

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)
den 19 september 2001 *

I mål T-129/00,

Procter & Gamble Company, Cincinnati, Ohio (USA), företrätt av C.J.J.C. van Nispen och G. Kuipers, avocats, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller), företräd av A. von Mühlendahl, D. Schennen och C. Røhl Søberg, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

* Rättegångsspråk: engelska.

angående en talan som väckts mot det beslut som har fattats av första överklagandenämnden vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) den 8 mars 2000 (ärende R 508/1999-1) och som delgavs sökanden den 13 mars 2000,

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 15 maj 2000,

med beaktande av den svarsinlaga som inkom till förstainstansrättens kansli den 27 juli 2000,

efter det muntliga förfarandet den 5 april 2001,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

- 1 Den 7 oktober 1998 ingav sökanden med stöd av rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT 1994, L 11, 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 Av den av sökanden ingivna återgivningen av det tredimensionella varumärke av vilket registrering begärdes framgår att detta har formen av en rektangulär tablett med fasade kanter och lätt rundade hörn och med prickar och en mörk, trekantig nedsänkning i mitten på ovasidan. Ansökan avsåg inga färger.
- 3 De varor som registreringsansökan avsåg omfattas av klass 3 i Niceöverenskommelsen av den 15 juni 1957 om klassificering av varor och tjänster för varumärkesregistrering, med ändringar och tillägg, och motsvarar beskrivningen "tvätt- och blekningspreparat och andra ämnen för användning vid tvätt; rengörings-, poler-, skur- och slipmedel, preparat för tvätt, rengöring och vård av

disk; tvål; parfymer, eteriska oljor, kosmetika, hårvårdspreparat; tandpulver, -kräm och -pastor”.

- 4 I beslut av den 17 juni 1999 avslag granskaren ansökan i enlighet med artikel 38 i förordning nr 40/94 med motiveringen att det begärda varumärket saknade särskiljningsförmåga.
- 5 Den 13 augusti 1999 överklagade sökanden granskarens beslut till harmoniseringsbyrån i enlighet med artikel 59 i förordning nr 40/94.
- 6 Överklagandet ogillades genom beslut av den 8 mars 2000 (nedan kallat det omtvistade beslutet).
- 7 Överklagandenämnden fann i sak att det begärda varumärket helt saknade särskiljningsförmåga. Nämnden uppgav inledningsvis att det framgår av artikel 4 i förordning nr 40/94 att formen på en vara kan registreras som gemenskapsvarumärke förutsatt att den är tillräckligt ovanlig och godtycklig för att de berörda konsumenterna endast genom att se formen skall kunna känna igen varan som en vara från ett visst företag. Med hänsyn till fördelarna med att utföra tvätt- och diskmedel i form av tabletter, framhöll nämnden vidare att det måste stå även sökandens konkurrenter fritt att tillverka sådana med användning av de enklaste geometriska formerna. Efter att ha beskrivit det varumärke som begärdes i förevarande fall konstaterade överklagandenämnden att tablettens rektangulära form inte gav tablettens särskiljningsförmåga. De geometriska grundformerna (kvadrat, cirkel eller rektangel) är enligt överklagandenämnden de mest självklara formerna för sådana tabletter, och det finns ingen godtycklig beståndsdel och inget inslag av fantasi i valet av en rektangulär tablett för

tillverkning av rengöringsmedel i fast form. Överklagandenämnden anförde att de ytterligare beståndsdelar som sökanden hade åberopat, det vill säga de "intryckta" hörnen, de fasade kanterna och nedsänkningen i mitten, är enkla varianter av varornas vanliga utförande. Dessa beståndsdelar gör det inte möjligt att registrera den form som ansökan avser som varumärke, eftersom en konsument som uppmärksammar dem inte därav kan dra någon slutsats om tablettens ursprung. Den mörka nyansen på nedsänkningen i mitten ger enligt överklagandenämnden inte den form som ansökan avser någon särskiljningsförmåga. Att använda olika färger är enkelt och dekorativt och kan ange att olika aktiva substanser förekommer. Överklagandenämnden tillade att harmoniseringsbyrån visserligen kan ta hänsyn till de nationella myndigheternas beslut, men att den inte är bunden av dessa.

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.

Upptagande till sakprövning

Parternas argument

- 10 Vid förhandlingen anförde sökanden att talan i förevarande mål samt i de parallella målen T-117/00—T-121/00 och T-128/00 huvudsakligen syftar till att få klarhet i rättsläget beträffande möjligheten att registrera de begärda varumärkena. Sökanden anser inte att nämnda varumärken bör åtnjuta skydd enligt förordning nr 40/94. Eftersom vissa företag på marknaden har låtit lämna in ansökningar om varumärken i syfte att erhålla sådant skydd för former som liknar det som har begärts i förevarande fall och i de ovannämnda parallella målen, är emellertid enligt sökanden samtliga tillverkare tvungna att försöka få ett motsvarande skydd för sina egna varor.
- 11 Harmoniseringsbyrån anser att sökanden således i sak har begärt att förstainstansrätten skall ogilla talan. Harmoniseringsbyrån har väckt frågan huruvida sökanden under dessa omständigheter har något berättigat intresse av att få saken prövad.

Förstainstansrättens bedömning

- 12 En talan om ogiltigförklaring som en fysisk eller juridisk person har väckt kan enligt fast rättspraxis endast upptas till prövning om sökanden har ett intresse av

att få rättsakten i fråga ogiltigförklarad. Ett sådant intresse föreligger endast om ogiltigförklaringen av denna rättsakt i sig kan få rättsverkningar (förstainstansrättens dom av den 14 september 1995 i de förenade målen T-480/93 och T-483/93, Antillean Rice Mills m.fl. mot kommissionen, REG 1995, s. II-2305, punkt 59, samt där nämnd rättspraxis). Samma sak gäller för talan som har väckts med stöd av artikel 63 i förordning nr 40/94.

- 13 I förevarande fall har sökanden begärt registrering av ett tredimensionellt varumärke i form av en tablett. Denna ansökan har avslagits av granskaren, och beslutet om avslag har fastställts av överklagandenämnden. Sökandens intresse av att få överklagandenämndens beslut, som gick sökanden emot, ogiltigförklarat påverkas inte av vilken åsikt sökanden kan ha om huruvida ett varumärkesrättsligt skydd av den form som har valts för det tredimensionella varumärke som har begärts är önskvärt. Sökanden har således ett berättigat intresse av att få saken prövad i förevarande fall.

Prövning i sak

- 14 Sökanden har anfört två grunder i sak. Den första är överträdelse av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Den andra är åsidosättande av motiveringsskyldigheten. Eftersom de båda grunderna i förevarande fall är intimt förknippade med varandra, skall de prövas tillsammans.

Parternas argument

- 15 Sökanden har inledningsvis anfört att det begärda varumärket sett i dess helhet är ovanligt, har inslag av fantasi och har det minimum av särskiljningsförmåga som krävs för att det skall kunna registreras.

- 16 Sökanden har vidare yttrat sig om dels det begärda varumärkets form och mönster, dels den omständigheten att det begärda varumärket vid bedömningen av detsamma måste betraktas i sin helhet. Slutligen har sökanden argumenterat kring behovet av en enhetlig tillämpning av förordning nr 40/94.
- 17 Beträffande varumärkets form har sökanden hävdatt att det framgår av artikel 4 i förordning nr 40/94 att det inte är förbjudet att låta ett varumärke utgöras av en varas form.
- 18 Sökanden har anfört att överklagandenämnden felaktigt har tagit hänsyn till samtliga aktörers intresse av att fritt kunna använda den form som ansökan avser. Hänsynen till detta intresse är enligt sökanden inte relevant vid bedömningen av om ett varumärke saknar särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, utan endast inom ramen för en prövning av en varumärkesansökan med avseende på artikel 7.1 e i samma förordning.
- 19 Beträffande överklagandenämndens hänvisning, i samband med argumenten avseende artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, till registreringshindret i artikel 7.1 e i samma förordning har sökanden framhållit att det går — och till och med är att föredra — att välja andra tablettformer, såsom runda former. Dessutom kan rengöringsmedel enligt sökanden utföras i andra former, såsom pulver eller vätska.

- 20 Sökanden har framhållit att tabletter kan ges olika utseende inte endast genom användning av olika grundformer och genom variationer i rektangulära formers förhållande mellan längd och bredd, utan även genom variationer i tablettens tjocklek. Sökandens slutsats är att tablettens form i sig i förevarande fall kan, i förhållande till de övriga tabletter som fanns på marknaden vid den tidpunkt då varumärkesansökan gavs in, anses vara ovanlig för ett rengöringsmedel och ha inslag av fantasi. Inlägget i mitten av tablettens, som är mörkare än resten av den, samt tablettens övriga kännetecken förstärker enligt sökanden det begärda varumärkets särskiljningsförmåga.
- 21 Beträffande bedömningen av varumärket har sökanden erinrat om att särskiljningsförmågan skall bedömas med utgångspunkt i varumärket sett i dess helhet. Även om varumärkets beståndsdelar var och en för sig inte kan anses vara tillräckligt ovanliga eller ha ett tillräckligt stort inslag av fantasi för att ge varumärket särskiljningsförmåga, skapas enligt sökanden genom den särskilda kombinationen av beståndsdelar (form, mönster och färg) ett särskiljande kännetecken som kan registreras. Enligt sökanden finns det ännu inget rengöringsmedel på marknaden som till formen liknar det som ansökan avser i förevarande fall.
- 22 Överklagandenämndens argument att tablettens grundläggande form måste hållas fri för att den skall kunna användas av samtliga aktörer kan således inte motivera en vägran att registrera det begärda varumärket. Även om ett sådant argument skulle anses relevant inom ramen för en invändning enligt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, är det inte relevant i förevarande fall, eftersom det begärda varumärket inte endast utgörs av denna beståndsdel.
- 23 Sökanden har framhållit att dess ansökningar om varumärken endast syftar till att få exklusiva rättigheter till varje varumärkes specifika kombination av kännetecken, och inte till att hindra andra aktörer från att till exempel använda

den rektangulära formen för sina rengöringsmedel. Sökanden har sagt sig vara beredd att avge förklaringar om avstående i detta hänseende, om förstainstansrätten finner det nödvändigt. Sökanden har tillagt att det framgår av de många ansökningar om registrering av tredimensionella varumärken i form av tabletter avseende rengöringsmedel som har lämnats in till harmoniseringsbyrån, att variationerna i dessa tabletters utseende i det närmaste är obegränsade.

- 24 Vad slutligen beträffar behovet av en enhetlig tillämpning av förordning nr 40/94, har sökanden gjort gällande att tredimensionella varumärken som liknar sökandens har godtagits i ett antal medlemsstater, vilkas varumärkesrätt har harmoniserats med stöd av rådets första 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), bland annat i Frankrike, Förenade kungariket, Belgien, Nederländerna och Luxemburg. I de tre sistnämnda staterna har de nämnda varumärkena registrerats av Bureau Benelux des Marques. Vidare har harmoniseringsbyrån enligt sökanden offentliggjort varumärkesansökan nr 924 829, som sökanden har lämnat in avseende ett varumärke i form av en rektangulär tablett som innehåller färgerna blått, grönt och vitt.

- 25 Som svar på en fråga av förstainstansrätten har sökanden uppgivit att dess varumärkesansökan inte endast avser tabletter för tvätt- och diskmaskiner, utan samtliga varor som har nämnts i ansökan, vilka inte endast hör till sökandens hushållsavdelning, utan även till dess skönhetsavdelning. För de sistnämnda varorna motsvarar det begärda tredimensionella varumärket inte nödvändigtvis själva varans form. Det kan i stället till exempel utgöra en reklamartikel som fästs på varan. Sökanden har vidare gjort gällande att harmoniseringsbyrån inte har motiverat vägran att registrera det begärda varumärket avseende skönhetsprodukter.

- 26 Harmoniseringsbyrån har anfört att det tredimensionella varumärke som har begärts avser tabletter för tvätt- eller diskmaskiner och utgörs av själva produkten.
- 27 För att det skall kunna bedömas huruvida det begärda gemenskapsvarumärket skall beviljas avseende denna nya vara, har harmoniseringsbyrån inledningsvis beskrivit utvecklingen av tvätt- och diskmedels olika utföranden på marknaden samt fördelarna med att utföra dem i form av tabletter.
- 28 Vidare har harmoniseringsbyrån redogjort för de principer som styr registrering av tredimensionella varumärken och angivit vilka olika registreringshinder som skulle kunna spela någon roll i sammanhanget.
- 29 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.
- 30 Enligt harmoniseringsbyrån gör konsumenter i regel inte någon koppling mellan en varas form och dess ursprung. För att konsumenter skall kunna uppfatta själva formen på en vara som ett sätt att identifiera dess ursprung, måste formen enligt harmoniseringsbyrån ha en "särprägel", vilken som helst, som konsumenterna lägger märke till.

- 31 Harmoniseringsbyrån har uppgivit att bedömningen vad gäller särskiljningsförmågan av en varas form skall göras i tre steg. Först skall det utredas i vilka former som varan i fråga förekommer. Därefter skall det utredas om den form som ansökan avser skiljer sig från dessa på ett sätt som konsumenten kan uppfatta. Slutligen skall det avgöras om denna särskilda form är ägnad att ange varans ursprung.
- 32 Harmoniseringsbyrån har framhållit att varuslaget och det sätt på vilket konsumenter använder varan är viktiga inom ramen för det tredje steget i utredningen. Enligt harmoniseringsbyrån tar konsumenten tabletter för tvätt- och diskmaskiner ur förpackningen för att därefter omedelbart lägga dem i maskinen. För att känna igen varan vid inköp är konsumenten således hänvisad till varans förpackning, som är försedd med tillverkarens ordmärke, och inte till varans exakta form och färg.
- 33 De rättsliga kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan hos tredimensionella märken som, såsom i förevarande fall, utgörs av själva varans form är enligt harmoniseringsbyrån varken annorlunda eller striktare än de som tillämpas för andra varumärken. Harmoniseringsbyrån anser emellertid att en varas form inte anger dess ursprung på samma sätt som ord eller figurer på produkten eller på dess förpackning.
- 34 Därefter har harmoniseringsbyrån övergått till att bedöma det begärda varumärket.
- 35 Det begärda varumärkets rektangulära form är enligt harmoniseringsbyrån inte ovanlig och har inget inslag av fantasi, utan är tvärtom enkel och vanligt förekommande på marknaden.

- 36 Eftersom det begärda varumärket inte har återgivits grafiskt i färg, och ansökan inte har omfattat någon färg, skall varumärkets särskiljningsförmåga enligt harmoniseringsbyrån bedömas med utgångspunkt i de olika grå nyanserna, vilka inte kan likställas med olika färger. Dessa nyanser är enligt harmoniseringsbyrån inte särskiljande, utan uppfattas av konsumenten som en upplysning om att ytterligare en aktiv beståndsdel förekommer. Grått är inte någon färg som kan ge ett bruksföremål särskiljningsförmåga. Vid förhandlingen uppgav harmoniseringsbyrån att bedömningen av särskiljningsförmågan hos ett varumärke för vilket ansökan har lämnats in utan att någon färg har angivits görs utan hänsyn till eventuell användning av detta varumärke i en färgad version. Harmoniseringsbyrån tillade att innehavaren av ett sådant varumärke — om det registreras — dock i de flesta fall kan motsätta sig andras användning av varumärket i en färgad version.
- 37 Beträffande det begärda varumärkets övriga kännetecken, har harmoniseringsbyrån uppgivit att konsumenterna inte märker de fasade kanterna, som är av funktionell natur och som är vanligt förekommande på tablett. Nedsänkningen, som nästan är omöjlig att urskilja, utgör endast en infogad beståndsdel, som innehåller den aktiva substans som lagts till i en färg som är mörkare grå än resten av tablett.
- 38 Beträffande bedömningen av varumärket i dess helhet anser harmoniseringsbyrån att kombinationen av samtliga dessa icke särskiljande beståndsdelar inte gör det begärda varumärket särskiljande. Den omständigheten att samtliga tablett är olika varandra leder inte till slutsatsen att de har särskiljningsförmåga.
- 39 Argumentet att sökanden inte skall vara det enda företag som tillåts sälja produkter för tvätt- och diskmaskiner i tablettform är enligt harmoniseringsbyrån relevant vid tillämpning av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Att överklagandenämnden använde detta argument skall enligt harmoniseringsbyrån inte tolkas på

så sätt att nämnden i förevarande fall tillämpade ett självständigt registreringshinder grundat på frihållningsbehovet (Freihaltebedürfnis). För att kunna avslå en varumärkesansökan på en sådan grund, skulle harmoniseringsbyrån behöva visa att konkurrenterna har ett visst konkret berättigat intresse av att använda samma varumärke. Harmoniseringsbyrån har framhållit att överklagandenämnden i förevarande fall endast påtalade att registrering som gemenskapsvarumärke av den form som ansökan avsåg skulle medföra oönskade konsekvenser för marknadens funktion. Vid tillämpning av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 måste hänsyn enligt harmoniseringsbyrån tas till konsekvenserna av registrering av vissa grundläggande och enkla ord, kännetecken eller former. Att inte göra så vore att förneka varumärkessystemets och det industriella äganderättssystemets grundläggande funktion, som är att främja sund konkurrens.

- 40 Vad därefter beträffar påståendet att det omtvistade beslutet inte är förenligt med andra beslut av harmoniseringsbyrån, har harmoniseringsbyrån hävdats att den har avslagit samtliga ansökningar avseende runda eller rektangulära tabletter för tvätt- eller diskmaskiner och att överklagandenämnderna har fastställt dessa avslagsbeslut i samtliga fall där nämnderna har gjort en prövning. Harmoniseringsbyrån har hävdats att varumärkesansökan nr 924829 har offentliggjorts i Bulletinen för gemenskapsvarumärken men att varumärket i fråga inte har registrerats. Dessutom skulle, även om harmoniseringsbyrån faktiskt hade registrerat detta varumärke, ett sådant beslut ha varit felaktigt, och sökanden skulle inte ha kunnat åberopa det för att få till stånd ett beslut som skulle bli en upprepning av misstaget.
- 41 Beträffande de nationella varumärkesbyråernas praxis har harmoniseringsbyrån medgivit att registrering i flera eller samtliga medlemsstater för sökandens räkning av ett varumärke som är identiskt med det som har begärts i förevarande fall visserligen är en omständighet som, utan att vara avgörande, skulle kunna beaktas vid registrering av gemenskapsvarumärket. I detta hänseende har dock harmoniseringsbyrån hävdats att sökanden aldrig har gjort gällande att den har fått det varumärke som begärs i förevarande fall registrerat i Europeiska gemenskapens medlemsstater.

- 42 Beträffande medlemsstaternas nationella byråers registrering av varumärken som liknar det varumärke som har begärts i förevarande fall, har harmoniseringsbyrån anfört att dessa byråers praxis inte är enhetlig.
- 43 Även om sökanden var den första som saluförde tabletter för tvätt- och diskmaskiner, är det enligt harmoniseringsbyrån styrkt att den rektangulära formen numera är vanligt förekommande. Varumärket kan enligt harmoniseringsbyrån inte registreras även om denna form inte blev vanlig förrän efter tidpunkten för ansökan om gemenskapsvarumärke. I detta hänseende har harmoniseringsbyrån anfört dels att den första användningen av en enkel eller vanlig form inte i sig gör denna form särskiljande, dels att särskiljningsförmågan även måste föreligga vid tidpunkten för registrering av varumärket.
- 44 Efter sökandens påpekande att dess varumärkesansökan även avsåg skönhetsprodukter, uppgav harmoniseringsbyrån vid förhandlingen att den är beredd att ompröva registreringshindren beträffande dessa övriga produkter som ansökan avsåg.

Förstainstansrättens bedömning

- 45 Ett varumärkes särskiljningsförmåga skall bedömas i förhållande till de varor eller tjänster för vilka registrering av varumärket begärs.
- 46 Vad beträffar de hushållsprodukter som sökanden har angivit i sin ansökan om gemenskapsvarumärke, det vill säga "tvätt- och blekningspreparat och andra ämnen för användning vid tvätt; rengörings-, poler-, skur- och slipmedel, preparat

för tvätt, rengöring och vård av disk; tvål”, som omfattas av klass 3 i Niceöverenskommelsen, består det begärda varumärket i förevarande fall av själva varans form och mönster. Vad däremot beträffar varorna för kroppsvård som registreringsansökan avser, som också omfattas av nämnda klass 3 och motsvarar beskrivningen ”parfym, eteriska oljor, kosmetika, hårvårdspreparat; tandpulver, -kräm och -pastor”, är det svårt att tänka sig att det begärda varumärket består av själva varans form.

- 47 Beträffande hushållsprodukterna framgår det av artikel 4 i förordning nr 40/94 att en varas form räknas till de kännetecken som kan utgöra ett gemenskapsvarumärke. Emellertid medför inte den omständigheten att ett slags kännetecken allmänt sett är ägnat att utgöra ett varumärke att alla kännetecken av detta slag nödvändigtvis har särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 i förhållande till en bestämd vara eller tjänst.
- 48 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).
- 49 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.

50 I artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 görs ingen 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.

51 Vid tillämpningen av dessa kriterier måste hänsyn emellertid tas till den omständigheten att den berörda allmänheten inte nödvändigtvis uppfattar ett tredimensionellt varumärke som utgörs av själva varans form och färger på samma sätt som ett ordmärke, ett figurmärke eller ett tredimensionellt varumärke som inte utgörs av varans form. 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.

52 Rätten noterar att de hushållsprodukter som ansökan om varumärke avser i förevarande fall 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).

- 53 Den berörda allmänhetens uppfattning om varumärket påverkas 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 noterar rätten att det rör sig om dagliga konsumtionsvaror och att genomsnittskonsumenten därför inte ägnar någon större uppmärksamhet åt form och mönster på tablettorna för tvätt- och diskmaskiner.
- 54 För att bedöma om den omtvistade tablettens kombination av form och mönster kan uppfattas av allmänheten som en uppgift om ursprunget, skall det utredas vilket helhetsintryck denna kombination ger (se analogt domstolens dom av den 11 november 1997 i mål C-251/95, SABEL, REG 1997, s. I-6191, punkt 23), något som inte är oförenligt med en successiv genomgång av de olika beståndsdelarna i utförandet.
- 55 Eftersom sökandens ansökan i förevarande fall inte avser någon färg, kan det begärda varumärket ange varornas ursprung endast om genomsnittskonsumenten vid åsynen av en rektangulär tablett med en fasad kant, prickar och ett trekantigt inlägg känner igen tablettens oavsett dess färg och tillskriver samtliga varor som är utförda på detta sätt samma ursprung.
- 56 Den tredimensionella form för vilken registrering begärs, 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 produkter för tvätt- eller diskmaskiner. Tablettens lätt rundade hörn har tillkommit av praktiska skäl och kan inte uppfattas av genomsnittskonsumenten som ett särdrag hos den form som ansökan avser, vilket är ägnat att skilja ut tablettens från andra tabletter för

tvätt- eller diskmaskiner. Den fasade kanten är en knappt märkbar variant av grundformen, som inte påverkar det helhetsintryck som tabletten ger.

- 57 Vad beträffar förekomsten av prickar och ett trekantigt, mörkt inlägg i mitten av tabletten, prövar rätten inledningsvis sökandens påstående att överklagandenämnden inte har beaktat nämnda prickar. Överklagandenämnden har visserligen i det omtvistade beslutet inte uttryckligen bedömt prickarna, men den har med hänvisning till det trekantiga inlägget uppgivit att det är vanligt att använda olika färger för varorna i fråga (punkt 18). Av detta uttalande framgår att överklagandenämnden ansåg att prickarna inte kunde ge varumärket särskiljningsförmåga, eftersom det rör sig om en vanlig beståndsdel i utförandet. I detta hänseende är det omtvistade beslutet således tillräckligt motiverat.
- 58 Vidare noterar rätten att den berörda allmänheten är van vid att rengöringsprodukter innehåller ljusa och mörka beståndsdelar. Pulver, som är det traditionella utförandet i fråga om dessa produkter, är oftast mycket ljust grått eller beige och framstår nästan som vitt. Såsom sökanden själv uppgav vid förhandlingen, innehåller det ofta partiklar i en eller flera färger som kan vara mörkare eller ljusare än grundfärgen. I den marknadsföring som sökanden och andra tillverkare av rengöringsprodukter har genomfört förklaras att dessa partiklar påvisar förekomsten av olika aktiva beståndsdelar. Dessa partiklar erinrar sålunda om vissa av varans egenskaper, utan att de för den skull 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 ljusa eller mörka 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 ljusa och mörka beståndsdelar ger en antydan om vissa av produktens egenskaper, och inte anger dess ursprung.
- 59 Beträffande omständigheten att den omtvistade tabletten utöver prickarna har ett trekantigt inlägg i mitten på ovansidan, har överklagandenämnden med rätta gjort bedömningen att förekomsten av ett sådant inlägg inte räcker för att

tablettens utseende skall kunna uppfattas som en uppgift om varans ursprung. När det rör sig om att kombinera olika beståndsdelar i en tablett för tvätt- eller diskmaskiner, hör tillfogandet av ett inlägg i mitten av tabletten nämligen till de lösningar som mest spontant kommer i åtanke. Den omständigheten att inlägget utförs av en lätt nedsänkning i mitten av tabletten förändrar inte tablettens utseende nämnvärt och kan således inte påverka konsumentens uppfattning.

60 Valet av en triangel som form för inlägget är inte heller tillräckligt för att det begärda varumärket skall få särskiljningsförmåga. En sådan sammansättning av två geometriska grundformer som förekommer i den omtvistade tabletten hör nämligen till de varianter av den ifrågavarande varans utförande som spontant kommer i åtanke. Eftersom det inte finns någon ytterligare beståndsdel i utförandet som kan påverka konsumentens uppfattning gör denna formkombination det inte möjligt för den berörda allmänheten att särskilja de sålunda utförda varorna från varor med annat ursprung i handeln.

61 Möjligheten att konsumenterna trots allt kan vänja sig vid att känna igen varan på grundval av en sådan formkombination 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.

62 Det saknar i detta avseende betydelse att den specifika kombinationen av ovannämnda geometriska former för närvarande inte används för produkter för tvätt- eller diskmaskiner. Det går nämligen att åstadkomma olika kombinationer av dessa beståndsdelar i utförandet genom att variera geometriska grundformer och genom att tillfoga inlägg och prickar. De olikheter mellan olika tabletters

utseende som blir följden räcker inte för att varje tablett 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.

- 63 Med hänsyn till det helhetsintryck som den omtvistade tablettens kombination av form och mönster 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.
- 64 Vidare skall tilläggas att det större eller mindre antal liknande tabletter som redan finns på marknaden inte påverkar det begärda varumärkets oförmåga att — från början och oberoende av dess användning i den mening som avses i artikel 7.3 i förordning nr 40/94 — upplysa om varans ursprung. Det saknas således anledning att i förevarande fall avgöra frågan huruvida varumärkets särskiljningsförmåga skall bedömas vid tidpunkten för ansökan om registrering eller vid tidpunkten för den faktiska registreringen.
- 65 Vad därefter beträffar sökandens argument avseende de nationella varumärkesbyråernas praxis, 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 harmoniseringsbyrå (formen på en tvål), REG 2000, s. II-265, punkt 61, och av den 31 januari 2001 i mål T-24/00, Sunrider mot harmoniseringsbyrå (VITALITE), REG 2001, s. II-449, punkt 33). Vidare har sökanden inte hävdats att något varumärke som är identiskt med det som har begärts har registrerats av någon nationell byrå. Vad gäller de nationella varumärkesbyråernas praxis i allmänhet avseende tredimensionella varumärken som utgörs av tabletter för tvätt- och diskmaskiner, framgår det av harmoniseringsbyråns svar på förstainstansrättens frågor att denna praxis inte är enhetlig. Det kan således inte göras gällande att överklagandenämnden har felbedömt nämnda praxis.

- 66 Vad beträffar harmoniseringsbyråns egen praxis, framgår det av harmoniseringsbyråns svar på förstainstansrättens frågor att den av sökanden åberopade offentliggjorda ansökan om gemenskapsvarumärke inte har lett till registrering, utan kommer att avslås. Argumentet att denna ansökan har offentliggjorts har under sådana omständigheter i vart fall förlorat sin giltighet.
- 67 Sökandens argument beträffande harmoniseringsbyråns och vissa nationella byråers praxis kan således inte godtas.
- 68 Överklagandenämnden har således med rätta slagit fast att det begärda tredimensionella varumärket saknar särskiljningsförmåga med avseende på de varor som omfattas av klass 3 i Niceöverenskommelsen och motsvarar följande beskrivning: "tvätt- och blekningspreparat och andra ämnen för användning vid tvätt; rengörings-, poler-, skur- och slipmedel, preparat för tvätt, rengöring och vård av disk; tvål".
- 69 Beträffande sökandens argument att överklagandenämnden har tagit hänsyn till behovet av att den omtvistade tablettens form hålls fri, noterar rätten att de absoluta registreringshindren i artikel 7.1 b—7.1 e i förordning nr 40/94 uttrycker gemenskapslagstiftarens strävan att undvika att en aktör får exklusiva rättigheter som kan hindra konkurrensen på marknaden för varorna eller tjänsterna i fråga (se, beträffande registreringshindret som avser kännetecknets beskrivande karaktär, domstolens dom av den 4 maj 1999 i de förenade målen C-108/97 och C-109/97, Windsurfing Chiemsee, REG 1999, s. I-2779, punkt 25). Det intresse som konkurrenterna till en sökande av ett tredimensionellt varumärke som utgörs av en varas utförande kan ha av att fritt kunna välja form och mönster på sina egna varor, är emellertid varken i sig ett skäl som kan motivera en vägran att registrera ett sådant varumärke eller ett i sig tillräckligt kriterium för bedömning av varumärkets särskiljningsförmåga. Förbudet i

artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 mot registrering av varumärken som saknar särskiljningsförmåga medför ett skydd för intresset av att olika varianter av en varas utförande hålls fria, endast i den mån som utförandet av den vara som ansökan om registrering avser inte kan fylla ett varumärkes funktion — från början och oberoende av dess användning i den mening som avses i artikel 7.3 i förordning nr 40/94 — det vill säga göra det möjligt för den berörda allmänheten att särskilja den vara som bär varumärket från andra med ett annat ursprung i handeln.

70 Överklagandenämnden har visserligen i det omtvistade beslutet hänvisat till intresset av att undvika att en vara monopoliseras med hjälp av varumärkesrätten. Härav följer dock inte att nämnden i förevarande fall har gjort en felaktig bedömning av vilka kriterier som är tillämpliga vid bedömningen av varumärkets särskiljningsförmåga. I punkt 11 i det omtvistade beslutet har överklagandenämnden nämligen uppgivit att en varas form kan registreras som gemenskapsvarumärke "förutsatt att formen är tillräckligt ovanlig och godtycklig för att de berörda konsumenterna endast genom att se formen skall kunna känna igen varan som en vara från ett visst företag". Nämndens utredning i punkt 18 i det omtvistade beslutet av hur det begärda varumärket uppfattas av den berörda allmänheten är sålunda förenlig med de principer som det ovan har redogjorts för.

71 Vad slutligen beträffar de varor som omfattas av klass 3 i Niceöverenskommelsen och som motsvarar beskrivningen "parfym, eteriska oljor, kosmetika, hårvårdspreparat; tandpulver, -kräm och -pastor", har överklagandenämnden i det omtvistade beslutet inte angivit av vilka skäl den ansåg att det begärda varumärket saknade särskiljningsförmåga.

72 Förstainstansrätten kan därmed i förevarande fall inte kontrollera det omtvistade beslutets lagenlighet med avseende på nämnda varor. Det omtvistade beslutet har således i detta avseende fattats utan att motiveringsskyldigheten i artikel 73 i

förordning nr 40/94 har iakttagits. Förstainstansrätten kan ta hänsyn till åsidosättandet av denna skyldighet trots att det inte åberopades av sökanden förrän vid förhandlingen, eftersom en invändning om avsaknad av motivering tillhör tvingande rätt och skall prövas *ex officio* (se domstolens dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval, REG 1998, s. I-1719, punkt 67).

- 73 Av det anförda följer att det omtvistade beslutet skall ogiltigförklaras i den del det avser de varor som omfattas av klass 3 i Niceöverenskommelsen och motsvarar följande beskrivning: ”parfumer, eteriska oljor, kosmetika, hårvårdspreparat; tandpulver, -kräm och -pastor”, samt att talan i övriga delar skall ogillas.

Rättegångskostnader

- 74 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 beslutet delvis skall ogiltigförklaras, finns det skäl att besluta att vardera parten skall bära sin kostnad.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

följande dom:

- 1) Det beslut som har fattats av första överklagandenämnden vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) den 8 mars 2000 (ärende R 508/1999-1) ogiltigförklaras i den del det avser de varor som omfattas av klass 3 i Niceöverenskommelsen och motsvarar följande beskrivning: ”parfymer, eteriska oljor, kosmetika, hårvårdspreparat; tandpulver, -kräm och -pastor”.
- 2) Talan ogillas i övriga delar.
- 3) Vardera parten skall bära sin kostnad.

Meij

Potocki

Pirrung

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 19 september 2001.

H. Jung

Justitiesekreterare

A.W.H. Meij

Ordförande