

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (fjärde avdelningen)
den 13 juli 2005 *

I mål T-242/02,

The Sunrider Corp., Torrance, Kalifornien (USA), inledningsvis företrädd av advokaten M. Bra, därefter av advokaten N. Dontas, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån), företrädd av O. Waelbroeck och P. Geroukalos, båda i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan mot det beslut som fattats av harmoniseringsbyråns första överklagandenämnd den 30 maj 2002 (ärende R 314/1999-1) om en ansökan om registrering av ordmärket TOP som gemenskapsvarumärke,

* Rättegångsspråk: grekiska.

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN(fjärde avdelningen)

sammansatt av ordföranden H. Legal samt domarna P. Mengozzi och I. Wyszniowska-Białecka,

justitiesekreterare: H. Jung,

med beaktande av ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 14 augusti 2002,

med beaktande av svarsinlagan som inkom till förstainstansrättens kansli den 20 december 2002,

efter förhandlingen den 24 november 2004,

följande

Dom

Målets bakgrund

- 1 Sökanden, som är ett företag bildat enligt amerikansk rätt, ingav den 21 augusti 1997 en ansökan om gemenskapsvarumärke vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån).

- 2 Det varumärke som registreringsansökan avser utgörs av ordkännetecknet TOP. De varor som registreringsansökan avser ingår i klasserna 5 och 29 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar följande beskrivningar:
 - Klass 5: "Kapslar eller pulver med örtmat; örtnäringstillskott".
 - Klass 29: "Örtnäringstillskott".
- 3 Ansökan om registrering inlämnades på grekiska, och som andra språk angavs engelska.
- 4 Granskaren informerade sökanden, genom skrivelse av den 19 mars 1998 formulerad på engelska, om att det sökta varumärket inte var möjligt att registrera som gemenskapsvarumärke med tillämpning av artikel 7.1 b i 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).
- 5 Sökanden inkom med sitt yttrande den 19 maj 1998. Det var formulerat på engelska. I detta yttrande angav sökanden att varumärket har uppnått en särskiljningsförmåga genom att det använts i hela världen och att det följaktligen borde registreras med stöd av artikel 7.3 i förordning nr 40/94. Sökanden gjorde även gällande att varumärket TOP redan är registrerat i Kanada, Ungern, Irland, Korea, Thailand och i USA samt att ansökningar om registrering har inletts i Hong Kong, Indonesien,

Malaysia och Förenade Kungariket. Till stöd för dessa åberopanden bifogade sökanden kopior på flera registreringsintyg och flera andra dokument formulerade på engelska eller till vilka det bifogades en översättning till engelska.

- 6 Genom fax av den 9 april 1999 delgav granskaren sökanden beslutet av samma datum angående registreringsansökan. I detta beslut, som var formulerat på engelska, angavs att det sökta varumärket inte kunde registreras med motiveringen att det saknade särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 och att varumärket var beskrivande för de varor som åsyftas i den mening som avses i artikel 7.1 c i samma förordning. I beslutet angavs vidare att de bevis som sökanden hade lagt fram inte räckte för att fastställa att varumärket i fråga hade uppnått en särskiljningsförmåga enligt artikel 7.3 i förordning nr 40/94.
- 7 Sökanden överklagade den 7 juni 1999 beslutet av den 9 april 1999. Överklagandet formulerades på engelska.
- 8 Sökanden ingav den 9 augusti 1999 ett yttrande formulerat på grekiska, i vilket grunderna för överklagandet framställdes. Till yttrandet bifogade sökanden en version översatt till engelska, och angav närmare i den skrivelse som bifogades att handläggningsspråket skulle vara grekiska och att den engelska översättningen av yttrandet endast syftade till att förenkla läsningen.
- 9 Föredraganden K i detta ärende vid överklagandenämnden beredde sökanden, genom skrivelse av den 3 april 2000, tillfälle att uttala sig om tolkningen av begreppet "skriftliga meddelanden" som avses i artikel 115.4 i förordning nr 40/94, att närmare ange huruvida användningen av engelska under förfarandet inför granskaren hade orsakat sökanden olägenheter och att inkomma med yttrande över

tillämpningen av artikel 7.1 b och c i förordning nr 40/94. Sökanden underättades även om att den tilläts inkomma med ny bevisning till styrkande av sitt påstående att varumärket genom användning hade uppnått en särskiljningsförmåga med stöd av artikel 7.3 i förordning nr 40/94.

- 10 Sökanden inkom, genom fax av den 1 juni 2000 som formulerades på engelska, med ny bevisning till överklagandenämnden, med stöd av artikel 7.1 b och artikel 7.3 i förordning nr 40/94, och framlade olika dokument som samtliga var formulerade på engelska.
- 11 Genom skrivelse av den 23 maj 2001, formulerad på engelska, underrättade föredraganden M sökanden om att det hädanefter var hon som var föredragande i ärendet och att hon samma dag med stöd av artikel 11 i kommissionens förordning (EG) nr 216/96 av den 5 februari 1996 om processordningen för överklagandenämnderna vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån) (EGT L 28, s. 11), hade gett harmoniseringsbyråns direktör tillfälle att inkomma med sitt yttrande över tolkningen av uttrycket skriftliga meddelanden, som föreskrivs i artikel 115.4 i förordning nr 40/94, och över vilka konsekvenserna skulle bli för harmoniseringsbyrån av ett godkännande av en skyldighet att i förfaranden *ex parte* delge sökanden besluten på det språk på vilket ansökan om registrering som gemenskapsvarumärke ingetts.
- 12 Den 14 februari 2002 inkom harmoniseringsbyråns vice direktör, som är ansvarig för rättsliga frågor, med sitt yttrande enligt artikel 11 i förordning nr 216/96. Yttrandet, som var formulerat på engelska, delgavs sökanden den 15 februari 2002. Sökanden bereddes tillfälle att inkomma med sina synpunkter senast den 18 april 2002. Sökanden efterkom inte denna uppmaning.
- 13 Harmoniseringsbyråns första överklagandenämnd avslog överklagandet i ärende R 314/1999-1 genom beslut av den 30 maj 2002 (nedan kallat det ifrågasatta beslutet).

- 14 I detta beslut har överklagandenämnden först och främst ansett, genom en hänvisning till bland annat förstainstansrättens dom av den 12 juli 2001 i mål T-120/99, Kik mot harmoniseringsbyrån (REG 2001, s. II-2235), punkt 61, att den valmöjlighet som harmoniseringsbyrån tilldelats genom artikel 115.4 i förordning nr 40/94 att sända skriftliga meddelanden till sökanden på det språk som angetts som andra språk skall tolkas restriktivt, och att inlagor av beslutande karaktär inte omfattas (punkterna 20–22 i det ifrågasatta beslutet). Följaktligen slog överklagandenämnden fast att granskaren i förevarande fall åsidosatt artikel 115.4 i förordning nr 40/94, genom att på engelska delge sökanden beslutet om att avsluta granskningsförfarandet angående ansökan om registrering som gemenskapsvarumärke, trots att ansökan lämnats in på grekiska. Överklagandenämnden har dock ansett att omständigheten att engelska använts inte har skadat sökandens rätt till försvar, eftersom sökanden själv har använt sig av engelska när den kommunicerat med granskaren, och även senare i sitt överklagande.
- 15 För det andra upphävde överklagandenämnden granskarens beslut, på grund av bristfällig motivering och åsidosättande av rätten till försvar vid tillämpningen av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, och fastställde att överklagandeavgiften skall återbetalas till sökanden. Enligt artikel 62.1 i förordning nr 40/94 prövade överklagandenämnden sökandens registreringsansökan i sak och avslog denna till följd av det sökta varumärkets beskrivande karaktär och att det sökta varumärket saknar särskiljningsförmåga samt på grund av att det inte har visats att varumärket genom användning har uppnått en särskiljningsförmåga.

Parternas yrkanden

- 16 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall:

— i första hand ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet, förutom i den del sökandens ansökan om upphävande av granskarens beslut av den 9 april 1999 bifalles, och i den del det fastställs att överklagandeavgiften skall återbetalas,

- förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta sökanden för de utgifter för översättning som sökanden haft inom ramen för förfarandet inför granskaren och vid överklagandenämnden,
- i andra hand förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta sökanden för den skada som den har lidit till följd av att förfarandet vid överklagandenämnden har tagit orimligt lång tid, och
- under alla omständigheter förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna, däri inberäknat kostnaderna för förfarandet vid överklagandenämnden.

17 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten skall:

- ogilla talan, och
- förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Yrkandet om ogiltigförklaring

- 18 Till stöd för sitt yrkande om ogiltigförklaring har sökanden i första hand åberopat fem grunder. Den första grunden avser ett åsidosättande av artikel 115.4 i förordning nr 40/94. Genom sin andra grund har sökanden åberopat att förfarandet har tagit orimligt lång tid. Den tredje grunden avser ett åsidosättande av rätten till försvar.

Den fjärde grunden avser ett åsidosättande av motiveringsskyldigheten. Den femte grunden rör ett åsidosättande av artikel 7.1 b och c i förordning nr 40/94.

- 19 I andra hand har sökanden åberopat en sjätte grund, vilken avser ett åsidosättande av artikel 7.3 i förordning nr 40/94.

Den första grunden: Åsidosättande av artikel 115.4 i förordning nr 40/94

Parternas argument

- 20 Enligt sökanden har det i det ifrågasatta beslutet gjorts en felaktig rättstillämpning genom att överklagandenämnden felaktigt fastställde att granskarens beslut inte skulle upphävas på grund av åsidosättande av artikel 115.4 i förordning nr 40/94, med motiveringen att omständigheten att beslutet hade formulerats på engelska och att engelska använts under förfarandet inför granskaren inte hade skadat sökandens rätt till försvar. Sökanden har hävdats att det var harmoniseringsbyrån som gjorde gällande användningen av engelska, trots att handläggningsspråket var grekiska. Detta fick som följd att det var svårare för sökanden att utöva sin rätt till försvar och att den tvingades översätta alla inlagor, vilket innebar merkostnader för sökanden.
- 21 Enligt sökanden innebär det ifrågasatta beslutet ett åsidosättande av väsentliga formföreskrifter, eftersom överklagandenämnden fortsatte att vända sig till sökanden på engelska. Sökanden har särskilt betonat att skrivelsen av den 3 april 2000, genom vilken den första föredraganden i ärendet beredde sökanden tillfälle att ta ställning till ett antal frågor rörande omfattningen av artikel 115.4 i

förordning nr 40/94 och tillämpningen av artikel 7.1 b och c och artikel 7.3 i denna förordning, formulerades på engelska. Sökanden har vidare anmärkt att detsamma gäller för skrivelsen av den 23 maj 2001, genom vilken den nye föredraganden i ärendet underrättade sökanden om att direktören för harmoniseringsbyrån hade getts tillfälle att inkomma med yttrande enligt artikel 11 i förordning nr 216/96, och för direktörens svarsskrivelse av den 14 februari 2002.

- 22 Eftersom överklagandenämnden systematiskt hade använt sig av engelska i sina meddelanden till sökanden, uppfattade den senare sig tvingad att svara på engelska.
- 23 Förfarandet fortsatte på så sätt på ett annat språk än handläggningsspråket, vilket utgör ett åsidosättande av artikel 115.4 i förordning nr 40/94. I denna bestämmelse föreskrivs att harmoniseringsbyrån får sända skriftliga meddelanden till den som ansöker om registrering på det andra språk som den senare angett. Bestämmelsen avser dock endast foljebrev eller meddelanden som inte medför några rättsverkningar för den som ansöker om registrering, och som inte påverkar dennes rätt till försvar. Detta är inte fallet beträffande skrivelsen av den 3 april 2000, i vilken sökanden bereds tillfälle att inkomma med yttranden över olika aspekter av ärendet och att inkomma med nya handlingar, samt beträffande skrivelsen av den 14 februari 2002 från harmoniseringsbyråns direktör.
- 24 Harmoniseringsbyrån har i huvudsak påpekat att sökandens uppträdande, såväl under prövningen av ansökan om registrering som under förfarandet vid överklagandenämnden, konkludent innebar att sökanden samtyckte till användningen av engelska.
- 25 Sökanden invände aldrig mot att granskaren använde sig av engelska, och dessutom vände sig alltid sökanden själv till granskaren på engelska. Det är först i skrivelsen av

den 9 augusti 1999, i vilken sökanden angav sina grunder för överklagandet av granskarens beslut, som sökanden för första gången gjorde en invändning mot att engelska användes i korrespondensen med harmoniseringsbyrån, och krävde att grekiska skulle användas. Sökanden fortsatte för övrigt även efter detta datum att använda sig av engelska i sin kontakt med överklagandenämnden.

- 26 Harmoniseringsbyrån har vidare erinrat om att förstainstansrätten, i punkt 61 i domen i det ovannämnda målet Kik mot harmoniseringsbyrån, har fastställt att det genom artikel 115.4 i förordning nr 40/94 säkerställs att handläggningsspråket skall vara det språk på vilket ansökan har ingetts, och att de handlingar i ärendet som innehåller beslut följaktligen skall upprättas på detta språk. Enligt harmoniseringsbyrån är det ifrågasatta beslutet den enda rättsakt som innehåller ett beslut och som antagits efter det att sökanden för första gången begärde att handläggningsspråket skulle användas. Detta beslut formulerades på grekiska.
- 27 Harmoniseringsbyrån har slutligen bestridit sökandens påstående att dess rätt till försvar har åsidosatts genom användningen av engelska. Det framgår av korrespondensen mellan harmoniseringsbyråns instanser och sökanden att även den senare, som är ett amerikanskt företag, och dess företrädare förstår engelska. Eftersom samtliga yttranden som sökanden inkom med, och merparten av de handlingar som den senare lämnade in till harmoniseringsbyrån formulerades på engelska, framgår det att användningen av detta språk i själva verket utgör det mest praktiska för sökanden.

Förstainstansrättens bedömning

- 28 Sökanden har framställt två olika anmärkningar inom ramen för den förevarande grunden. För det första har sökanden bestridit de grunder på vilka överklagandenämnden har beslutat att den rättsstridighet som granskaren gjorde sig skyldig till

när han formulerade beslutet på engelska, under omständigheterna i förevarande fall, inte medför att beslutet skall upphävas på grund av åsidosättande av rätten till försvar. För det andra har sökanden klandrat överklagandenämnden för att ha tillämpat en restriktiv tolkning av artikel 115.4 i förordning nr 40/94.

- 29 När det gäller den första anmärkningen upphävde överklagandenämnden granskarens beslut med en annan motivering än att språkreglerna för förfarandet hade åsidosatts, och prövade själv registreringsansökan som är föremål för förevarande talan. Under dessa omständigheter och mot bakgrund av att sökanden inte har gjort gällande att ett upphävande av granskarens beslut på grund av att artikel 115.4 i förordning nr 40/94 åsidosatts borde ha föranlett överklagandenämnden att återförvisa ärendet till granskaren i stället för att själv pröva ansökan, skall det fastställas att sökanden inte har något intresse av att förstainstansrätten bedömer huruvida överklagandenämnden gjorde fel då den inte grundade upphävandet av detta beslut på de fastställanden som avses ovan. Denna grund kan följaktligen inte tas upp till sakprövning såvitt avser denna anmärkning.
- 30 Det ankommer emellertid på förstainstansrätten att pröva huruvida omständigheten att granskarens beslut delgavs sökanden på ett annat språk än handläggningsspråket har påverkat sökandens utövande av sin rätt till överklagande och sin rätt till försvar under förfarandet vid överklagandenämnden och, följaktligen, det ifrågasatta beslutets lagenlighet.
- 31 Vad gäller den andra anmärkningen erinrar förstainstansrätten om att det fastställs, i artikel 115.4 i förordning nr 40/94 om fastställande av tillämpliga språkregler vid *ex parte*-förfaranden vid harmoniseringsbyrån, att handläggningsspråket skall vara det språk på vilket ansökan har ingivits. I samma bestämmelse ges harmoniseringsbyrån möjligheten att sända skriftliga meddelanden till sökanden på det andra språk som denne har angett i ansökan, om ansökan om registrering som gemenskapsvarumärke inte har ingivits på ett av byråns språk.

- 32 Domstolen har fastställt i sin dom av den 9 september 2003 avseende överklagande i målet C-361/01 P, Kik mot harmoniseringsbyrån (REG 2003, s. I-8283), att det följer av artikel 115.4 i förordning nr 40/94 att möjligheten att använda det andra språk som sökanden har angett i ansökan för att sända skriftliga meddelanden till sökanden utgör ett undantag från principen att handläggningsspråket skall användas och att uttrycket skriftliga meddelanden följaktligen skall tolkas restriktivt (punkt 45 i domen). Domstolen fastställde vidare att eftersom ärendet omfattar samtliga handlingar som skall upprättas under handläggningen av en ansökan skall uttrycket "handlingar i ärendet", i den mening som avses i artikel 115.4 i förordning nr 40/94, anses omfatta alla handlingar som krävs eller föreskrivs i gemenskapslagstiftningen för handläggning av en ansökan om registrering av ett gemenskapsvarumärke, och de handlingar som erfordras under handläggningen, vare sig det rör sig om underrättelser, begäran om rättelse, begäran om upplysningar eller andra handlingar. Alla dessa handlingar skall således upprättas av harmoniseringsbyrån på det språk på vilket ansökan har ingetts (punkt 46 i domen). Till skillnad från handlingarna i ärendet utgör de skriftliga meddelanden som avses i artikel 115.4 andra meningen i förordning nr 40/94 alla meddelanden som med hänsyn till sitt innehåll inte kan jämföras med en handling i ärendet, exempelvis de handlingar som utgör foljebrev till de handlingar i ärendet som harmoniseringsbyrån översänder eller de handlingar varigenom byrån översänder information till sökandena (punkt 47 i domen).
- 33 Det är mot bakgrund av denna tolkning som det i förevarande fall skall prövas huruvida det ifrågasatta beslutet utgör ett åsidosättande av artikel 115.4 i förordning nr 40/94.
- 34 Meddelandet av den 3 april 2000 från den inledande föredraganden K, genom vilket sökanden bereddes tillfälle att inkomma med yttranden över vissa frågor som uppkommit i överklagandet och att inkomma med ny bevisning, omfattas obestridligen av begreppet handlingar i ärendet vid tillämpningen av artikel 115.4 i förordning nr 40/94, på sätt som definieras av domstolen i punkt 46 i domen av den 9 september 2003 i det ovannämnda målet Kik mot harmoniseringsbyrån.

- 35 Till skillnad från föredraganden M:s meddelande av den 23 maj 2001, i vilket sökanden endast informerades om hur förfarandet fortskred och om vilka åtgärder som vidtagits beträffande sökandens överklagande, syftade meddelandet av den 3 april 2000, vilket antogs med stöd av artikel 4.2 i förordning nr 216/96, till att uppmäna sökanden att inkomma med ytterligare yttranden över språkreglerna för förfarandet och att komplettera handläggningen av ärendet.
- 36 Med hänsyn till meddelandets beskaffenhet kan det fastställas att överklagandenämnden, då den använt sig av ett annat språk än handläggningsspråket då den vänt sig till sökanden, åsidosatte de språkregler som med stöd av artikel 115.4 i förordning nr 40/94 är tillämpliga på *ex parte*-förfaranden vid harmoniseringsbyrån. Förfarandet vid överklagandenämnden handlades av denna anledning på ett felaktigt sätt.
- 37 Meddelandet av den 14 februari 2002 innehåller yttranden från harmoniseringsbyråns vice direktör, begärda enligt artikel 11 i förordning nr 216/96 enligt vilken överklagandenämnden på eget initiativ eller på en skriftlig motiverad begäran av byråns direktör kan ge denne tillfälle att skriftligen eller muntligen framföra sina synpunkter på frågor av allmänt intresse som uppkommer i samband med handläggningen av ett ärende i nämnden. Det skall fastställas att detta meddelande, även om det utgör ett internt dokument vid harmoniseringsbyrån, utgör en handling i ärendet i den mening som avses i punkt 46 i domen av den 9 september 2003 i det ovan nämnda målet Kik mot harmoniseringsbyrån. Eftersom det föreskrivs i artikel 11 andra meningen i förordning nr 216/96 att parterna skall ha rätt att yttra sig över direktörens synpunkter som begärts enligt första meningen i samma artikel, utgör dessa synpunkter harmoniseringsbyråns ställningstaganden, i förhållande till vilka parterna utövar sin rätt till försvar och vilka de senare har rätt att erhålla på handläggningsspråket.
- 38 Av vad som ovan anförts följer att överklagandenämnden, genom att använda sig av ett annat språk än handläggningsspråket i meddelandet till sökanden av den 14 februari 2002, i förevarande fall upprepade det fel som den gjort sig skyldig till genom meddelandet av den 3 april 2000.

- 39 Vid detta skede skall det prövas huruvida det under omständigheterna i förevarande fall kan fastställas att de felaktigheter som har fastställts ovan i punkterna 36 och 38 konkret har påverkat sökandens rätt till försvar. På samma sätt skall det undersökas huruvida, och i så fall i vilken utsträckning, omständigheten att granskarens beslut delgavs sökanden på ett annat språk än handläggningsspråket har påverkat sökandens utövande av sin rätt till överklagande, trots att en handling av beslutande karaktär inte kan jämföras med ett skriftligt meddelande i den mening som domstolen avser i sin dom av den 9 september 2003 i det ovannämnda målet Kik mot harmoniseringsbyrån.
- 40 Det skall anges att sökanden i sitt yttrande av den 9 augusti 1999, i vilket grunderna för överklagandet av granskarens beslut anges, på ett uttömmande sätt studerade granskarens beslut, eftersom sökanden har svarat punkt för punkt på de olika delar av resonemangen som ligger till grund för beslutet. Mot detta beslut anförde sökanden, förutom anmärkningen om åsidosättande av artikel 115.4 i förordning nr 40/94, två grunder beträffande åsidosättande av väsentliga formföreskrifter som avser dels åsidosättande av sökandens rätt att yttra sig, dels att motiveringen varit otillräcklig och motsägelsefull. Sökanden anförde även två materiella grunder som syftade till att bestrida granskarens bedömning att det sökta varumärket saknar särskiljningsförmåga och att det inte föreligger sådana omständigheter att artikel 7.3 i förordning nr 40/94 kan tillämpas, samt en grund om åsidosättande av principen om icke-diskriminering.
- 41 Det framgår av detta yttrande att sökanden till fullo har förstätt granskarens beslut, och att den följaktligen har varit i stånd att yttra sig över beslutet inom ramen för sitt överklagande. Under dessa omständigheter kan det inte fastställas att omständigheten att sökanden har delgivits granskarens beslut på ett annat språk än handläggningsspråket konkret har påverkat sökandens rätt till överklagande. Det har inte heller försvårat överklagandet eller på något sätt inverkat på sökandens rätt till försvar under förfarandet vid överklagandenämnden.

- 42 När det gäller föredraganden K:s meddelande av den 3 april 2000, svarade sökanden på detta genom fax av den 1 juni 2000. I detta fax svarade sökanden på samtliga punkter i meddelandet. I sitt svar bestred sökanden att föredragandens yttrande var relevant och välgrundat beträffande granskarens åsidosättande av språkreglerna för förfarandet. Sökanden bestred vidare föredragandens ståndpunkt beträffande anmärkningen om åsidosättande av sökandens rätt att yttra sig och förklarade varför det sökta varumärket inte kunde anses vara beskrivande. För övrigt utnyttjade sökanden tillfället att inkomma med nya dokument i syfte att visa att varumärket i fråga genom användning har uppnått särskiljningsförmåga.
- 43 Under dessa omständigheter står det klart att sökanden varit i stånd att såväl till fullo förstå de frågeställningar som angavs i meddelandet av den 3 april 2000 som utnyttja tillfället att inkomma med ny bevisning.
- 44 Vad slutligen beträffar meddelandet av den 14 februari 2002 som innehöll de synpunkter som överklagandenämnden hade begärt enligt artikel 11 i förordning nr 216/96, avstod sökanden, efter att ha beretts tillfälle därtill, att uttala sig om detta meddelande. Oavsett om sökandens avstående beror på att meddelandet till sökanden hade formulerats på ett annat språk än handläggningsspråket, skall det fastställas att överklagandenämnden inte följde den tolkning som hade förordats av harmoniseringsbyråns direktör. Även om det antas att sökanden, på grund av det språk som användes i meddelandet, inte till fullo förstod innehållet i meddelandet, påverkade detta inte sökandens rätt till försvar.
- 45 Av vad anförts följer att trots att överklagandenämnden gjorde sig skyldig till förfarandefel, har sökandens rätt till försvar inte åsidosatts.

- 46 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall på den första grunden.

Den andra grunden: Orimlig tidsutdräkt vid förfarandet vid överklagandenämnden

Parternas argument

- 47 Sökanden har hävdad att överklagandenämnden åsidosatte artikel 6 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen), undertecknad i Rom den 4 november 1950, i den mån det där föreskrivs att mål skall avgöras inom skälig tid. Denna bestämmelse är tillämplig på harmoniseringsbyråns överklagandenämnder, eftersom dessa vidtar åtgärder av rättskipningskaraktär och eftersom de därför är skyldiga att iaktta gemenskapsrättens principer avseende förfarande, bland andra principen om iakttagande av rimlig tidsfrist.
- 48 Sökanden har anmärkt att överklagandet av granskarens beslut att inte registrera varumärket lämnades in den 7 juni 1999 och att det ifrågasatta beslutet fattades den 30 maj 2002 och delgavs sökanden den 24 juni 2002, det vill säga mer än två år efter det att överklagandet lämnades in. Denna tidsutdräkt är orimlig, särskilt då det handlar om ett *ex parte*-förfarande.
- 49 Enligt sökanden kan en sådan orimlig tidsutdräkt medföra att det ifrågasatta beslutet ogiltigförklaras.

- 50 Harmoniseringsbyrån har bestridit att artikel 6 i Europakonventionen är tillämplig på överklagandenämnderna. Även om det är riktigt att det enligt förordning nr 40/94 krävs att ledamöterna i överklagandenämnden på ett flertal sätt är oavhängiga, utgör överklagandenämnderna icke desto mindre endast en sista instans vid harmoniseringsbyrån och deltar i egenskap av administrativt organ i förvaltningen av systemet med gemenskapsvarumärken. Av denna anledning skall ett överklagande till en av överklagandenämnderna snarare anses utgöra ett administrativt besvär än en juridisk talan.

Förstainstansrättens bedömning

- 51 Förstainstansrätten anger att eftersom principen om iakttagande av en rimlig tidsfrist utgör en beståndsdel av principen om god förvaltningssed, vilken föreskrivs i artikel 41.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, kungjord i Nice den 7 december 2000 (EGT C 364, s. 1) kan den göras gällande i samtliga administrativa gemenskapsförfaranden (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 22 oktober 1997 i de förenade målen T-213/95 och T-18/96, SCK och FNK mot kommissionen, REG 1997, s. II-1739, och av den 7 oktober 1999 i mål T-228/97, Irish Sugar mot kommissionen, REG 1999, s. II-2969, punkt 276, angående tillämpningsförfaranden om konkurrensbestämmelser, av den 30 september 2003 i mål T-196/01, Aristoteleio Panepistimio Thessalonikis mot kommissionen, REG 2003, s. II-3987, punkt 229, angående ett förfarande om upphävande av strukturfonder, av den 30 maj 2002 i mål T-197/00, Onidi mot kommissionen, REGP 2002, s. I-A-69 och s. II-325, punkt 91, och av den 12 september 2000 i mål T-259/97, Teixeira Neves mot domstolen, REGP 2000, s. I-A-169 och s. II-773, punkt 123, angående disciplinära förfaranden mot gemenskapernas tjänstemän).
- 52 Denna princip kan således även tillämpas på förfaranden i de olika instanserna vid harmoniseringsbyrån, däri inberäknat överklagandenämnderna.

- 53 Enligt fast rättspraxis motiverar emellertid åsidosättandet av principen om iakttagande av en rimlig tidsfrist, under förutsättning att det har fastställts, inte att det ifrågasatta beslutet ogiltigförklaras med automatik (förstainstansrättens dom i det ovannämnda målet *Aristoteleio Panepistimio Thessalonikis* mot kommissionen, punkt 233, och där angiven rättspraxis).
- 54 Under omständigheterna i förevarande fall kan talan inte bifallas på den andra grunden, i den mån grunden åberopas av sökanden till stöd för dess yrkande om ogiltigförklaring, eftersom den saknar verkan.
- 55 I ett fall som detta, där harmoniseringsbyrån har tagit emot en ansökan om registrering som gemenskapsvarumärke, har sökanden inte något intresse av att förstainstansrätten, inom ramen för en talan om ogiltigförklaring av överklagandenämndens beslut genom vilket beslutet att inte registrera varumärket bekräftas, ogiltigförklarar detta beslut av det enda skälet att det fattades först efter utgången av en rimlig tidsfrist. En sådan ogiltigförklaring skulle endast fördröja harmoniseringsbyråns senare beslut i frågan om registrering som gemenskapsvarumärke, och detta till sökandens förfång.

Den tredje grunden: Åsidosättande av artikel 73 i förordning nr 40/94

Parternas argument

- 56 Enligt sökanden åsidosatte överklagandenämnden artikel 73 i förordning nr 40/94 genom att den i punkt 45 i det ifrågasatta beslutet grundade sin bedömning, att det sökta varumärket saknar särskiljningsförmåga, på resultat av en sökning på Internet. Sökanden underrättades inte i förväg om detta resultat.

- 57 Harmoniseringsbyrån har hävdad att de omständigheter som nämns i punkt 45 i det ifrågasatta beslutet endast kompletterar överklagandenämndens bedömning att varumärket i fråga saknar särskiljningsförmåga.

Förstainstansrättens bedömning

- 58 Förstainstansrätten erinrar om att enligt artikel 73 andra meningen i förordning nr 40/94 får harmoniseringsbyråns beslut endast grunda sig på omständigheter som parterna har haft tillfälle att yttra sig över.
- 59 I enlighet med denna bestämmelse kan en överklagandenämnd vid harmoniseringsbyrån inte grunda ett beslut på rättsliga eller faktiska omständigheter som parterna inte getts tillfälle att yttra sig över (domstolens dom av den 21 oktober 2004 i mål C-447/02 P, KWS Saat mot harmoniseringsbyrån, REG 2004, I-10107, punkt 42). Om överklagandenämnden på eget initiativ inhämtar uppgifter om sakomständigheter på vilka nämnden avser att grunda sitt beslut är det således obligatoriskt för nämnden att informera parterna om dessa omständigheter så att de får möjlighet att yttra sig (domen i det ovannämnda målet KWS Saat mot harmoniseringsbyrån, punkt 43).
- 60 Överklagandenämnden påpekar i punkt 45 i det ifrågasatta beslutet att "de varor som omfattas av ansökan ingår i kategorin hälsokostprodukter. Inom denna kategori används ord som top i stor utsträckning i den engelsktalande delen av gemenskapen för att visa upp en lista över top products, såsom det framgår av en snabb sökning på Internet." Efter detta anges adressen till den webbplats på vilken sökningen gjorts.

- 61 Det är utrett att överklagandenämnden inte meddelade sökanden vare sig om innehållet på denna webbplats eller om resultatet av den sökning som nämns i den ovannämnda punkten i det ifrågasatta beslutet.
- 62 Därigenom har överklagandenämnden åsidosatt artikel 73 andra meningen i förordning nr 40/94.
- 63 I punkt 44 i det ifrågasatta beslutet har överklagandenämnden emellertid fastställt att "ordet top för närvarande utgör en allmän benämning som är vanlig och som används i stor utsträckning på området för varorna i fråga. Ordet används på samma sätt som orden best, excellent och super." I punkt 46 har nämnden fastställt att "ordet top endast används för att informera omsättningskretsen om en av varans karaktäristiska egenskaper, nämligen att det handlar om de bästa näringstillskotten på marknaden". Mot bakgrund av detta har överklagandenämnden fastställt att "omsättningskretsen som träffar på varorna och tjänsterna i fråga följaktligen uppfattar ordet top endast så som beskrivits ovan och inte som ett varumärke".
- 64 Dessa skäl, som grundas på ett självständigt resonemang i förhållande till den hänvisning som gjorts till resultatet av de sökningar på Internet som nämns i punkt 45 i det ifrågasatta beslutet, ett resonemang som för övrigt sökanden känner till eftersom det även utgör granskarens resonemang, är tillräckliga för att inte bifalla talan på denna grund.
- 65 Fastställandet i punkt 45 i det ifrågasatta beslutet och som följer av överklagandenämndens sökningar, enligt vilket ord som top används i stor utsträckning beträffande de berörda varorna för att upprätta en lista över top products, styrker slutsatsen att ordet top utgör en vanlig benämning som används i stor utsträckning på området för varorna i fråga. Det utgör således inte en nödvändig del av skälet att inte registrera varumärket.

- 66 Omständigheten att punkt 45 i det ifrågasatta beslutet strider mot artikel 73 andra meningen i förordning nr 40/94 kan således inte leda till att beslutet ogiltigförklaras (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet KWS Saat mot harmoniseringsbyrån, punkt 50, och förstainstansrättens dom av den 31 mars 2004 i mål T-216/02, Fieldturf mot harmoniseringsbyrån (LOOKS LIKE GRASS ... FEELS LIKE GRASS ... PLAYS LIKE GRASS), REG 2004, s. II-1023, punkt 41).
- 67 Den tredje grunden som sökanden har åberopat för sitt yrkande om ogiltigförklaring kan således inte godtas.

Den fjärde grunden: Bristfällig motivering

Parternas argument

- 68 Sökanden har gjort gällande att skälen till det ifrågasatta beslutet endast innehåller vaga och obestämda påståenden som inte kan anses styrka överklagandenämndens slutsatser beträffande det sökta varumärkets påstådda beskrivande karaktär och nämndens påstående att det sökta varumärket saknar särskiljningsförmåga.
- 69 När det gäller skälen till bedömningen av särskiljningsförmågan hos kännetecknet i fråga framställs i det ifrågasatta beslutet endast omständigheter som framgår av en bedömning i enlighet med artikel 7.1 c i förordning nr 40/94 utan att något självständigt resonemang beträffande tillämpningen av artikel 7.1 b i samma förordning utvecklas. Detta står i strid med vad som krävs enligt förstainstansrättens fasta rättspraxis, bland annat genom förstainstansrättens dom av den 27 februari 2002

i mål T-34/00, Eurocool Logistik mot harmoniseringsbyrån (EUROCOOL), (REG 2002, s. II-683), punkt 25, enligt vilken de absoluta registreringshindren i artikel 7.1 b och c i förordning nr 40/94 är oberoende av varandra och vart och ett har sitt eget tillämpningsområde.

- 70 Av detta har sökanden dragit slutsatsen att det ifrågasatta beslutet är bristfälligt motiverat.
- 71 Harmoniseringsbyrån har yrkat att talan inte kan vinna bifall på denna grund, genom att göra gällande att skälen till det ifrågasatta beslutet möjliggör för sökanden att förstå skälen för avslaget på dennes ansökan om registrering.

Förstainstansrättens bedömning

- 72 Enligt fast rättspraxis föreskrivs skyldigheten för harmoniseringsbyrån att motivera sina beslut i artikel 73 första meningen i förordning nr 40/94. Denna motivering skall göra det möjligt att i förekommande fall få kännedom om skälen för avslaget på registreringsansökan och att på ett ändamålsenligt sätt ifrågasätta det omtvistade beslutet (förstainstansrättens dom av den 9 oktober 2002 i mål T-173/00, KWS Saat mot harmoniseringsbyrån (nyans av färgen orange), REG 2002, s. II-3843, punkterna 54 och 55, se även, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 31 januari 2001 i mål T-135/99, Taurus-Film mot harmoniseringsbyrån (Cine Action), REG 2001, s. II-379, punkt 35, och T-136/99, Taurus-Film mot harmoniseringsbyrån (Cine Comedy), REG 2001, s. II-397, punkt 35).

- 73 I punkt 38 i det ifrågasatta beslutet har överklagandenämnden angett skälen till varför den bedömde att det sökta varumärket har en beskrivande karaktär, nämligen huvudsakligen på grund av att varumärket uteslutande består av ett lovordande ord som i handeln kan användas till att upplysa konsumenten om den mycket höga kvalitén på de berörda varorna.
- 74 I motsats till vad sökanden har gjort gällande framgår det av punkterna 41–50 i det ifrågasatta beslutet att det är mot bakgrund av ett självständigt resonemang, grundat på fastställandet att det kännetecknen som ansökan om registrering avser utgörs av en allmän benämning som är vanlig och som används i stor utsträckning beträffande varorna i fråga, som överklagandenämnden har fastställt att kännetecknet saknar särskiljningsförmåga.
- 75 Det följer av skälen till det ifrågasatta beslutet att de, även om de är kortfattat formulerade, gör det möjligt för sökanden att få kännedom om skälen för avslaget på registreringsansökan och att på ett ändamålsenligt sätt utveckla sina grunder inom ramen för förevarande talan.
- 76 Således kan talan inte bifallas på den fjärde grunden avseende åsidosättande av motiveringsskyldigheten.

Den femte grunden: Åsidosättande av artikel 7.1 b och c

Parternas argument

- 77 Sökanden har anmärkt att förbudet att som gemenskapsvarumärke registrera kännetecknen som är uteslutande beskrivande, vilket föreskrivs i artikel 7.1 c i

förordning nr 40/94, har som syfte att hindra registrering av kännetecken som, på grund av att de utgör en vanlig benämning på kategorin av ifrågavarande varor eller tjänster, saknar förmåga att identifiera det företag som saluför de varor eller tjänster som omfattas av dessa kännetecken. Följaktligen kan, enligt sökanden, endast kännetecken som vanligen används av konsumenten för att direkt och specifikt beskriva kvalitén eller för att på samma sätt beskriva varors eller tjänsters karaktäristiska egenskaper som avses i ansökan om registrering, betecknas som uteslutande beskrivande.

- 78 I förevarande fall har överklagandenämnden, förutom de vaga och allmänna påståendena, inte kunnat visa att ordet top, vilket utgör det sökta varumärket, i en av sina olika betydelser används eller skulle kunna användas som en anvisning på vilken kvalitativ karaktär som helst hos varorna i fråga.
- 79 När det gäller tillämpningen av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 har sökanden påpekat att ett känneteckens beskrivande karaktär skall bedömas mot bakgrund av de varor som ansökan om registrering av detta kännetecken avser.
- 80 Enligt förstainstansrättens fasta rättspraxis innebär inte omständigheten att ett kännetecken, för vilket ansökan om registrering har inlämnats, saknar särskiljningsförmåga att det endast kan fastställas att nämnda kännetecken saknar originalitet eller inte är fantasifullt.
- 81 Kännetecken som saknar varje form av originalitet eller kreativitet skulle, även om det består av ett eller flera ord i det allmänna språkbruket, kunna registreras som gemenskapsvarumärke under förutsättning att man kan känna igen varornas eller tjänsternas ursprung som kännetecknet skall beskriva.

- 82 Varken granskaren eller överklagandenämnden har emellertid visat att ordet top som ansökan om registrering avser kan fylla denna funktion.
- 83 Kännetecknet i fråga utgörs i stället av ett enda kort ord som är enkelt att komma ihåg och som är enkelt att uttala på samtliga av gemenskapens språk, vilket innebär att det kan identifiera sökandens varor och urskilja dem från varor från andra tillverkare.
- 84 Beträffande tillämpningen av artikel 7.1 c i förordning nr 40/94 har harmoniseringsbyrån påpekat att det varumärke som registreringsansökan avser uteslutande består av ett ord som beskriver en av egenskaperna hos varorna i fråga. Harmoniseringsbyrån har närmare angett att ordet top är ett lovordande ord som är vanligt förekommande i engelskan för att beskriva en hög kvalitet hos varorna i fråga, och att det inte finns någon märkbar avvikelse från den terminologi som används i det allmänna språkbruket, vilket innebär att de berörda konsumenterna kan betrakta ordet som en indikation på de aktuella varornas kommersiella ursprung.
- 85 När det gäller den anmärkning som sökanden har gjort om det påstådda åsidosättandet av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, har harmoniseringsbyrån anmärkt att ordet top är ett lovordande ord som är vanligt förekommande i engelskan och som ofta används som en allmän benämning såväl inom livsmedelsområdet i allmänhet som inom det särskilda området för örtmat och örtnärings-tillskott. Harmoniseringsbyrån har även framhållit att överklagandenämnden med rätta har ansett att omsättningskretsen inte uppfattar ordet top som en indikation på de aktuella varornas kommersiella ursprung utan snarare som en upplysning om varornas kvalitet.

Förstainstansrättens bedömning

- 86 Förstainstansrätten prövar först sökandens andra anmärkning, det vill säga anmärkningen om åsidosättande av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94.
- 87 Enligt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 får "[v]arumärken som saknar särskiljningsförmåga" inte registreras.
- 88 Kännetecken som enligt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 saknar särskiljningsförmåga anses inte fylla varumärkets huvudsakliga funktion, nämligen den att identifiera varans eller tjänstens kommersiella ursprung, för att därigenom göra det möjligt för de konsumenter som köper den vara eller den tjänst som varumärket avser att göra samma val vid ett senare köp, om erfarenheten varit positiv, eller att göra ett annat val, om den varit negativ (förstainstansrättens dom av den 9 oktober 2002 i mål T-360/00, Dart Industries mot harmoniseringsbyrån, REG 2002, s. II-3867, punkt 42).
- 89 Frågan huruvida ett kännetecken har särskiljningsförmåga skall bedömas enbart i förhållande till de varor eller tjänster som registreringsansökan avser och i förhållande till hur omsättningskretsen uppfattar kännetecknet (domen i det ovannämnda målet UltraPlus, punkt 43).
- 90 I förevarande mål har överklagandenämnden ansett att ordet top saknar särskiljningsförmåga på grundval av omständigheterna att ordet är av lovordande karaktär och att det utgör en allmän benämning som används i stor utsträckning i förhållande

till de berörda varorna (punkterna 44 och 46 i det ifrågasatta beslutet). Dessutom har överklagandenämnden ansett att konsumenten inte skulle se ordet som ett särskiljande kännetecken för varornas ursprung, eftersom denne skulle uppfatta det endast som att det gav uttryck för ett påstående från tillverkaren avseende kvaliteten på hans varor (punkt 46 i det ifrågasatta beslutet).

- 91 Förstainstansrätten påpekar inledningsvis att det för att fastställa att ett kännetecken har särskiljningsförmåga inte är nödvändigt att fastställa att kännetecknet är originellt eller fantasifullt (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Cine Acton, punkt 31, EUROCOOL, punkt 45 och UltraPlus, punkt 45).
- 92 Vad beträffar omsättningskretsen skall det anges att, såsom överklagandenämnden har gjort utan att sökanden har bestridit det, örtmat och örtnäringstillskott är avsedda för allmän konsumtion och således för konsumenter vars uppmärksamhetsgrad inte är speciell på så sätt att deras uppfattning av kännetecknet påverkas. Omsättningskretsen består således av genomsnittskonsumenter som är normalt informerade samt skäligen uppmärksamma och medvetna (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 22 juni 1999 i mål C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, REG 1999, s. I-3819, punkt 26, förstainstansrättens dom av den 7 juni 2001 i mål T-359/99, DKV mot harmoniseringsbyrån (EuroHealth), REG 2001, s. II-1645, punkt 27, och i domen i det ovannämnda målet UltraPlus, punkt 46).
- 93 Ordet top härstammar från engelskan men används även ofta i andra gemenskapspråk. Det är ett superlativ och kan användas som ett självständigt substantiv eller sammansatt. Eftersom det sökta varumärket uteslutande består av detta ord, skall detta grammatiskt betraktas som ett substantiv.

- 94 I förevarande fall används ordet top i sin vanliga grammatiska form som inte "skiljer sig märkbart från en korrekt lexikalisk konstruktion" i den mening som avses i domen i det ovannämnda målet Dart Industries mot harmoniseringsbyrån (punkt 47), till skillnad från vad som var fallet för ordet ultraplus i målet som gav upphov till domen i det ovannämnda målet UltraPlus.
- 95 Även om kännetecknet top inte vägleder konsumenten i frågan till vilken vara eller tjänst ordet hör, på grund av ordets allmänna betydelse som syftar till att på ett obestämt sätt upphöja en egenskap, funktion eller kvalitet hos vilken vara eller tjänst som helst, är det trots allt så att, just på grund av att ordet ofta används som allmänt lovordande i det allmänna språkbruket, som i handeln, detta ordkännetecken inte kan anses identifiera det kommersiella ursprunget hos den vara det beskriver och det fyller således inte den grundläggande funktionen hos varumärket.
- 96 Även om, såsom sökanden har påpekat, ett sådant kännetecken lätt och omedelbart kan läggas på minnet av omsättningskretsen, innebär omständigheten att det kan användas som sådant av vilken tillverkare eller tjänsteleverantör som helst för att göra reklam för sina varor eller tjänster, att kännetecknets användning inte kan förbehållas ett enda företag även om en sådan exklusivitet bara rör ett specifikt område såsom örtmat och örtnäringstillskott och liknande varor.
- 97 Av vad som ovan anförts följer att överklagandenämnden inte gjorde någon felaktig bedömning då den fastställde att det sökta varumärket saknar särskiljningsförmåga.
- 98 Talan kan således inte bifallas på den femte grunden såvitt avser den andra anmärkningen.

- 99 Eftersom det är tillräckligt att ett enda av de absoluta registreringshinder som föreskrivs i artikel 7.1 i förordning nr 40/94 föreligger för att inte registrera ett varumärke, kan talan inte vinna bifall på den femte grunden, och det saknas därvid anledning att pröva den första anmärkningen. Den första anmärkningen avser en felaktig tillämpning av artikel 7.1 c i förordning nr 40/94, och den är under alla omständigheter utan verkan i förevarande fall.

Den alternativa sjätte grunden: Felaktig bedömning vid tillämpningen av artikel 7.3 i förordning nr 40/94

Parternas argument

- 100 Enligt sökanden gjorde överklagandenämnden en felaktig bedömning av de bevis som sökanden hade lagt fram till styrkande av att det sökta varumärket har uppnått särskiljningsförmåga genom användning i enlighet med artikel 7.3 i förordning nr 40/94. Sökanden har klandrat överklagandenämnden för att ha prövat bevisen vart och ett för sig i stället för att göra en helhetsbedömning. Om en sådan helhetsbedömning hade gjorts hade det framgått av denna bevisning att sökanden har använt varumärket i stor utsträckning innan den ansökte om registrering.
- 101 Enligt harmoniseringsbyrån har överklagandenämnden med rätta ansett att den bevisning som sökanden har lagt fram inte styrker att varumärket uppnått en särskiljningsförmåga genom användning.

Förstainstansrättens bedömning

- 102 Det framgår av punkterna 53–55 i det ifrågasatta beslutet att överklagandenämnden ansåg att utdrag ur sökandens kataloger inte var någon relevant bevisning, med motiveringen att det inte var möjligt att fastställa datumet för deras tryck och inte heller omfattningen av deras spridning till allmänheten i gemenskapen. Överklagandenämnden fann att inte heller uppgifterna om sökandens försäljningsmängder var någon relevant bevisning, på grund av att de inte varit tillräckligt utförliga och på grund av att dessa uppgifter inte intygats av en revisor och att det inte heller bifogats några fakturor för att styrka uppgifterna.
- 103 När det gäller utdragen från den av sökanden utgivna katalogen Sun spot avseende månaderna juli 1993, januari 1995, februari 1996, juni 1996 och augusti 1997, angav överklagandenämnden i punkt 56 i det ifrågasatta beslutet att dessa utdrag inte styrker att det sökta varumärket har uppnått en särskiljningsförmåga i det berörda området i gemenskapen, på grund av att det saknas utförligare uppgifter om upplaga och om det geografiska området för spridningen av denna katalog.
- 104 Sökanden har inte ens försökt att bestrida överklagandenämndens slutsats beträffande bristen på relevans av den bevisning som lämnats in eller beträffande dess bevisvärde, vilket bedömts vara otillräckligt för att berättiga en tillämpning av artikel 7.3 i förordning nr 40/94.
- 105 Sökanden har nöjt sig med att klandra överklagandenämnden för att ha genomfört en ofullständig bedömning av bevisningen och för att inte ha gjort en helhetsbedömning av densamma.

- 106 Under dessa omständigheter är det tillräckligt att fastställa att överklagandenämnden inte gjorde någon felaktig bedömning då den separat bedömde relevansen och bevisvärdet hos sökandens bevisning, i fråga om handlingar och information av olika slag.
- 107 Talan kan således inte bifallas på sökandens alternativa sjätte grund.
- 108 Mot bakgrund av samtliga ovan redovisade omständigheter skall talan om ogiltigförklaring ogillas.

De övriga yrkandena

Yrkandet om att harmoniseringsbyrån skall förpliktas att ersätta de utgifter för översättning som sökanden haft inom ramen för förfarandet inför granskaren och vid överklagandenämnden

Parternas argument

- 109 Sökanden har hävdat att den varit tvungen att översätta samtliga handlingar till engelska på grund av att granskaren och överklagandenämnden systematiskt har avvikit från handläggningspråket. Av denna anledning har sökanden haft utgifter som skall ersättas av harmoniseringsbyrån.

110 Harmoniseringsbyrån har bestridit sökandens anspråk.

Förstainstansrättens bedömning

- 111 Sökanden har inte lämnat in någon form av bevisning till styrkande av att sökanden verkligen har haft dessa utgifter och inte heller till styrkande av storleken på beloppet för den översättningskostnad som sökanden påstår sig ha haft.
- 112 Under dessa omständigheter kan yrkandet inte bifallas.

Det alternativa yrkandet om ersättning för den skada som sökanden har lidit till följd av att förfarandet vid överklagandenämnden har tagit orimligt lång tid

Parternas argument

- 113 Sökanden har i andra hand begärt skadestånd för att förfarandet vid överklagandenämnden har tagit orimligt lång tid.

- 114 Harmoniseringsbyrån har framhållit dels att sökanden inte har angett den skada som den har lidit på grund av påståendet att förfarandet vid överklagandenämnden har tagit orimligt lång tid, dels att förfarandet vid överklagandenämnden mot bakgrund av omständigheterna i förevarande fall inte har tagit orimligt lång tid.

Förstainstansrättens bedömning

- 115 Det är tillräckligt att ange att sökanden inte har inkommit med någon bevisning till styrkande av skada som uppkommit på grund av att förfarandet vid överklagandenämnden har tagit orimligt lång tid.
- 116 Under dessa omständigheter kan talan inte bifallas såvitt avser sökandens yrkande om ersättning för den skada som den påstått sig ha lidit till följd av att förfarandet vid överklagandenämnden har tagit orimligt lång tid.
- 117 Av vad som anförts följer att talan skall ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

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

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen)

följande dom:

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

Legal

Mengozzi

Wiszniewska-Białecka

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 13 juli 2005.

H. Jung

Justitiesekreterare

H. Legal

Ordförande