

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (fjärde avdelningen)
den 30 april 2003 *

I de förenade målen T-324/01 och T-110/02,

Axions SA, Genève (Schweiz),
Christian Belce, Veyrier (Schweiz),
företrädna av advokaten C. Eckhardt,

sökande,

mot

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

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av de två beslut som fattades av tredje överklagandenämnden vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) den 26 september 2001 (ärende

* Rättegångsspråk: tyska.

R 599/2001-3) och den 16 januari 2002 (ärende R 538/2001-3), angående ansökan om registrering av dels ett tredimensionellt varumärke som föreställer en brun cigarr (mål T-324/01), dels ett tredimensionellt varumärke som föreställer en guldtacka (mål T-110/02) som gemenskapsvarumärken,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av ordföranden V. Tiili samt domarna P. Mengozzi och M. Vilaras, justitiesekreterare: byrådirektören D. Christensen,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter förhandlingen den 15 januari 2003,

följande

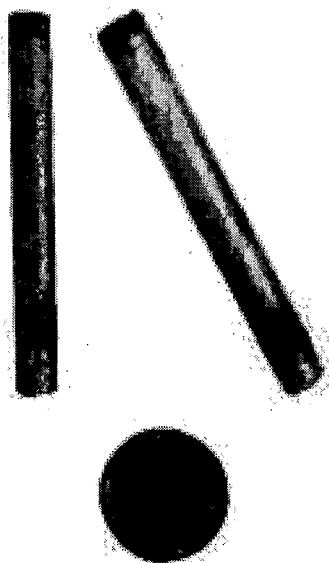
Dom

Bakgrund till tvisten

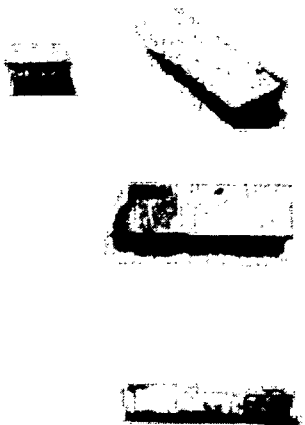
1 Den 20 mars 2000 och den 3 december 1999 ingav sökandena, med stöd av rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskaps-

varumärken (EGT L 11, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3) i ändrad lydelse, två ansökningar om gemenskapsvarumärken som registrerades med numren 1 565 589 och 1 408 889, till Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (nedan kallad harmoniseringsbyrån).

- 2 De varumärken för vilka registrering söktes är dels en tredimensionell form som föreställer en brun cigarr (ansökan om gemenskapsvarumärke nr 1 565 589), dels en tredimensionell form som föreställer en guldtacka (ansökan om gemenskapsvarumärke nr 1 408 889). Den grafiska återgivningen av de tredimensionella varumärkena för vilka ansökan har gjorts, såsom de avbildas i bilagorna till varumärkesansökningarna, ser ut på följande sätt:



Ansökan om gemenskapsvarumärke nr 1 565 589



Ansökan om gemenskapsvarumärke nr 1 408 889

3 De varor som registreringsansökan avsåg omfattas av klass 30 (ansökan om gemenskapsvarumärke nr 1 565 589) och klasserna 16 och 30 (ansökan om gemenskapsvarumärke nr 1 408 889) i Överenskommelsen i Nice rörande den internationella klassificeringen av varor och tjänster för vilka varumärken gälla, av den 15 juni 1957, och motsvarar följande beskrivning:

— "Choklad, chokladvaror; Bageri- och konditorivaror" (klass 30),

— "Choklad, chokladvaror" (klass 30);

— ”Förpackning för choklad och chokladvaror av papp (kartong) i form av en guldtacka” (klass 16).

- 4 Genom beslut av den 12 april och av den 23 mars 2001 avtog granskaren ansökningarna om gemenskapsvarumärke nr 1 565 589 och nr 1 408 889 i enlighet med artikel 38 i förordning nr 40/94, med motiveringen att de ifrågavarande varumärkena saknade särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i samma förordning.

- 5 Den 12 juni och den 22 maj 2001 överklagade sökandena granskarens ovannämnda beslut av den 12 april och av den 23 mars 2001 till harmoniseringsbyrån, i enlighet med artikel 59 i förordning nr 40/94.

- 6 Överklagandena avsågs genom beslut av tredje överklagandenämnden den 26 september 2001 (ärende R 599/2001-3) (nedan kallat det omtvistade beslutet i mål T-324/01) och den 16 januari 2002 (ärende R 538/2001-3) (nedan kallat det omtvistade beslutet i mål T-110/02). Besluten delgavs sökandena den 11 oktober 2001 och den 7 april 2002. Överklagandenämnden ansåg i huvudsak att ansökan om registrering av varumärkena skulle avslås i enlighet med artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Överklagandenämnden fann att former som är jämförbara med de sökta varumärkena finns utbredda på den ifrågavarande varumarknaden och att de sökta varumärkena inte är tillräckligt annorlunda i förhållande till dessa former för att man, i brist på andra kännetecken såsom ord eller bilder, skall kunna anse att de har ett minimum av den särskiljningsförmåga som krävs. Överklagandenämnden har i detta sammanhang anfört att en genomsnittskonsument inte företar någon detaljerad analys av de aktuella varornas form och färg, eftersom denne endast riktar en ringa grad av uppmärksamhet mot dem.

Förfarandet och parternas yrkanden

7 Sökandena har, genom ansökningar som inkom till förstainstansrättens kansli den 11 december 2001 och den 5 april 2002, vilka registrerades under målnumren T-324/01 och T-110/02, väckt förevarande talan.

8 Harmoniseringsbyrån gav in sina svaromål till förstainstansrättens kansli den 5 april och den 5 juli 2002.

9 I enlighet med artikel 50 i förstainstansrättens rättegångsregler beslutade ordföranden vid fjärde avdelningen den 18 november 2002 att målen T-324/01 och T-110/02 skulle förenas vad gäller det muntliga förfarandet och domen.

10 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (fjärde avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet.

11 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens muntliga frågor vid förhandlingen den 15 januari 2003.

12 Sökandena har yrkat att förstainstansrätten

— i mål T-324/01 skall ogiltigförklara överklagandenämndens beslut av den 26 september 2001 (ärende R 599/2001-3), samt förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna,

— i mål T-110/02 skall ogiltigförklara överklagandenämndens beslut av den 16 januari 2002 (ärende R 538/2001-3), samt förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

13 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten i målen T-324/01 och T-110/02 skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig prövning

14 Sökandena har till stöd för sin talan åberopat två grunder som för det första avser åsidosättande av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, för det andra åsidosättande av likabehandlingsprincipen.

Den första grunden: Åsidosättande av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94

Parternas argument

- 15 Sökandena har, genom att hänvisa till punkt 44 i förstainstansrättens dom av den 19 september 2001 i mål T-335/99, Henkel mot harmoniseringsbyrån (röd och vit rektangulär tablett) (REG 2001, s. II-2581), för det första gjort gällande att det räcker att ett varumärke har ett minimum av särskiljningsförmåga för att kunna registreras. Sökandena har dessutom hävdats att det i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 inte görs någon åtskillnad mellan olika slags varumärken. Kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan hos tredimensionella varumärken som utgörs av själva varans form skiljer sig således inte från de kriterier som tillämpas för andra slags varumärken.
- 16 Sökandena menar att överklagandenämnden, i punkt 21 i det omtvistade beslutet i mål T-110/02, felaktigt fann att ett tredimensionellt varumärke måste ha kännetecken som är tillräckligt säregna och arbiträra och som skiljer sig från varornas art eller deras saluföring och från varornas vanliga form eller från deras förpackning, för att ansökan om registrering inte skall avslås i enlighet med artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Förstainstansrätten har, i motsats till vad överklagandenämnden ansåg, inte fastställt sådana allmänna kriterier för bedömningen av tredimensionella varumärkens särskiljningsförmåga i sin dom av den 19 september 2001 i mål T-117/00, Procter & Gamble mot harmoniseringsbyrån (vit och ljusgrön rektangulär tablett) (REG 2001, s. II-2723, summarisk publicering). Förstainstansrättens konstaterande, i punkt 73 i denna dom, att överklagandenämnden i förevarande fall med fog hade tillämpat sådana kriterier innebär härvidlag inte att tredimensionella varumärken på det hela taget och i jämförelse med konkurrerande varor måste ha en särskild och utmärkande form.

- 17 Sökandena har beträffande definitionen av den målgrupp för de varor som de sökta varumärkena gäller hävdad att denna utgörs av slutkonsumenter i allmänhet. Enligt sökandena bekräftar detta påstående emellertid inte överklagandenämndens slutsats att slutkonsumenten snarare uppmärksammar en varas etikett, omslag och det namn eller den bild som återfinns där än varans "rena" form. Enligt sökandena är det i stället riktigt att anse att den genomsnittlige slutkonsumenten beträffande enkla choklad- och bagerivaror även tillmäter de ifrågavarande varornas form betydelse när det gäller deras kommersiella ursprung, och träffar sitt val utifrån nämnda varors "rena" form.
- 18 När det sedan gäller det tredimensionella varumärket som föreställer en brun cigarr (mål T-324/01), har sökandena hävdad att detta har en form som är mycket speciell, individuell och ovanlig, vilken klart skiljer sig från befintliga former och som inte heller är en typisk variant av de på marknaden förekommande formerna.
- 19 Sökandena har i detta avseende anfört att det sökta varumärket utgörs av en tredimensionell avbild med en rund och cylindrisk form som på grund av sin bruna färg och dess allmänna intryck starkt påminner om en cigarr. Enligt sökandena är en sådan form obekant på den relevanta marknaden. De exempel på choklad- och bagerivaror som nämnts av överklagandenämnden skiljer sig väsentligt från de varor som det sökta varumärket avser, på grund av att de förra endast ungefärligen påminner om en cigarr och att målgruppen är medveten om detta förhållande. Enligt sökandena är så fallet beträffande de varor som omfattas av märkena 25 Nefles (från företaget Rifacli), Cigarettes russes (från företaget Delacre), Waffeletten och Picadilly (från företaget Bahlsen) och Finger (från företaget Cadbury).
- 20 Vad slutligen gäller det tredimensionella varumärket i form av en guldtacka (mål T-110/02), anser sökandena att denna för målgruppen har en form som är mycket ovanlig och säregen för chokladvaror. Denna konkreta form, som ser ut

som en omvänd guldstacka, förekommer inte på den relevanta marknaden och har följaktligen ett minimum av den särskiljningsförmåga som krävs.

- 21 Sökandena gör särskilt gällande att det sökta varumärket utgörs av en storleken nästan exakt avbild av en riktig guldstacka fränsett att den är omvänd. Den ifrågavarande formen skiljer sig i grunden från de andra formerna av guldstackor som saluförs på marknaden för choklad och chokladvaror. Enligt sökandena efterfrågas skyddet endast för denna form av en omvänd guldstacka, som klart och medvetet skiljer sig från den klassiska formen "i block". Sökandena har dessutom hävdatt att den ifrågavarande formens storlek (25 cm x 8 cm) skiljer sig från de gängse formerna för förpackningar för chokladvaror som förekommer på marknaden.
- 22 Sökandena anser i motsats till vad överklagandenämnden har funnit att detta utmärkande kännetecken inte kan uppfattas enbart genom en noggrann och analytisk iakttagelse. Sökandena har i det sammanhanget tillagt att chokladvaror och former för förpackning som de ifrågavarande inte säljs till slutkonsumenter till ett pris under 8 eller 9 euro. Enligt sökandena är den grad av uppmärksamhet som målgruppen riktar mot den ifrågavarande formen således klart högre än den som gäller choklad- och bagerivaror som erbjuds till lägre pris.
- 23 Harmoniseringsbyrån har anfört att kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan hos ett tredimensionellt varumärke som utgörs av en varas form inte skiljer sig från dem som tillämpas på andra typer av varumärken. Harmoniseringsbyrån menar dock att en varas form inte ger allmänheten någon information om varans ursprung på samma sätt som verbala eller grafiska kännetecken som anbringats på varan eller dess förpackning. Enligt harmoniseringsbyrån måste allmänheten när det gäller konsumtionsvaror på det hela taget nämligen inte sätta en varas form i samband med dess ursprung. Harmoniseringsbyrån anser följaktligen att en varas form, om den skall kunna ge en uppfattning om dess ursprung, måste ha karakteristiska kännetecken som har förmåga att dra till sig

allmänhetens uppmärksamhet. Harmoniseringsbyrån har, genom att hänvisa till punkt 37 i förstainstansrättens dom av den 7 februari 2002 i mål T-88/00, Mag Instrument mot harmoniseringsbyrån (Ficklampors form) (REG 2002, s. II-467), hävdad att så inte är fallet när allmänheten är van vid förekomsten av former som liknar de omtvistade och som företer stor variation vad gäller formgivning.

- 24 Harmoniseringsbyrån har beträffande det tredimensionella varumärket som föreställer en brun cigarr hävdad att överklagandenämnden inte gjort någon felaktig bedömning när den fann att former som inspirerats av cigarrer eller cigaretter är allmänt utbredda på marknaden för de aktuella varorna, och att det sökta varumärket skiljer sig alltför litet från de andra formerna som finns på marknaden för att man, i brist på andra kännetecken såsom verbala eller grafiska sådana, skall kunna anse att detta har det minimum av särskiljningsförmåga som krävs. Harmoniseringsbyrån har i detta sammanhang anfört att genomsnittskonsumenten inte företar en detaljerad analys av de aktuella varorna, eftersom denne endast fäster en ringa grad av uppmärksamhet vid dem.
- 25 Harmoniseringsbyrån har beträffande det tredimensionella varumärket som föreställer en guld tacka hävdad att en genomsnittskonsument endast fäster en ringa grad av uppmärksamhet vid de aktuella varornas form. Harmoniseringsbyrån anser härvidlag att omständigheter såsom den aktuella varans pris, som inte preciseras i ansökan om varumärke och som inte har registrerats, inte kan tas i beaktande när man bedömer en varas särskiljningsförmåga.
- 26 Harmoniseringsbyrån har vidare hävdad att överklagandenämnden inte gjort någon felaktig bedömning när den fann att förpackningar i form av en guld tacka är allmänt utbredda på marknaden för de aktuella varorna, och att det sökta varumärket skiljer sig alltför litet från de andra formerna som finns på marknaden för att man, i brist på andra kännetecken såsom verbala eller grafiska sådana, skall kunna anse att detta har ett minimum av den särskiljningsförmåga som krävs.

- 27 Enligt harmoniseringsbyrån motsägs denna analys inte av sökandenas påstående att det sökta varumärket utgörs av formen av en omvänd guldacka. Harmoniseringsbyrån har härvidlag anfört att denna varas grafiska framställning, såsom den framställs i ansökan om varumärke, inte gör det möjligt att veta om de varor som saluförs under det sökta varumärket kommer att presenteras för konsumenterna i en mycket ovanlig position.

Förstainstansrättens bedömning

- 28 Enligt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 får "varumärken som saknar särskiljningsförmåga" inte registreras.
- 29 Förstainstansrätten erinrar om att enligt rättspraxis avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 bland annat sådana varumärken som ur målgruppens perspektiv är allmänt förekommande i handeln som ett sätt att presentera de aktuella varorna eller tjänsterna, eller i förhållande till vilka det åtminstone finns konkreta indikationer på att de kan användas på ett sådant sätt (förstainstansrättens dom av den 20 november 2002 i de förenade målen T-79/01 och T-86/01, Bosch mot harmoniseringsbyrån (Kit Pro och Kit Super Pro), REG 2002, s. II-4881, punkt 19). De kännetecken som avses i denna bestämmelse kan för övrigt inte fylla varumärkets huvudsakliga syfte, nämligen att identifiera varans eller tjänstens ursprung, för att därigenom möjliggöra för de konsumenter som köper den vara eller den tjänst som varumärket avser att träffa samma val vid ett senare köp, om erfarenheten varit god, eller att göra ett annat val, om den varit dålig (förstainstansrättens dom av den 27 februari 2002 i mål T-79/00, Rewe-Zentral mot harmoniseringsbyrån (LITE), REG 2002, s. II-705, punkt 26, samt domen i det ovannämnda målet Kit Pro och Kit Super Pro, punkt 19).

- 30 Härav följer att ett varumärkes särskiljningsförmåga endast kan bedömas dels i förhållande till de varor och tjänster för vilka registrering söks, dels i förhållande till den uppfattning som målgruppen har (domarna i de ovannämnda målen LITE, punkt 27, och Kit Pro och Kit Super Pro, punkt 20).
- 31 Överklagandenämnden har i förevarande fall, beträffande de varor som hör under kategorierna "choklad, chokladvaror" och "bageri- och konditorivaror" (klass 30), konstaterat att målgruppen består av slutkonsumenter i allmänhet (punkterna 23 och 24 i det omtvistade beslutet i mål T-324/01 och punkterna 24 och 25 i det omtvistade beslutet i mål T-110/02). Sökandena har inte bestritt detta konstaterande. Det finns skäl att anse att denna analys är riktig, eftersom dessa varor är konsumtionsvaror. Denna allmänhet förväntas för övrigt vara normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst (domstolens dom av den 22 juni 1999 i mål C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, REG 1999, s. I-3819, punkt 26, samt förstainstansrättens dom av den 7 juni 2001 i mål T-359/99, DKV mot harmoniseringsbyrån (EuroHealth), REG 2001, s. II-1645, punkt 27). Överklagandenämnden har, beträffande de varor som hör under de kategorier som benämns "förpackning för choklad och chokladvaror av papp (kartong) i form av en guldtagga" (klass 16), anfört att målgruppen utgörs av chokladtillverkare men även av små- och medelstora företag inom konditori- och bagerinäringen (punkterna 35 och 36 i det omtvistade beslutet i mål T-110/02). Denna skillnad har dock ingen inverkan på bedömningen av det sökta varumärkets särskiljningsförmåga i mål T-110/02. Det finns således skäl att anse att, även om det är de personkategorier som överklagandenämnden har angett som förvärvat dessa varor och inte slutkonsumenterna i allmänhet, deras förvärv sker med tanke på en senare försäljning av förpackade varor till slutkonsumenterna.
- 32 Det skall dessutom konstateras att artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 inte gör någon åtskillnad mellan olika slags varumärken. Det saknas följaktligen skäl att tillämpa strängare kriterier vid bedömningen av särskiljningsförmågan hos tredimensionella varumärken som utgörs av formen av själva varan, som de varumärken som söktes i förevarande fall, än i fråga om de kriterier som tillämpas för andra slags varumärken (domen i det ovannämnda målet Ficklampors form, punkt 32).

33 När det i förevarande fall gäller det tredimensionella varumärket som föreställer en brun cigarr (mål T-324/01), har överklagandenämnden konstaterat att former som inspirerats av cigarrer eller cigaretter är allmänt utbredda på marknaden för de aktuella varorna (punkt 27 i det omtvistade beslutet i mål T-324/01). Det finns på marknaden, såsom harmoniseringsbyrån på ett tillfredsställande sätt har visat i sin svarsskrivelse, förutom chokladvaror med cigarrform som omnämnts i det omtvistade beslutet andra liknande varor såsom chokladcigarrerna som tillverkas av företagen Godiva, Niederegger och Hauser och varav en del är väldigt lika en riktig cigarr.

34 På sätt som överklagandenämnden med fog har påpekat, i punkterna 29 och 30 i det överklagade beslutet i mål T-324/01, skiljer sig formen och färgen på det sökta varumärket alltför litet från formen och färgen på andra choklad- och konditorivaror som finns på marknaden för att man, i brist på andra kännetecken såsom verbala eller grafiska kännetecken, skall kunna anse att detta varumärke har ett minimum av den särskiljningsförmåga som krävs.

35 Dessa ståndpunkter motsägs inte av sökandenas argument att det föreligger en påstått stor skillnad mellan formen och färgen på det sökta varumärket (rund och cylindrisk form som på grund av sina bruna färg liknar en cigarr) och formen och färgen på andra choklad- och konditorivaror som omnämnts i det överklagade beslutet i mål T-324/01. Det kan härvidlag erinras om att genomsnittskonsumenten, på sätt som harmoniseringsbyrån med rätta har anfört, inte företar en detaljerad analys av formen och färgen på de aktuella varorna och endast fäster en ringa grad av uppmärksamhet vid dem. De påstådda skillnaderna i form och färg som sökandena i förevarande fall har gjort gällande motsäger följaktligen inte slutsatsen att det sökta varumärket inte väsentligen skiljer sig från en av de basformer av de aktuella varorna som allmänt används i handeln.

36 När det sedan gäller det tredimensionella varumärket i form av en guldtacka (mål T-110/02) har harmoniseringsbyrån med fog även hävdad att genomsnitts-

konsumenten endast fäster en ringa grad av uppmärksamhet vid de aktuella varornas form och färg. Sökandenas argument att konsumenternas grad av uppmärksamhet skulle vara högre med hänsyn till varornas höga pris kan inte godtas. Som framgår av förstainstansrättens praxis saknar det relevans vid bedömningen av huruvida ett kännetecken kan registreras för en viss kategori av varor eller tjänster, huruvida den som ansöker om registrering av varumärket planerar att införa eller har infört ett visst marknadsföringskoncept. Förekomsten av ett marknadsföringskoncept är en yttre faktor som inte påverkar de rättigheter som är knutna till gemenskapsvarumärket. Det ankommer dessutom enbart på det berörda företaget att besluta huruvida ett marknadsföringskoncept kan komma att ändras efter det att kännetecknet har registrerats som gemenskapsvarumärke, varför det inte kan ha någon som helst inverkan på bedömningen av huruvida kännetecknet kan registreras eller ej (förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-355/00, DaimlerChrysler mot harmoniseringsbyrån (TELE AID), REG 2002, s. II-1939, punkt 42). Harmoniseringsbyrån har således haft skäl att hävda att omständigheter såsom den aktuella varans pris, vilken inte har registrerats, inte kan tas i beaktande vid bedömningen av en varas särskiljningsförmåga.

37 Överklagandenämnden har, i punkterna 28 till 31 i det överklagade beslutet i mål T-110/02, på ett tillfredsställande sätt visat att förpackningar i form av en guldtacka är allmänt utbredda på marknaden för de aktuella varorna. På sätt som harmoniseringsbyrån har anfört i sitt svaromål saluför andra företag än de som omnämns i det omtvistade beslutet, som till exempel Feodora, Lebkuchen-Schmidt och Café Tasse, även konkurrerande varor med liknande former och färger.

38 Överklagandenämnden har, i punkterna 32 och 33 i det omtvistade beslutet i mål T-110/02, med fog anfört att formen och färgen på det sökta varumärket skiljer sig alltför litet från formen och färgen på andra varor som finns företrädda på marknaden för att man, i brist på andra kännetecken såsom verbala eller grafiska sådana, skall kunna anse att detta varumärke har ett minimum av den särskiljningsförmåga som krävs.

- 39 Denna analys motsägs inte av sökandenas påstående att det sökta varumärket utgörs av en omvänd guldstacka om 25×8 cm.
- 40 För att bedöma särskiljningsförmågan hos ett tredimensionellt varumärke skall man således, såsom harmoniseringsbyrån har anfört i sitt svaromål, endast beakta en varas särskilda rumsliga läge, vars form utgör varumärket, om denna vanligtvis presenteras i ett sådant särskilt rumsligt läge, vilket är fallet när det gäller exempelvis flaskor. I förevarande fall presenteras dock inte tackor av choklad i ett särskilt rumsligt läge. Den omständighet att de varor som saluförs av sökandena i den ifrågavarande formen presenterar ett grafiskt kännetecken på förpackningens bredaste yta räcker inte för att påvisa att dessa varor har ett särskilt rumsligt läge. Det aktuella grafiska kännetecknet hänför sig till ett visst marknadsföringskoncept som används av sökanden till gemenskapsvarumärket som riskerar att ändras och vars existens, på sätt som har angetts ovan i punkt 36, är utan relevans vid bedömningen av huruvida ett kännetecken kan registreras som varumärke.
- 41 När det sedan gäller storleken på den ifrågavarande formen kan denna inte i sig själv vara avgörande för bedömningen av huruvida denna form har särskiljningsförmåga, eftersom storleken gäller en aspekt av de aktuella varorna som har att göra med mängden choklad som finns i förpackningen. Av detta följer att det saknas skäl att anse att målgruppen uppfattar formen på en guldstacka, även sedd med den storlek som åberopats av sökandena, som en indikation på de aktuella varornas kommersiella ursprung.
- 42 Sökandena har genom att kryssa för den tillämpliga rutan i formuläret för ansökan om gemenskapsvarumärke angett att det sökta varumärket verkligen är ett tredimensionellt varumärke. Kommentaren "bild med en omvänd avskuren pyramid med rektangulär basyta, storlek ca 25×8 cm med snedskurna sidoytor" förekommer dock under rubriken "specificering av märke av annan typ" i

ansökningsformuläret. Det framgår dock av strukturen på detta formulär liksom av rubriken "Återgivning av varumärket" i "Anmärkningar till ansökningsformuläret" som utfärdats av harmoniseringsbyrån att "Annat märke" är ett sådant som inte faller inom de nämnda kategorier där det tredimensionella varumärket ingår. Härav följer att de tredimensionella varumärkena anses som en typ av varumärken som inte ingår i kategorin "Annat märke".

- 43 Om det sökta varumärket hade registrerats skulle de uppgifter om rumsligt läge och den aktuella formens storlek följaktligen inte registreras, och de skulle således endast vara en del av ett marknadsföringskoncept.
- 44 Av det ovan anförda följer att de sökta varumärkena inte väsentligen skiljer sig från vissa grundläggande former av de aktuella varorna som allmänt används i handeln men att de snarare framträder som en variant av dessa former. Denna omständighet utgör en konkret indikation enligt den ovan, i punkt 29, omnämnda praxisen, som visar att de kan användas allmänt i handeln för att presentera sådana varor som ansökan om varumärke gäller.
- 45 De sökta varumärkena kan således inte, såsom de uppfattas av en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsumēt, individualisera de aktuella varorna i förhållande till dem som har ett annat kommersiellt ursprung. Följaktligen saknar de särskiljningsförmåga i förhållande till dessa varor.
- 46 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall på den grunden att artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 har åsidosatts.

Den andra grunden: Åsidosättande av likabehandlingsprincipen

Parternas argument

- 47 Sökandena har hävdade att överklagandenämnden har åsidosatt likabehandlingsprincipen genom att avslå ansökningarna om registrering av varumärken.
- 48 Sökandena åberopar i detta avseende överklagandenämndens beslut att bevilja ansökningarna för följande tredimensionella varumärken: varumärke i form av spänne till skärp för de varukategorier som benämns "läder och läderimitationer, samt varor framställda av dessa material" (ärende R 272/1999 3), varumärke i form av en logotyp som föreställer en våffla, för de varukategorier som benämns "bageri- och konditorivaror" (ärende R 565/1999 1), varumärke i form av en snacksbit som föreställer en blomma för de varukategorier som benämns "potatisprodukter, med eller utan smaktillsatser och hårda snacks" (ärende R 467/1999 3), varumärke i form av en tredimensionell avbild av ett stråreglage för den varukategori som benämns "stråreglage" (ärende R 104/1999 3) och varumärke i form av en tablettautomat för den varukategori som benämns "antidiabetiska preparat" (ärende R 275/2000 1).
- 49 De ovannämnda varumärkena har enligt sökandena varken någon verkshöjd eller något inslag av fantasi som skulle vara överlägset de egenskaper som de sökta varumärkena har.
- 50 Harmoniseringsbyrån har genom att hänvisa till punkt 66 i förstainstansrättens dom av den 27 februari 2002 i mål T-106/00, Streamserve mot harmoniseringsbyrån (STREAMSERVE) (REG 2002, s. II-723), invänt att denna grund inte är relevant, eftersom lagenligheten av de beslut som fattas av överklagandenäm-

derna enbart skall bedömas på grundval av förordning nr 40/94, såsom den tolkas av gemenskapsdomstolarna och inte mot bakgrund av överklagandenämndernas tidigare eventuellt rättsstridiga beslutspraxis. Harmoniseringsbyrån har för övrigt påpekat att de varumärken som överklagandenämnderna fattat beslut om och som sökandena har omnämnt inte kan jämföras med de sökta varumärkena.

Förstainstansrättens bedömning

- 51 Såsom framgår av rättspraxis skall de beslut beträffande registrering av ett kännetecken såsom gemenskapsvarumärke som överklagandenämnderna skall fatta med stöd av förordning nr 40/94 omfattas av en begränsad behörighet och inte av en befogenhet att företa skönsmässiga bedömningar. Frågan huruvida ett kännetecken kan registreras eller ej som gemenskapsvarumärke skall därför enbart bedömas på grundval av denna förordning, såsom den tolkas av gemenskapsdomstolarna, och inte mot bakgrund av överklagandenämndernas tidigare praxis (se för ett liknande resonemang domarna i de ovannämnda målen STREAMSERVE, punkt 66, och Kit Pro och Kit Super Pro, punkt 32). Talan kan således inte vinna bifall på den andra grunden.
- 52 Förstainstansrätten erinrar om att även om motivering beträffande faktiska och rättsliga omständigheter i ett tidigare beslut visserligen kan utgöra argument till stöd för ett åsidosättande av en bestämmelse i förordning nr 40/94 (se för ett liknande resonemang domarna i de ovannämnda målen STREAMSERVE, punkt 69, och Kit Pro och Kit Super Pro, punkt 33), har sökanden i förevarande mål inte anfört att de tidigare beslut av överklagandenämnderna som sökandena åberopat skulle innehålla skäl som ifrågasätter den bedömning som gjorts ovan av den grund som avser åsidosättande av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94.
- 53 Av vad anförts följer att talan i båda målen skall ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

- 54 Enligt artikel 87.2 i förstainstansrättens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Harmoniseringsbyrån har yrkat att sökandena skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökandena har tappat målet, skall harmoniseringsbyråns yrkande bifallas.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen)

följande dom:

- 1) Talan ogillas.
- 2) Sökandena skall ersätta rättegångskostnaderna.

Tiili

Mengozzi

Vilaras

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 30 april 2003.

H. Jung

V. Tiili

Justitiesekreterare

Ordförande

II - 1919

