

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (tredje avdelningen)

den 31 maj 2005*

I mål T-15/05,

Wim De Waele, Brygge (Belgien), företrädd av advokterna P. Maeyaert, S. Granata och R. Vermeire,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån), företrädd av W. Verburg, i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan mot det beslut som fattats av harmoniseringsbyråns första överklagandenämnd den 16 november 2004 (ärende R 820/2004-1) om registrering av ett tredimensionellt varumärke, bestående av formen på en korv, som gemenskapsvarumärke,

* Rättegångsspråk: nederländska.

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

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

justitiesekreterare: handläggaren J. Plingers,

med beaktande av ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 18 januari 2005,

med beaktande av svarsinlagan som inkom till förstainstansrättens kansli den 29 april 2005,

efter förhandlingen den 30 november 2005,

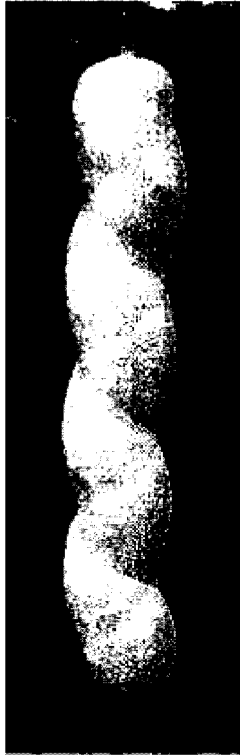
följande

Dom

Bakgrund till tvisten

- 1 Sökanden ingav den 13 februari 2003 en ansökan om registrering av gemenskapsvarumärke till Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (nedan kallad harmoniseringsbyrån) med stöd av rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3), i dess ändrade lydelse.

- 2 Registreringsansökan avser ett varumärke som består av den nedan återgivna tredimensionella formen:



- 3 De varor som registreringsansökan avser ingår i klasserna 18, 29 och 30 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och omfattas av följande beskrivningar:

— klass 18: "Tarmar för charkuteri",

— klass 29: "Kött, fisk, fjäderfä och vilt; charkuterivaror; konserverade, torkade och tillagade frukter och grönsaker; konserver innehållande kött, fisk, fjäderfä och vilt; mejeriprodukter, inklusive ost, puddingar, efterrättskrämer och geléer,

— klass 30: "Konditorivaror; chokladprodukter; såser (smaktillsatser); senap; majonnäs".

4 Granskaren avslag delvis ansökan genom beslut av den 15 juli 2004 med motiveringen att det sökta varumärket saknade särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 vad gäller tarmar för charkuteri, kött, fjäderfä och vilt, charkuterivaror, mejeriprodukter inklusive ost, konditorivaror och chokladprodukter.

5 Sökanden överklagade den 14 september 2004 granskarens beslut till harmoniseringsbyrån med stöd av artiklarna 57–62 i förordning nr 40/94.

6 Genom beslut av den 16 november 2004 (nedan kallat det omtvistade beslutet) ändrade harmoniseringsbyråns första överklagandenämnd delvis granskarens beslut genom att slå fast att det sökta varumärket hade särskiljningsförmåga när det gällde mejeriprodukter, inklusive ost. Vad beträffade de övriga varor som ansökan avsåg ansåg överklagandenämnden att den omständigheten att den tvinnade aspekten hos den form som ansökan avsåg var aningen mer accentuerad än hos de former som är vanligt förekommande i handeln inte räckte för att formen skulle anses vara så speciell att konsumenten tydligt kan uppfatta den som en angivelse av de berörda varornas ursprung.

Förfarandet och parternas yrkanden

- 7 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall
- ändra eller ogiltigförklara det omtvistade beslutet i den del det avser produkterna "tarmar för charkuteri" i klass 18, eller åtminstone i den del det avser produkterna "tarmar för charkuteri som är avsedda för professionella köpare", och
 - förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.
- 8 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten skall
- ogilla talan, och
 - förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

Parternas argument

- 9 Till stöd för sin talan har sökanden anfört en enda grund, nämligen att artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 har åsidosatts.

- 10 Sökanden har gjort gällande att omsättningskretsen består av fackmän och har invänt mot att överklagandenämnden, trots att omsättningskretsen verkligen består av fackmän, ansåg att den omständigheten saknade relevans för bedömningen av det sökta varumärkets särskiljningsförmåga. Sökanden har härvid erinrat om att det framgår av förstainstansrättens rättspraxis att fackmän förutsätts besitta större kunskap och vara mer uppmärksamma än människor i allmänhet (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, och av den 26 november 2003 i mål T-222/02, HERON Robotunits mot harmoniseringsbyrån (ROBOTUNITS), REG 2003, s. II-4995).
- 11 När det gäller det sökta varumärkets särskiljningsförmåga har sökanden anfört att formen på de tarmar för charkuteri som sökanden använder är ensam i sitt slag och att den därför gör det möjligt att särskilja sökandens varor från alla andra varor på marknaden och identifiera dem. Denna form kan fylla varumärkets huvudsakliga syfte, nämligen att identifiera varans eller tjänstens ursprung, för att därigenom möjliggöra för de konsumenterna som köper varan eller tjänsten att träffa samma val vid ett senare köp, om erfarenheten varit god, eller att göra ett annat val, om den varit dålig.
- 12 Dessutom har sökanden gjort gällande att omsättningskretsen i det förevarande fallet, som består av korvtillverkare, konfronteras med den tekniska nödvändigheten av att förpacka varorna och således fäster stor uppmärksamhet och stort intresse vid en originell förpackning av varor.
- 13 Sökanden har i andra hand gjort gällande att den åberopade formen har särskiljningsförmåga även om förstainstansrätten finner att omsättningskretsen även består av genomsnittskonsumenterna. Sökanden har hävdats att det följer av

rättspraxis att genomsnittskonsumenterna är fullt kapabla att uppfatta formen på vissa varors förpackningar som en angivelse av deras kommersiella ursprung, när formen är tillräckligt karakteristisk för att locka deras uppmärksamhet (förstainstansrättens dom av den 3 december 2003 i mål T-305/02, Nestlé Waters France mot harmoniseringsbyrån (en flaskas form), REG 2003, s. II-5207, punkt 34, och av den 24 november 2004 i mål T-393/02, Henkel mot harmoniseringsbyrån (formen på en flaska som är vit och genomskinlig), REG 2004, s. II-4115, punkt 34). Han har härvid hänvisat till en åsikt som har framförts i doktrinen enligt vilken märkningen av varor inte spelar någon avgörande roll för konsumenten, eftersom denne är mer mottaglig för varornas form.

- 14 Han anser att den form som i det förevarande fallet har åberopats är tillräckligt karakteristisk eftersom den för närvarande inte förekommer på världsmarknaden och 99 procent av de korvar som finns säljs i form av raka cylindrar eller ringar. Eftersom den aktuella formen i betydande mån avviker från vad som är brukligt på området för förpackning av charkuterivaror bör således en normalt informerad och skäligen uppmärksam och medveten genomsnittskonsument utan att anta ett analyserande betraktelsesätt och utan att vara särskilt uppmärksam kunna särskilja den ifrågavarande formen från andra befintliga former (domstolens dom av den 7 oktober 2004 i mål C-136/02 P, Mag Instrument mot harmoniseringsbyrån, REG 2004, s. I-9165, punkterna 31 och 32).
- 15 Sökanden har dessutom anfört att det redan har slagits fast att bedömningen av särskiljningsförmågan hos tredimensionella märken som består av formen på själva varan inte skiljer sig från den bedömning som görs när det gäller andra kategorier av varumärken, och att ett gemenskapsvarumärke inte nödvändigtvis har sitt ursprung i något nyskapande och inte grundas på något originellt eller fantasifullt, utan på förmågan att skilja varor eller tjänster på marknaden från de varor eller tjänster av samma slag som konkurrenterna tillhandahåller (förstainstansrättens dom av den 31 januari 2001 i mål T-135/99, Taurus-Film mot harmoniseringsbyrån (Cine Action), REG 2001, s. II-379, punkt 31, och av den 27 februari 2002 i mål T-79/00, Rewe-Zentral mot harmoniseringsbyrån (LITE), REG 2002, s. II-705, och domen i det ovannämnda målet En flaskas form, punkt 40).

- 16 Sökanden har slutligen gjort gällande att såväl harmoniseringsbyrån som Benelux varumärkesbyrå har registrerat tredimensionella märken inom livsmedelssektorn.
- 17 Harmoniseringsbyrån har gjort gällande att den omständigheten att omsättningskretsen består av tillverkare av charkuterivaror i det förevarande fallet inte på något sätt påverkar bedömningen av särskiljningsförmågan hos den aktuella formen i egenskap av varumärke för tarmarna för charkuteri, eftersom dessa tillverkare alltid köper de tarmar som behövs för förpackningen av deras varor med beaktande av slutkonsumenterna. Harmoniseringsbyrån anser således att också slutkonsumenterna av charkuterivarorna skall beaktas (förstainstansrättens dom av den 30 april 2003 i de förenade målen T-324/01 och T-110/02, Axions och Belce mot harmoniseringsbyrån (formen på en brun cigarr och formen på en guldtacka), REG 2003, s. II-1897, punkt 31).
- 18 Vad beträffar det sökta varumärkets särskiljningsförmåga anser harmoniseringsbyrån att den berörda formen endast är en variant av de vanligt förekommande formerna på varan i fråga, som ligger nära den mest troliga formen på varan, och således inte gör det möjligt för en normalt informerad genomsnittskonsument av ifrågavarande varor att, utan att anta ett analyserande och jämförande betraktelsesätt och utan att vara särskilt uppmärksam, särskilja de charkuterivaror som är förpackade i den form som sökandens registreringsansökan avser från andra företags charkuterivaror (domen i det ovannämnda målet Mag Instrument mot harmoniseringsbyrån, punkt 32).
- 19 När det gäller de beslut som tidigare fattats av harmoniseringsbyrån och Benelux varumärkesbyrå erinrar harmoniseringsbyrån om att det följer av rättspraxis att frågan huruvida ett kännetecken kan registreras som gemenskapsvarumärke eller ej enbart skall bedömas på grundval av förordning nr 40/94, såsom den tolkas av gemenskapsdomstolen, och inte mot bakgrund av överklagandenämndernas eller de nationella myndigheternas tidigare praxis.

Förstainstansrättens bedömning

- 20 Enligt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 får "[v]arumärken som saknar särskiljningsförmåga" inte registreras. Enligt förstainstansrättens rättspraxis skall frågan huruvida ett varumärke har särskiljningsförmåga bedömas dels i förhållande till de varor och tjänster för vilka registrering av varumärket begärs, dels i förhållande till hur omsättningskretsen uppfattar det (förstainstansrättens dom i det ovannämnda målet En flaskas form, punkt 29, och av den 29 april 2004 i mål T-399/02, Eurocermex mot harmoniseringsbyrån (en ölfaskas form), REG 2004, s. II-1391, punkt 19).
- 21 Vad gäller de varor som registreringsansökan avser skall det inledningsvis preciseras att överklagandenämnden har vägrat registrering av det sökta varumärket för ett visst antal varor, men att sökanden endast yrkat att det omtvistade beslutet skall ogiltigförklaras i den del registrering av varumärket vägras för tarmar för charkuteri i klass 18, eller åtminstone i den del registrering vägras för tarmar för charkuteri som är avsedda för professionella köpare.
- 22 Härvid skall det erinras om att en talan om ogiltigförklaring som endast avser vissa av de varor för vilka överklagandenämnden har vägrat registrering endast utgör en talan om delvis ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet och således inte i sig står i strid med det förbud att vid förstainstansrätten ändra föremålet för tvisten i överklagandenämnden, som följer av artikel 135.4 i förstainstansrättens rättegångsregler. Sökanden har nämligen inte genom sin talan begärt att förstainstansrätten skall pröva andra krav än de som varit föremål för överklagandenämndens bedömning (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 5 mars 2003 i mål T-194/01, Unilever mot harmoniseringsbyrån (äggformad tablett), REG 2003, s. II-383, punkterna 14–16, och av den 24 november 2005 i mål T-135/04, GfK mot harmoniseringsbyrån — BUS (Online Bus), REG 2005, s. II-4865, punkterna 12 och 13).

- 23 Vad beträffar andrahandsyrkandet om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet i den del registrering av varumärket vägras för tarmar för charkuteri som är avsedda för professionella köpare, anser förstainstansrätten att det saknas skäl att göra en åtskillnad mellan tarmar utan närmare precisering och "tarmar för charkuteri som är avsedda för professionella köpare", eftersom, med hänsyn till att tomma tarmar för charkuteri som sådana inte utgör gängse konsumentvaror, varje köpare, oavsett om det rör sig om en professionell tillverkare av charkuteri eller en privatperson, nödvändigtvis besitter en viss branschkunskap.
- 24 Vad beträffar omsättningskretsen ansåg överklagandenämnden att "omsättningskretsen, med hänsyn till varornas art, [bestod] såväl av slutkonsumenter i allmänhet som av fackmän inom charkuteribranschen", eftersom "även om tarmar för charkuteri används av fackmän, såväl hantverkare som industriella tillverkare, för att framställa charkuterivaror såsom korvar, är de övriga varor som avses [i registreringsansökan] masskonsumtionsvaror som ingår i de vardagliga inköpen inom hela gemenskapen". Granskaren, vars resonemang uttryckligen godtogs av överklagandenämnden, hade motiverat sin ståndpunkt att bedömningen av varumärkets särskiljningsförmåga med avseende på tarmar för charkuteri skulle ske med beaktande av hur slutkonsumenterna uppfattar varumärket, med att "även om det i princip är insatta personer och inte slutkonsumenter i allmänhet som köper dessa varor, sker detta förvärv dock med siktet inställt på att dessa varor vid ett senare tillfälle, när de har bearbetats, skall säljas till slutkonsumenterna".
- 25 Sökanden har kritiserat överklagandenämnden för att ha bedömt det sökta varumärkets särskiljningsförmåga i förhållande till hur slutkonsumenten uppfattar det trots att nämnden har medgett att tarmar för charkuteri köps av fackmän.

- 26 I detta avseende skall det erinras om att det beträffande sådana varor som kan användas för att förpacka andra varor har slagits fast att även om det i princip är fackmän och inte slutkonsumenter i allmänhet som förvärvar dessa varor sker deras förvärv dock med siktet inställt på att de paketerade varorna vid ett senare tillfälle skall säljas till slutkonsumenterna, och därför skall man också beakta hur de sistnämnda uppfattar varumärket (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovannämnda förenade målen *Formen på en brun cigarr* och *Formen på en guldtacka*, punkt 31).
- 27 Sökandens argument att han säljer tarmar endast till tillverkare av charkuterivaror föranleder inte någon annan bedömning. Det skall nämligen framhållas att slutprodukter som måste paketeras får förpackningens form, vilket innebär att ett tredimensionellt varumärke som skyddar en sådan förpacknings form kan användas utan åtskillnad både som varumärke för förpackningen och som varumärke för slutprodukterna. Om den förpackningstillverkare som är innehavare av varumärket säljer sina varor till flera tillverkare av slutprodukten, vilket sökanden påstår sig göra, kommer varumärket endast att kunna utgöra en ursprungsangivelse för förpackningen, och detta endast i förhållande till tillverkarna av slutprodukten. I detta fall kan nämligen konsumenterna av slutprodukterna, eftersom de kommer i kontakt med varor som har samma form men inte samma kommersiella ursprung, inte associera varans form med dess kommersiella ursprung. Om det däremot endast finns en enda tillverkare av slutprodukterna som använder sig av formen i fråga, såsom var fallet i de ovannämnda förenade målen *Formen på en brun cigarr* och *Formen på en guldtacka* samt i det ovannämnda målet *Formen på en flaska* som är vit och genomskinlig, kan märket, under förutsättning att det är tillräckligt särskiljande, användas som varumärke för slutprodukten.
- 28 Huruvida varumärket skall användas som varumärke för förpackningen eller som varumärke för slutprodukterna, är emellertid ett kommersiellt beslut som det ankommer på varumärkesinnehavaren att fatta, och användningen kan ändras efter det att registrering har skett. Således påverkar användningen inte på något sätt bedömningen av huruvida ett varumärke kan registreras (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 2 juli 2002 i mål T-323/00, SAT.1 mot harmoniseringsbyrån (SAT.2), REG 2002, s. II-2839, punkt 45, och domen i de ovannämnda förenade målen *Formen på en brun cigarr* och *Formen på en guldtacka*, punkterna 36 och 40).

- 29 Trots att sökanden försäkrar att han säljer sina tarmar för charkuteri till ett flertal tillverkare av charkuterivaror kan han utan problem ändra sitt val när han väl har beviljats registrering och då endast sälja sin vara till en enda tillverkare av charkuterivaror eller tillverka sina egna charkuterivaror. Det skulle leda till att den form som har registrerats för tarmar används som varumärke för charkuterivaror som har förpackats av honom, och detta utan att någon bedömning har skett av särskiljningsförmågan i förhållande till konsumenterna av dessa varor.
- 30 Överklagandenämnden gjorde sig således inte skyldig till någon felaktig rättstillämpning när den slog fast att den omsättningskrets som var relevant vid bedömningen av särskiljningsförmågan hos det varumärke som sökanden ansökt om att få registrera för tarmar för charkuteri bestod av såväl fackmän inom charkuteribranschen som slutkonsumenter i allmänhet.
- 31 Det skall således prövas huruvida överklagandenämnden gjorde en riktig bedömning när den fastställde att det sökta varumärket saknade särskiljningsförmåga i förhållande dels till tarmar för charkuteri och — vilket följer av punkterna 27–29 ovan — även charkuterivaror, dels till hur omsättningskretsen, såsom den just har definierats, uppfattar det.
- 32 Härvid erinrar förstainstansrätten för det första om att, trots att kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan hos tredimensionella varumärken som utgörs av formen på själva varan inte skiljer sig från dem som är tillämpliga på andra kategorier av varumärken, omsättningskretsen inte nödvändigtvis uppfattar tredimensionella varumärken, som består av utseendet på själva varan, på samma sätt som ett ord- eller figurmärke, som består av ett kännetecken som är oberoende av utformningen av de varor som det betecknar. Genomsnittskonsumenten är nämligen inte van vid att göra antaganden om en varas ursprung på grundval av varans form eller dess förpacknings form, utan grafik eller text, och det kan således vara svårare att påvisa ett sådant tredimensionellt varumärkes särskiljningsförmåga än ett ord- eller figurmärkes (domstolens dom av den 29 april 2004 i de förenade

målen C-456/01 P och C-457/01 P, Henkel mot harmoniseringsbyrå, REG 2004, s. I-5089, punkt 38, och domen i det ovannämnda målet Mag Instrument mot harmoniseringsbyrå, punkt 30).

- 33 Avseende i synnerhet tredimensionella varumärken som består av förpackningen för varor som till följd av deras art säljs förpackade, har domstolen beslutat att de i sig skall göra det möjligt för en normalt informerad och skäligen uppmärksam och medveten genomsnittskonsument av ifrågavarande varor att, utan att vara särskilt uppmärksam och utan att anta ett analyserande och jämförande betraktelsesätt, särskilja den ifrågavarande varan från andra företags varor (se analogt domstolens dom av den 12 februari 2004 i mål C-218/01, Henkel, REG 2004, s. I-1725, punkt 53). Formen på sådana varors förpackning kan således endast anses ha särskiljningsförmåga om den omedelbart kan uppfattas som en angivelse av de berörda varornas ursprung. För att så skall kunna vara fallet krävs det dock att varumärket i fråga i betydande mån avviker från normen eller från vad som är sedvanligt i branschen (domen i de ovannämnda förenade målen Henkel mot harmoniseringsbyrå, punkt 39, och domen i det ovannämnda målet Mag Instrument mot harmoniseringsbyrå, punkt 31).
- 34 I det omtvistade beslutet beskrev överklagandenämnden först det sökta varumärket som "en avlång form som påminner om en garnstump eller en snodd med fyra längdelement som avtar uppifrån och ned". Nämnden konstaterade vidare att detta varumärke saknade särskiljningsförmåga eftersom "även om det [var] riktigt att de exempel [på charkuterivaror] som nämnts av granskaren inte [rörde] exakt samma former som den form som här är i fråga ..., så [skilde] de sig inte från denna i betydande mån". Nämnden ansåg dessutom att det "inte [kunde] förnekas att en slutkonsument som inte är särskilt uppmärksam kan anse att en korv som är avlång och uppbunden, som sådana korvar som kallas 'lantkorvar' oftast är, liknar en garnstump [och att] ... färserad eller icke-färserad nötstek och rullade och uppbundna kalkon- eller kycklingschnitzlar ofta förekommer mer eller mindre i form av en spiral (uppbunden nötstek)". Således slog överklagandenämnden fast att "endast den omständigheten att den tvinnade aspekten är aningen mer accentuerad i det förevarande fallet inte räcker för att formen skall anses vara så speciell att konsumenten tydligt kan uppfatta den som en angivelse av de berörda produkternas ursprung".

- 35 Sökanden har för det första bestritt överklagandenämndens beskrivning av det sökta varumärket och gjort gällande att formen i fråga inte på något sätt kan jämföras med en garnstump eller ett tvinnat rep.
- 36 Förstainstansrätten konstaterar dock att den ovannämnda beskrivningen är mycket lik den som sökanden själv lämnade i sin registreringsansökan, där han angav att varumärket "best[od] av formen på varan" och att "denna [kännetecknades] av dess tvinnade relief som har formen av en garnstump". Vad som än är fallet saknar denna beskrivning, såsom harmoniseringsbyrån har påpekat, relevans för bedömningen av huruvida formen i fråga har särskiljningsförmåga, eftersom det endast är den form som återges ovan i punkt 2 som skall undersökas.
- 37 För det andra har sökanden bestritt att det sökta varumärket saknar särskiljningsförmåga och gjort gällande att den form som hans registreringsansökan avser, vilken enligt honom utgör ett geometriskt och rombiskt motiv, är ensam i sitt slag och, eftersom det inte finns någon liknande form på världsmarknaden, i betydande mån skiljer sig från alla befintliga former på tarmar och charkuterivaror som är vanligt förekommande i branschen.
- 38 Det skall härvid erinras om att det, för att bedöma om den omtvistade formen på tarmen kan uppfattas av allmänheten som en angivelse av varans ursprung, skall utredas vilket helhetsintryck utseendet på tarmen ger (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Formen på en flaska som är vit och genomskinlig, punkt 37). Huruvida ett varumärke är nytt eller originellt utgör för övrigt inte några relevanta kriterier för bedömningen av huruvida det har särskiljningsförmåga, vilket överklagandenämnden har erinrat om. För att ett tredimensionellt varumärke skall kunna registreras räcker det således inte med att

det är originellt, utan det krävs att det skiljer sig väsentligen från den berörda varans grundläggande former, vilka är vanligt förekommande i handeln, och inte bara framstår som en variant av dessa former (domen i de ovannämnda förenade målen Formen på en brun cigarr och Formen på en guldtacka, punkt 44).

- 39 När det gäller formen i det förevarande fallet skall det konstateras att helhetsintrycket av varumärket domineras av dess avlånga karaktär och att den tvinnade aspekten är mindre slående vid första påseendet. Den avlånga formen är emellertid den mest sedvanliga för tarmar och charkuterivaror, vilket framgår av de exempel som harmoniseringsbyrån har ingett. Inte heller ytan skiljer sig väsentligen från de grundläggande former som används inom charkuteribranschen. Således finns det, som överklagandenämnden har framhållit, avlånga och uppbundna charkuterivaror som liknar garnstumpar, såsom korv som kallas lantkorv samt andra varor som säljs rullade och uppbundna och mer eller mindre har formen av en spiral vars yta liknar det sökta varumärkets yta. Dessa varor har således i likhet med den form som sökanden har åberopat en yta som kännetecknas av fåror som bildar olika återkommande geometriska motiv.
- 40 Den form som sökandens registreringsansökan avser skiljer sig således från de former som vanligen används i den berörda branschen endast genom att dess geometriska motiv är mer framträdande. Den tvinnade aspekten är dock, såsom överklagandenämnden med rätta har påpekat, endast aningen mer accentuerad hos det sökta varumärket än hos andra charkuterivaror och med hänsyn till att de övriga egenskaperna inte på något sätt är ovanliga räcker det inte för att formen på det berörda höljet i sin helhet skall anses ha ett så speciellt utseende att konsumenten tydligt kan uppfatta den som en angivelse av de berörda varornas ursprung (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Henkel, punkt 49). Den form som registreringsansökan avser framstår således som en variant av de grundläggande formerna för charkuterivaror, vilket innebär att omsättningskretsen inte utan att anta ett analyserande och jämförande betraktelsesätt och utan att vara särskilt uppmärksam kan särskilja de tarmar som säljs av sökanden eller de charkuterivaror som förpackas av honom från andra företags varor, även om några identiska former inte existerar.

- 41 Vad beträffar sökandens påstående att det följer av rättspraxis att genomsnittskonsumenten har gjorts mottaglig för en användning av formen på förpackningen av en viss vara som en angivelse av varans ursprung, räcker det att konstatera att förstainstansrätten, i den rättspraxis som åberopats av sökanden, inte har ansett att slutkonsumenterna har gjorts mottagliga för formen på förpackningen av samtliga gängse konsumentvaror, utan har begränsat denna bedömning till att avse de varor som varit i fråga i det enskilda fallet. I det förevarande fallet finns det dock inget som ger anledning att tro att tillverkarna av tarmar eller av charkuterivaror försöker särskilja sina varor genom formen på tarmarna, och att tillverkarna av charkuterivaror och konsumenterna följaktligen är kapabla att uppfatta tarmarnas och charkuterivarornas form som en ursprungsangivelse. Argumentet skall således underkännas.
- 42 När det gäller det argument som anförts med anledning av att harmoniseringsbyrån har registrerat tredimensionella varumärken inom livsmedelssektorn, erinrar förstainstansrätten om att de beslut beträffande registrering av ett kännetecken som gemenskapsvarumärke som överklagandenämnderna skall fatta enligt förordning nr 40/94 omfattas av en normbunden 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 gemenskapsdomstolen, och inte mot bakgrund av överklagandenämndernas tidigare praxis (förstainstansrättens dom av den 27 februari 2002 i mål T-106/00, *Streamserve* mot harmoniseringsbyrån (*STREAMSERVE*), REG 2002, s. II-723, punkt 66, och domen i de ovannämnda förenade målen *Formen på en brun cigarr* och *Formen på en guldtacka*, punkt 51).
- 43 Även om motiveringen 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, har sökanden inte anført att de tidigare beslut som sökanden nämnt skulle innehålla skäl som föranleder en annan bedömning än den som överklagandenämnden gjorde. Han har endast uppgett att dessa varumärken avser varor inom livsmedelssektorn (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovannämnda förenade målen *Formen på en brun cigarr* och *Formen på en guldtacka*, punkt 52).

- 44 När det slutligen gäller argumentet att vissa nationella myndigheter har registrerat tredimensionella varumärken inom livsmedelssektorn, erinrar förstainstansrätten om att gemenskapsordningen för varumärken är ett självständigt system som består av en samling regler och som syftar till att uppnå de mål som är specifika för detta system, eftersom tillämpningen av denna ordning är oberoende av de nationella systemen (förstainstansrättens dom av den 5 december 2000 i mål T-32/00, *Messe München mot harmoniseringsbyrån (electronica)*, REG 2000, s. II-3829, punkt 47, och av den 24 november 2005 i mål T-346/04, *Sadas mot harmoniseringsbyrån — LTJ Diffusion (ARTHUR ET FELICIE)*, REG 2005, s. II-4891, punkt 70). Huruvida ett kännetecken kan registreras som gemenskapsvarumärke skall således bedömas endast på grundval av den relevanta gemenskapslagstiftningen. I vilket fall som helst skall det framhållas dels att de nationella registreringar som åberopats av sökanden inte avser det tredimensionella varumärke som nu är i fråga, dels att sökanden, vilket också har konstaterats med avseende på harmoniseringsbyråns beslut, inte har anfört något argument som kan härledas från dessa beslut och som visar att hans talan skall bifallas.
- 45 Det följer av det ovan anförda att överklagandenämnden inte har åsidosatt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Talan skall således ogillas.

Rättegångskostnader

- 46 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna 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.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

följande:

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

Jaeger

Tiili

Czúcz

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 31 maj 2006.

E. Coulon

Justitiesekreterare

M. Jaeger

Ordförande