans ursprung kan identifieras genom ett figurmärke, utan kombinationen av varumärkets samtliga specifika beståndsdelar som syns på bilden. Som huvudregel läggs dessutom i praktiken andra kännetecken till själva figurmärket, som till exempel varans namn eller förpackningens utförande. Dessa beståndsdelar förstärker enligt sökanden figurmärkets förmåga att ange varans ursprung.

- 21 Sökanden har vidare hävdad att registreringen av ett figurmärke, som utgörs av en återgivning av en vara som utöver formen har andra kännetecken, inte hindrar konkurrenterna till innehavaren av detta figurmärke från att använda formen på den vara som återges för sina egna produkter, om de förser sina produkter med andra särskiljande drag, som till exempel en annan färgsammansättning. Registrering av ett tvådimensionellt figurmärke medför enligt sökanden inte i samma utsträckning som registrering av ett tredimensionellt varumärke att själva varans form skyddas, vilket varumärkesrätten principiellt inte syftar till. På grund av denna skillnad i de två varumärkesslagens karaktär skall bedömningen av särskiljningsförmågan på grund av produktens form enligt sökanden vara mindre restriktiv för figurmärken än för tredimensionella varumärken.
- 22 Sökanden har beskrivit utvecklingen av tvätt- och diskmedels olika utföranden. Den har uppgivit att utförandet i form av tvåfärgade tabletter är nytt samt att sådana tabletter kan ha flera olika former. Vidare kan färgvalet och färgernas fördelning på tabletten vara mycket varierande.
- 23 Marknaden för dessa produkter kännetecknas enligt sökanden av att det finns ett begränsat antal huvudsakliga tillverkare, och på de olika nationella marknaderna finns ett mycket begränsat antal varor som är utförda i form av tvåfärgade tabletter. Under dessa förhållanden har konsumenterna från början associerat tvättmedel i form av tvåfärgade tabletter med ett mycket begränsat antal tillverkare av märkesvaror, av vilka sökanden är en. Denna uppfattning bland konsumenterna har enligt sökanden förstärkts och permanentats genom en intensiv och varaktig marknadsföring, som har lyft fram de två färger som är utmärkande för varans utseende samt tvättmedelstablettens särskilda form. Sökanden har framhållit de höga kostnader som den har haft för denna marknadsföring samt den omsättning som produkterna i fråga står för.
- 24 Sökanden har åberopat de tydliga förhållandena på marknaden samt varje tillverkares intresse av att dels skilja ut de egna varorna från andra tillverkares

varor genom en bestämd form och färgsammansättning, dels göra sina varor synliga i denna form även på förpackningarna. Därav har sökanden dragit slutsatsen att det inte med framgång kan hävdas att ett figurmärkes särskilda form- och färgkombination som sådana inte kan utgöra en upplysning om den berörda varans ursprung. Sökanden anser att frågan om omfattningen av skyddet för ett sådant varumärke skall bedömas separat. Den omständigheten att skyddet kan vara mycket begränsat i det enskilda fallet kan enligt sökanden inte rättfärdiga att ett figurmärke med en viss form- och färgkombination genast helt fränkänns särskiljningsförmåga.

25 Sökanden anser att överklagandenämnden, i punkterna 22 och 23 i det omtvistade beslutet, felaktigt har ansett att det begärda varumärkets särskiljningsförmåga skall bedömas strängare därför att allmänheten i en återgivning av en tablett för tvättmaskiner endast ser en upplysning om varans specifika utförande, och inte en uppgift om ursprunget. Sökanden har anfört att överklagandenämnden i punkt 23 i det omtvistade beslutet har utgått från den "ytliga" slutkonsumentens uppfattning, medan utgångspunkten skall vara en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsuments uppfattning. När en sådan konsument ser det begärda varumärket konstaterar den enligt sökanden att den återgivna tablett inte endast upplyser om varans utförande, utan att den tack vare den särskilda sammansättningen av form och färger även upplyser om ursprunget.

26 Sökanden har företett och hänvisat till ett omfattande material rörande olika ansökningar om registrering av varumärken för tvätt- och diskmedel i tablettform, såväl på nationell som på internationell nivå, av vilka vissa har lett till registrering. Sökanden har vidare åberopat att harmoniseringsbyrån har offentliggjort ansökan nr 924 829 om ett tredimensionellt gemenskapsvarumärke i form av en tablett för tvätt- och diskmaskiner. Det framgår enligt sökanden av dessa uppgifter dels att samtliga kända tillverkare av märkesvaror på tvätt- och diskmedelsområdet alltid har betraktat tablettens bestämda form och färg som

särskiljande faktorer som anger tillverkaren, dels att flera varumärkesbyråer har erkänt tablettorna som varumärken. Sökanden har vidare åberopat ett beslut av en italiensk domstol om erkännande av ett tredimensionellt varumärke i form av en tvåfärgad tablett för tvättmaskiner.

- 27 Särskiljningsförmågan hos det begärda varumärket skall enligt sökanden bedömas vid den tidpunkt då ansökan om registrering gavs in, varför dess konkurrenters användning av liknande former och färger efter denna tidpunkt inte kan åberopas för att bestrida att det begärda varumärket har särskiljningsförmåga. Sökanden anser emellertid att denna fråga inte är avgörande i förevarande mål, eftersom sökanden är det enda företag som tillverkar tabletter för tvätt- och diskmaskiner som består av ett rött och ett vitt skikt.
- 28 Slutligen har sökanden gjort gällande att det begärda varumärket har uppnått särskiljningsförmåga i fråga om dess vara Somat "Profi" till följd av dess användning, i enlighet med artikel 7.3 i förordning nr 40/94, i synnerhet genom kombinationen av enstaka färger (rött och vitt).
- 29 Harmoniseringsbyrån har inledningsvis anfört att det begärda varumärket i förevarande fall är ett figurmärke som utgörs av en verklighetstrogen återgivning av varans form. Den återgivning av varumärket som sökanden har sänt in i förevarande fall skiljer sig enligt harmoniseringsbyrån inte på något sätt från den återgivning varom fråga är i mål T-335/99 (tredimensionellt varumärke i form av en röd och vit rektangulär tablett). Enligt harmoniseringsbyrån måste det sålunda inledningsvis definieras vilka kriterier som styr registrering av tredimensionella varumärken och därefter utredas om andra kriterier skall tillämpas när återgivningen av varan inte begärs som tredimensionellt varumärke, utan som figurmärke, och om särskiljningsförmågan sålunda bör bedömas utifrån lägre ställda krav. Harmoniseringsbyrån har redogjort för de principer som styr registrering av tredimensionella varumärken och angivit vilka olika registreringshinder som skulle kunna spela någon roll i sammanhanget.

- 30 Ett varumärke har enligt harmoniseringsbyrån särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 om det gör det möjligt att särskilja de varor eller tjänster för vilka registrering av varumärket begärs med avseende på deras ursprung, och inte med avseende på deras art eller andra egenskaper.
- 31 Harmoniseringsbyrån har hävdats att kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan hos ett figurmärke som, såsom i förevarande fall, utgörs av en verklighetstrogen återgivning av själva varans form, inte skiljer sig från kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan hos tredimensionella varumärken som utgörs av varans form.
- 32 Harmoniseringsbyrån anser att de uttryck som överklagandenämnden har använt i det omtvistade beslutet, som kan förstås som ett påstående om att det behövs strängare kriterier för figurmärken som utgörs av en verklighetstrogen återgivning av varan (punkterna 21 och 22 i det omtvistade beslutet), skapar förvirring, men att denna punkt inte är avgörande för det omtvistade beslutet. I förevarande fall har överklagandenämnden med rätta funnit att det begärda varumärket helt saknar särskiljningsförmåga.
- 33 Därefter har harmoniseringsbyrån övergått till att bedöma det begärda varumärket.
- 34 Tablettens rektangulära form, som den framstår på den återgivning som ansökan avser, är enligt harmoniseringsbyrån inte ovanlig, utan enkel och vanligt förekommande på marknaden.

- 35 Beträffande färgerna anser harmoniseringsbyrån att det kännetecken som ansökan avser inte har fått särskiljningsförmåga genom att ett rött skikt har tillfogats. Harmoniseringsbyrån anser att det inte föreligger någon färgkombination när endast en färg har lagts till grundfärgen på produkterna för tvätt- eller diskmaskiner (vitt eller grått).
- 36 Den färg som ansökan avser är enligt harmoniseringsbyrån en av basfärgerna. Samtliga tabletter på marknaden som består av två skikt har enligt harmoniseringsbyrån ett färgat skikt i någon av basfärgerna (rött, grönt eller blått).
- 37 Harmoniseringsbyrån har hävdats att färgerna på tablettens olika skikt eller delar anger att det finns flera aktiva beståndsdelar och att de således utgör en upplysning till konsumenten om varans egenskaper, vilket lyfts fram i den marknadsföring som genomförs för tabletterna i fråga. Dessutom följer det enligt harmoniseringsbyrån av det sätt på vilket tabletterna används att konsumenten inte betraktar färgerna som uppgifter om varans ursprung.
- 38 Harmoniseringsbyrån har bestridit sökandens påstående att återgivningen av varan på förpackningen lättare uppfattas som en uppgift om ursprunget än vad formen på själva varan gör. En sådan återgivning som, i likhet med det begärda varumärket, saknar ytterligare beståndsdelar, gör det enligt harmoniseringsbyrån endast möjligt för konsumenten att ta reda på förpackningens innehåll, och konsumenten är hänvisad till ordmärket på förpackningen för att särskilja den vara som bär varumärket från andra tillverkares varor.
- 39 Harmoniseringsbyrån anser att argumentet att sökanden är det enda företag som tillverkar röda och vita tabletter saknar relevans. Harmoniseringsbyrån har erinrat om att frågan om varumärkets användning omfattas av artikel 7.3 i förordning nr 40/94 och att sökanden åberopade denna bestämmelse för första gången i ansökan till förstainstansrätten, det vill säga för sent. Harmoniserings-

byrån har tillagt att sökanden inte har visat att det begärda varumärket har fått särskiljningsförmåga i samtliga medlemsstater före ansökningsdagen.

- 40 Harmoniseringsbyrån anser att den omständigheten att sökandens konkurrenter har valt andra färger på sina tabletter inte leder till slutsatsen att färgerna gör det möjligt att särskilja varorna med avseende på deras ursprung. Valet av olika färger beror enligt harmoniseringsbyrån på de många varumärkesansökningar som har lämnats in till olika varumärkesbyråer på nationell nivå och på gemenskapsnivå avseende produkter för tvätt- och diskmaskiner sedan dessa produkter nyligen lanserades på marknaden. Vissa nationella byråer har beviljat varumärkesskydd, och en tillverkare bör därför, enligt harmoniseringsbyrån, inte låta utföra sin vara i en form som motsvarar ett varumärke som en konkurrent har låtit registrera — eller till och med bara ansökt om registrering av — innan läget har klargjorts genom ett domstolsavgörande.
- 41 Beträffande medlemsstaternas nationella byråers registrering av tredimensionella varumärken i form av tabletter för tvätt- eller diskmaskiner, har harmoniseringsbyrån slutligen anfört att dessa byråers praxis inte är enhetlig.
- 42 Varumärkets särskiljningsförmåga skall enligt harmoniseringsbyrån bedömas vid tidpunkten för registrering. Vissa av sökandens konkurrenter hade lanserat rektangulära tabletter på marknaden innan den aktuella varumärkesansökan lämnades in.

Förstainstansrättens bedömning

- 43 Ett varumärkes särskiljningsförmåga skall bedömas i förhållande till de varor eller tjänster för vilka registrering av varumärket begärs.

- 44 I förevarande fall består det varumärke av vilket registrering begärs av återgivningen av en tablett för tvätt- eller diskmaskiner, det vill säga av själva varans utförande.
- 45 Som överklagandenämnden med rätta har påpekat, kan det inte i förväg uteslutas att en grafisk eller fotografisk återgivning av själva varan — även en verklig-hetstrogen sådan — kan ha särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94.
- 46 Enligt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 skall registrering vägras av "[v]arumärken som saknar särskiljningsförmåga". Ett varumärke måste anses ha särskiljningsförmåga om det gör det möjligt att särskilja de varor eller tjänster för vilka registrering begärs med avseende på deras ursprung. För att detta kriterium skall anses vara uppfyllt behöver varumärket inte ge någon exakt upplysning om vem som tillverkar varan eller utför tjänsten. Det är tillräckligt att den berörda allmänheten med hjälp av varumärket kan särskilja de varor eller tjänster som bär varumärket från andra med ett annat ursprung i handeln och utgå från att alla varor eller tjänster som bär varumärket har tillverkats, saluförts eller levererats under kontroll av varumärkesinnehavaren, som är ansvarig för deras kvalitet (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 29 september 1998 i mål C-39/97, Canon, REG 1998, s. I-5507, punkt 28).
- 47 Det framgår av lydelsen i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 att det räcker med ett minimum av särskiljningsförmåga för att det registreringshinder som anges i denna artikel inte skall tillämpas. I ett första skede, och helt utan att beakta kännetecknets användning i den mening som avses i artikel 7.3 i förordning nr 40/94, skall rätten således utreda huruvida det begärda varumärket gör det möjligt för allmänheten i målgruppen att särskilja de avsedda varorna från varor med annat ursprung i handeln när den skall göra ett val vid inköp.

- 48 I artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 görs ingen åtskillnad mellan olika slags varumärken. Kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan hos figurmärken som utgörs av en återgivning av själva varan skiljer sig således inte från de kriterier som tillämpas för andra slags varumärken.
- 49 Vid tillämpningen av dessa kriterier måste hänsyn emellertid tas till den omständigheten att den berörda allmänheten inte nödvändigtvis uppfattar ett figurmärke som utgörs av en verklighetstrogen återgivning av själva varan på samma sätt som ett ordmärke eller ett figurmärke eller tredimensionellt varumärke som inte är en verklighetstrogen återgivning av varan. Allmänheten är nämligen van vid att omedelbart uppfatta de sistnämnda varumärkena som utmärkande kännetecken för en vara, vilket inte nödvändigtvis gäller för kännetecken som sammanfaller med själva varans utseende. Således skall inte särskiljningsförmågan bedömas annorlunda för ett tredimensionellt varumärke som utgörs av själva varans utförande än för ett figurmärke som utgörs av en verklighetstrogen återgivning av samma vara.
- 50 Beträffande den berörda allmänhetens uppfattning har överklagandenämnden med rätta påpekat att de varor som vägran att registrera varumärket avser i förevarande fall, det vill säga tabletter för tvätt- och diskmaskiner, är mycket vanligt förekommande konsumtionsvaror. Den allmänhet som berörs av dessa varor består av samtliga konsumenter. Således skall särskiljningsförmågan hos det begärda varumärket bedömas med hänsyn till de förväntningar som en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument kan tänkas ha (se analogt domstolens dom av den 16 juli 1998 i mål C-210/96, Gut Springenheide och Tusky, REG 1998, s. I-4657, punkterna 30—32).
- 51 Den berörda allmänhetens uppfattning om varumärket påverkas först och främst av genomsnittskonsumentens uppmärksamhet, som kan variera beroende på

vilket slags varor eller tjänster det är fråga om (se domstolens dom av den 22 juni 1999 i mål C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, REG 1999, s. I-3819, punkt 26). I detta avseende har överklagandenämnden med rätta bedömt att det rör sig om dagliga konsumtionsvaror och att genomsnittskonsumenten därför inte ägnar någon större uppmärksamhet åt rengöringstabletternas utseende.

- 52 För att bedöma om den återgivning som ansökan avser kan uppfattas av allmänheten som en uppgift om ursprunget med avseende på den återgivna tablettens kombination av form och färgsammansättning, skall det utredas vilket helhetsintryck denna återgivning ger (se analogt domstolens dom av den 11 november 1997 i mål C-251/95, SABEL, REG 1997, s. I-6191, punkt 23), vilket inte är oförenligt med en successiv genomgång av dess olika beståndsdelar. Då det rör sig om ett varumärke som utgörs av en verklighetstrogen återgivning av varan, skall det utredas dels om den återgivna varans utförande i sig är sådant att allmänheten kan minnas det, dels om det sätt på vilket varan återges har något särdrag som kan ange varans ursprung.
- 53 Den form som återges på den bild som ansökan om registrering avser, det vill säga en rektangulär tablett, hör till de geometriska grundformerna och är en av de former som spontant kommer i åtanke när det gäller tabletter för tvätt- eller diskmaskiner. Tablettens lätt rundade hörn har tillkommit av praktiska skäl och kan inte uppfattas av genomsnittskonsumenten som ett särdrag hos formen i fråga, som är ägnat att skilja ut den från andra tabletter för tvätt- eller diskmaskiner.
- 54 Beträffande förekomsten av två skikt, varav det ena är vitt och det andra rött, noterar rätten att den berörda allmänheten är van vid att beståndsdelar i rengöringsprodukter har olika färger. Pulver, som är det traditionella utförandet i

fråga om dessa produkter, är oftast mycket ljust grått eller beige och framstår nästan som vitt. Det innehåller ofta partiklar i en eller flera andra färger. I den marknadsföring som sökanden och andra tillverkare av rengöringsprodukter har genomfört förklaras att dessa partiklar påvisar förekomsten av olika aktiva beståndsdelar. De färgade partiklarna erinrar sålunda om vissa av varans egenskaper, utan att de därmed kan anses vara en beskrivning i den mening som avses i artikel 7.1 c i förordning nr 40/94. Av den omständigheten att sistnämnda registreringshinder inte är tillämpligt kan emellertid inte den slutsatsen dras att de färgade beståndsdelarna nödvändigtvis ger det begärda varumärket särskiljningsförmåga. Någon sådan förmåga finns nämligen inte om allmänheten i målgruppen, såsom i förevarande fall, har fått uppfattningen att förekomsten av färgade beståndsdelar visar på vissa av produktens egenskaper, och inte på dess ursprung. Möjligheten att konsumenterna trots allt kan vänja sig vid att känna igen varan på dess färger räcker inte i sig för att undanröja registreringshindret i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. En sådan utveckling av allmänhetens sätt att uppfatta kännetecknet kan, om den kan styrkas, endast beaktas inom ramen för artikel 7.3 i förordning nr 40/94.

55 Den omständigheten att de färgade partiklarna i förevarande fall inte är jämnt fördelade över hela den återgivna tabletten, utan är koncentrerade till dess övre del, räcker inte för att tablettens utseende skall kunna uppfattas som en uppgift om varans ursprung. När det gäller att kombinera olika beståndsdelar i en tablett för tvätt- eller diskmaskiner, är tillfogandet av ett skikt nämligen en av de lösningar som mest spontant kommer i åtanke.

56 Det saknar i detta avseende betydelse huruvida sökanden är det enda företag som använder den röda färgen för tabletter som består av två skikt. Användningen av basfärger, såsom blått eller grönt, är utbredd och till och med typisk för rengöringsprodukter. Användningen av andra basfärger, såsom rött eller gult, hör till de varianter av de typiska utförandena i fråga om nämnda varor som spontant kommer i åtanke.

- 57 Den vara som återges i det begärda varumärket är sålunda utförd som en kombination av beståndsdelar som spontant kommer i åtanke och som är typiska för varan i fråga.
- 58 Tilläggas skall att det går att åstadkomma olika kombinationer av dessa beståndsdelar i utförandet genom att variera geometriska grundformer och genom att till varans grundfärg foga en annan basfärg i ett skikt av tablett eller i prickar. De olikheter mellan olika tabletter som blir följderna räcker inte för att varje tablett eller återgivningen av denna skall kunna fungera som en uppgift om varans ursprung när det, som i förevarande fall, rör sig om varianter av varans grundform som spontant kommer i åtanke.
- 59 I den återgivning som ansökan om registrering avser visas en tablett i perspektiv. Perspektivet medför en viss snedvridning av tablettens form. Det sätt på vilket tablett återges i förevarande fall skiljer sig därigenom något från en helt verklighetstrogen återgivning. Såsom sökanden själv har medgivit vid förhandlingen, ger denna perspektivbild av tablett emellertid inte det begärda varumärket någon särskiljningsförmåga. Den utgör inget särdrag som konsumenten kan minnas så att han därigenom kan särskilja den återgivna tablett från andra tabletter för tvätt- eller diskmaskiner.
- 60 Med hänsyn till det helhetsintryck som den återgivna tablettens form och färgsammansättning ger, gör det begärda varumärket det inte möjligt för den berörda allmänheten att särskilja de avsedda varorna från varor med annat ursprung i handeln när den skall göra ett val vid inköp.

- 61 Vidare skall tilläggas att det större eller mindre antal tabletter som redan finns på marknaden och som liknar den tablett som återges i förevarande fall inte påverkar det begärda varumärkets oförmåga att — från början och oberoende av dess faktiska användning — upplysa om varans ursprung. Det saknas således anledning att i förevarande fall avgöra frågan huruvida det berörda varumärkets särskiljningsförmåga skall bedömas vid tidpunkten för ansökan om registrering eller vid tidpunkten för den faktiska registreringen.
- 62 Vad därefter beträffar sökandens argument avseende de nationella varumärkesbyråernas praxis och omständigheten att en italiensk domstol i ett beslut har tillerkänt ett tredimensionellt varumärke som utgjordes av en tvåfärgad tablett för tvättmaskiner särskiljningsförmåga, erinrar rätten om att registreringar som redan ägt rum i vissa medlemsstater endast utgör en omständighet som, utan att vara avgörande, enbart kan beaktas vid registrering av ett 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, och av den 31 januari 2001 i mål T-24/00, Sunrider mot harmoniseringsbyrån (VITALITE), REG 2001, s. II-449, punkt 33). Samma överväganden gör sig gällande avseende medlemsstaternas domstolars rättspraxis. Vidare framgår det av harmoniseringsbyråns svar på förstainstansrättens frågor att de nationella varumärkesbyråernas praxis avseende tredimensionella varumärken som utgörs av tabletter för tvätt- och diskmaskiner inte är enhetlig. Det kan således inte göras gällande att överklagandenämnden har felbedömt nämnda praxis eller nationell rättspraxis.
- 63 Överklagandenämnden har således med rätta slagit fast att det begärda figurmärket saknar särskiljningsförmåga.
- 64 Den omständigheten att kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan hos ett figurmärke som utgörs av en återgivning av själva produkten inte är strängare än de som tillämpas för andra slags varumärken medför ingen annan bedömning.

- 65 De överväganden som låg till grund för överklagandenämndens beslut att fastställa att det begärda varumärket saknade särskiljningsförmåga kan nämligen ligga till grund för samma slutsats med avseende på de kriterier för bedömning av särskiljningsförmåga som tillämpas på samtliga varumärken, oavsett om de är ordmärken, figurmärken eller tredimensionella varumärken.
- 66 Sökanden har vidare, utan att uttryckligen anföra överträdelse av artikel 7.3 i förordning nr 40/94 som grund för sin talan, gjort gällande att det begärda varumärket har särskiljningsförmåga på grund av dess användning. Eftersom detta argument inte anfördes i överklagandenämnden, kan förstainstansrätten inte pröva det (se förstainstansrättens dom av den 8 juli 1999 i mål T-163/98, Procter & Gamble mot harmoniseringsbyrån, BABY-DRY, REG 1999, s. II-2383, punkterna 48—51).

”Maktmissbruk” och åsidosättande av principen om likabehandling

Parternas argument

- 67 Till stöd för grunden ”maktmissbruk” har sökanden anfört att harmoniseringsbyrån har tillåtit offentliggörande av vissa ansökningar om gemenskapsvarumärken som liknar sökandens för varor inom samma eller närliggande områden.

Sökanden har bland annat åberopat bolaget Benckiser N.V:s ansökan nr 809 830 om gemenskapsvarumärke. Sökanden anser att överklagandenämnden därigenom har åsidosatt principen om likabehandling.

68 Sökanden anser dessutom att det omtvistade beslutet strider mot gemenskapsrättens överordnade mål i allmänhet och mot förordningen om gemenskapsvarumärken i synnerhet, då förordningen syftar till harmonisering av varumärkesrätten på gemenskapsnivå. Detta harmoniseringsmål kan enligt sökanden i realiteten endast uppnås om varumärkesrätten tolkas enhetligt.

69 Harmoniseringsbyrån har uppgivit att den varumärkesansökan som sökanden har åberopat inte har lett till registrering. Dessutom skulle, även om harmoniseringsbyrån faktiskt hade registrerat detta varumärke, ett sådant beslut ha varit felaktigt, och sökanden skulle inte ha kunnat åberopa detta för att få till stånd ett beslut som skulle bli en upprekning av misstaget.

Förstainstansrättens bedömning

70 Rätten erinrar om att begreppet maktmissbruk har en bestämd innebörd inom gemenskapsrätten och avser fall där en förvaltningsmyndighet använder sin behörighet för ett annat ändamål än det som ligger till grund för behörigheten. I detta avseende framgår det av fast rättspraxis att ett beslut innebär maktmissbruk endast om det på grundval av objektiva, relevanta och samstämmiga uppgifter kan antas att det har antagits för att uppnå andra mål än dem som angetts (se

särskilt förstainstansrättens dom av den 24 april 1996 i de förenade målen T-551/93, T-231/94, T-232/94, T-233/94 och T-234/94, Industrias Pesqueras Campos m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. II-247, punkt 168). Sökanden har inte anfört något som leder till slutsatsen att det omtvistade beslutet antogs i något annat syfte än att kontrollera om det begärda varumärket uppfyllde de förutsättningar för registrering som anges i förordning nr 40/94.

- 71 I den del förevarande grund avser åsidosättande av principen om likabehandling noterar rätten att det framgår av harmoniseringsbyråns svar på förstainstansrättens frågor att den av sökanden åberopade offentliggjorda varumärkesansökan avslogs av granskaren efter det att talan hade väckts i förevarande mål och att detta beslut för närvarande handläggs av en överklagandenämnd. Argumentet att denna varumärkesansökan har offentliggjorts har därför i vart fall förlorat sin giltighet. Av detta följer att talan inte kan vinna bifall på förevarande grund.
- 72 Mot bakgrund av det anförda skall talan ogillas.

Rättegångskostnader

- 73 Enligt artikel 87.3 i rättegångsreglerna kan förstainstansrätten besluta att kostnaderna skall delas eller att vardera parten skall bära sin kostnad, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter eller om särskilda omständigheter motiverar det. Eftersom det omtvistade beslutets lydelse kunde ge upphov till tvivel om att artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 i förevarande fall hade tillämpats korrekt av överklagandenämnden, finns det skäl att besluta att vardera parten skall bära sin kostnad.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

följande dom:

- 1) Talan ogillas.
- 2) Vardera parten skall bära sin kostnad.

Meij

Potocki

Pirrung

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 19 september 2001.

H. Jung

A.W.H. Meij

Justitiesekreterare

Ordförande