FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (tredje avdelningen)

den 10 oktober 2007 *

I mål T-460/05,

Bang & Olufsen A/S, Struer (Danmark), företrätt av advokaten K. Wallberg,

sökande,

mot

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

svarande,

angående en talan mot det beslut som fattats av harmoniseringsbyråns första överklagandenämnd den 22 september 2005 (ärende R 497/2005-1) om en ansökan om registrering som gemenskapsvarumärke av ett tredimensionellt kännetecken som utgörs av formen på en högtalare,

* Rättegångsspråk: engelska.

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

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

justitiesekreterare: handläggaren K. Pocheć,

med beaktande av ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 29 december 2005,

med beaktande av svarsinlagan som inkom till förstainstansrättens kansli den 7 juni 2006,

efter förhandlingen den 31 januari 2007,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten och förfarandet

1 Sökanden ingav den 17 september 2003 en ansökan om registrering av gemenskapsvarumärke till harmoniseringsbyrån i enlighet med 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 Det sökta varumärket utgörs av det nedan återgivna tredimensionella kännetecknet:



3 De varor och tjänster som registreringsansökan avsåg omfattas av klasserna 9 och 20 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar följande beskrivning:

— klass 9: ”Elektriska och elektroniska apparater och hjälpmedel för analog, digital eller optisk mottagning, behandling, återgivande, reglering eller fördelning av ljudsignaler, högtalare.”

— klass 20: ”Musikmöbler.”

4 Granskaren avslog registreringsansökan den 1 mars 2005 med stöd av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, eftersom det sökta varumärket, som endast utgjordes av en återgivning av en högtalare, ansågs sakna särskiljningsförmåga. Registreringsansökan avslogs också med stöd av artikel 7.3 i förordning nr 40/94, med motiveringen att den bevisning som hade ingetts inte räckte för att visa att varumärket hade förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning.

5 Den 27 april 2005 överklagade sökanden det ovannämnda beslutet till harmoniseringsbyrån med stöd av artiklarna 57–62 i förordning nr 40/94.

6 Harmoniseringsbyråns första överklagandenämnd avslog överklagandet den 22 september 2005 (nedan kallat det angripna beslutet), med motiveringen att artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 utgjorde hinder mot registrering av det aktuella kännetecknet, eftersom det saknade ursprunglig särskiljningsförmåga. Överklagandenämnden konstaterade att trots att varans form, som utgjorde det sökta varumärket och som huvudsakligen speglade estetiska överväganden, hade vissa ovanliga egenskaper hade sökanden inte visat att formen var distinktiv och att den fyllde funktionen som varumärke för konsumenterna i omsättningskretsen.

7 Sökanden har genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 29 december 2005 väckt förevarande talan och bland annat framhållit att överklagandenämnden underlät att pröva registreringsansökan mot bakgrund av artikel 7.3 i förordning nr 40/94.

8 Den 24 februari 2006 korrigerade överklagandenämnden det angripna beslutet genom en rättelse. Den angav att den hade begått ett uppenbart fel genom att underlåta att pröva registreringsansökan mot bakgrund av artikel 7.3 i förordning nr 40/94.

Nämnden fann att regel 53 i kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av förordning nr 40/94 (EGT L 303, s. 1) var tillämplig på ett sådant fel och prövade registreringsansökan med tillämpning av nämnda regel. Till följd härav rättade överklagandenämnden det angripna beslutet genom att ange att registreringsansökan också avslogs med avseende på artikel 7.3 i förordning nr 40/94, med motiveringen att den bevisning som sökanden hade ingett inte räckte för att visa att det sökta varumärket hade förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning.

9 Sökanden ingav ett yttrande beträffande rättelsens innehåll till förstainstansrättens kansli den 3 maj 2006. Sökandebolaget uppgav att det ansåg att tillämpningen av regel 53 i förordning nr 2868/95 var diskutabel, men begärde inte att rättelsen skulle underkännas. Dessutom anförde sökanden att det misstag som överklagandenämnden hade begått borde inverka på fördelningen av rättegångskostnaderna.

Parternas yrkanden

10 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det angripna beslutet, och

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

11 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

12 Sökanden har åberopat två grunder till stöd för sin talan, nämligen ett åsidosättande av dels artikel 7.1 b, dels artikel 7.3 i förordning nr 40/94.

Parternas argument

13 Sökanden har inledningsvis påpekat att enligt artikel 4 i förordning nr 40/94 är formen på en vara ett av de kännetecken som kan utgöra ett gemenskapsvarumärke.

14 Sökanden har kritiserat överklagandenämnden för att i det förevarande fallet ha tillämpat en strängare standard än den som används för andra typer av varumärken för att bedöma det sökta märkets särskiljningsförmåga. Överklagandenämnden har

nämligen inte gjort en bedömning av det enskilda fallet med beaktande av de särskilda omständigheterna i ärendet, utan har meddelat ”ett standardiserat avslag”. Den standard som används för tredimensionella varumärken får dock inte vara annorlunda, eller strängare, än den som används för andra typer av varumärken.

15 Vidare har sökanden gjort gällande att utseendet på den aktuella varan inte är en nödvändig följd av varans tekniska funktioner, vilket för övrigt också gäller för andra av bolagets varor, utan följer av estetiska överväganden och av en särskild avsikt att utseendet skall vara distinktivt och fånga uppmärksamheten. Överklagandenämnden medgav detta i punkterna 12–14 i det angripna beslutet. Enligt sökanden kan man inte skäligen dra någon annan slutsats av den beskrivning av den aktuella varan som görs i de ovannämnda punkterna i det angripna beslutet än att det sökta märket har betraktats som distinktivt.

16 Konsumenten uppfattar högtalarens allmänna utseende, vilket är föremål för registreringsansökan, som en distinktiv indikation på de i ansökan avsedda varornas kommersiella ursprung. Till skillnad från vad överklagandenämnden kom fram till uppfattas den aktuella varan således inte endast som en vara med en ovanlig design. Konsumenterna uppfattar inte formen som att den fyller ett funktionellt syfte och omsättningskretsen ser inte heller varan som bara en variant av de berörda varornas vanliga utseende.

17 Sökanden har påpekat att högtalaren är hög, smal och autonom och att den har en mycket utmärkande form. Denna ”form av en orgelpipa” skall anses vara särskilt distinktiv med hänsyn till hur den nedre änden dels är utformad, dels är förankrad i klossen av svart järn. Det finns inga andra högtalare på marknaden som är ens i närheten av att ha ett likadant eller likartat utseende. Den omständigheten att

varans form i betydande mån skiljer sig från normen och från vad som är sedvanligt i branschen måste enligt sökanden beaktas vid bedömningen av registreringsansökan.

18 Vidare har sökanden hävdat att det angripna beslutet i vilket fall som helst är felaktigt eftersom överklagandenämnden därigenom vägrade att erkänna det sökta varumärkets särskiljningsförmåga för varor i klass 20 i Niceöverenskommelsen, nämligen musikmöbler. Ett varumärke som består av återgivningen av en viss vara kan inte anses vara en ”avbildning av varan” för andra varor än just den varan. Det sökta varumärket borde således per definition anses ha ursprunglig särskiljningsförmåga för alla andra varor än högtalare när formen, liksom i förevarande fall, inte är en alldaglig eller vanlig form.

19 Vad slutligen gäller definitionen av omsättningskretsen har sökanden understrukit att de berörda varorna är varor i den högre prisklassen på den berörda marknaden (det rekommenderade försäljningspriset för ett exemplar av högtalaren uppgår till runt 1 750 euro), som saluförs inom ett selektivt distributionssystem. Målgruppen av konsumenter är således begränsad och består av konsumenter som inte endast är välinformerade och skäligen uppmärksamma och betänksamma, utan också tänker på varans kvalitet och först efter en noggrann undersökning bestämmer sig för att investera i varan.

20 Harmoniseringsbyrån har framhållit att överklagandenämndens resonemang tyder på en stark och legitim önskan att tillgodose behovet av att skilja mellan å ena sidan funktionen hos en form som i huvudsak är en nödvändig följd av estetiska överväganden och å andra sidan funktionen hos en form som, även om den är estetiskt tilltalande, syftar till att särskilja varan från konkurrenternas varor av liknande slag.

21 Överklagandenämnden har dock intagit en mycket strikt ståndpunkt, eftersom den innebär att inga former på varor som överensstämmer med utseendet på varorna själva får registreras som varumärken, även om dessa former är ovanliga och inte ger varan ett betydande värde.

22 Harmoniseringsbyrån har också anfört att det följer av artikel 7.1 e iii i förordning nr 40/94 att en form som ger varan ett betydande värde inte får registreras, eftersom dessa former spelar en avgörande roll för konsumentens beslut i köpsituationen. Detta förbud mot registrering är nödvändigt för att skilja varumärken från mönster och modeller. Dessa former nekas således inte registrering på grund av att de saknar ursprunglig särskiljningsförmåga.

23 Det finns dock fall då varors former, trots att de huvudsakligen speglar estetiska överväganden, inte ger varorna något betydande värde. Dessa former har särskiljningsförmåga och skulle kunna åtnjuta skydd i egenskap av varumärken om de uppvisade betydande skillnader jämfört med de former som är allmänt förekommande i handeln.

24 Harmoniseringsbyrån anser således att det inte är säkert att den ståndpunkt som överklagandenämnden intog är riktig och den har därför yrkat att förstainstansrätten skall fastställa huruvida en form som huvudsakligen speglar estetiska överväganden — men som inte ger varan något betydande värde i den mening som avses i artikel 7.1 e iii i förordning nr 40/94 — och som i betydande mån skiljer sig från en form som är allmänt förekommande i handeln, kan fylla funktionen som varumärke.

25 Vad gäller omsättningskretsen har harmoniseringsbyrån påpekat att man vid bedömningen av ett varumärkes särskiljningsförmåga inte kan ta hänsyn till på vilket sätt sökanden kommer att använda varumärket eller andra sådana omständigheter som marknadsföringskoncept. Således är argumentet att de berörda varorna är varor i den

högre prisklassen som riktar sig till en begränsad krets inte relevant. Beskrivningen i registreringsansökan visar inte att varorna är avsedda för en viss kundkrets och att de saluförs genom ett selektivt distributionssystem. Omsättningskretsen består således i det förevarande fallet av genomsnittskonsumenter inom EG.

Förstainstansrättens bedömning

26 Enligt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 får ”[v]arumärken som saknar särskiljningsförmåga” inte registreras.

27 Ett varumärkes särskiljningsförmåga, i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, innebär att detta varumärke gör det möjligt att säkerställa att den vara som är föremål för registreringsansökan härrör från ett visst företag, och således att särskilja denna vara från andra företags varor (domstolens dom av den 29 april 2004 i de förenade målen C-456/01 P och C-457/01 P, Henkel mot harmoniseringsbyrån, REG 2004, s. I-5089, punkt 34).

28 Enligt fast rättspraxis skall ett varumärkes särskiljningsförmåga bedömas dels utifrån de varor eller tjänster som registreringsansökan avser, dels utifrån hur omsättningskretsen, som skall anses bestå av en normalt informerad och skäligen uppmärksam och medveten genomsnittskonsument av dessa varor eller tjänster, uppfattar varumärket. (domstolens dom i de ovannämnda förenade målen Henkel mot harmoniseringsbyrån, punkt 35, och av den 22 juni 2006 i mål C-25/05 P, Storck mot harmoniseringsbyrån, REG 2006, s. I-5719, punkt 25).

29 De varor som det sökta varumärket avser utgörs i det förevarande fallet av elektriska och elektroniska apparater och hjälpmedel för analog, digital eller optisk mottagning,

behandling, återgivande, reglering eller fördelning av ljudsignaler, högtalare och musikmöbler. Således består omsättningskretsen av samtliga genomsnittskonsumenter inom EG, eftersom vilken konsument som helst kan vara intresserad av att köpa de aktuella varorna.

30 Sökanden anser emellertid att omsättningskretsen är en begränsad krets och att de som ingår i denna krets är mer uppmärksamma än genomsnittskonsumenterna, eftersom varorna i fråga är varor i den högre prisklassen av stort värde på elektronikmarknaden och eftersom de uteslutande saluförs genom ett selektivt distributionssystem.

31 Förstainstansrätten konstaterar att man vid bestämmandet av omsättningskretsen inte kan ta hänsyn till på vilket sätt sökanden använder ett distributionssystem eller till andra yttre faktorer som inte är av betydelse för de rättigheter som är knutna till gemenskapsvarumärket. Vid bedömningen av huruvida ett kännetecken har särskiljningsförmåga saknar det nämligen relevans huruvida den som ansöker om registrering av varumärket planerar att använda eller använder en viss försäljningsmetod. Det ankommer dessutom enbart på det berörda företaget att besluta om försäljningsmetod, och den kan komma att ändras efter det att ett kännetecken registrerats som gemenskapsvarumärke, varför den inte kan ha någon som helst inverkan på bedömningen av huruvida kännetecknet kan registreras eller ej (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-355/00, DaimlerChrysler mot harmoniseringsbyrån (TELE AID), REG 2002, s. II-1939, punkt 42, och av den 31 maj 2006 i mål T-15/05, De Waele mot harmoniseringsbyrån (formen på en korv), REG 2006, s. II-1511, punkterna 28 och 29). Enligt fast rättspraxis saknar varans försäljningspris också relevans vid bestämmandet av omsättningskretsen, eftersom inte heller priset är föremål för registrering (förstainstansrättens dom av den 30 april 2003 i de förenade målen T-324/01 och T-110/02, Axions och Belce mot harmoniseringsbyrån (formen av en brun cigarr och en guldtacka), REG 2003, s. II-1897, punkt 36).

32 Omsättningskretsens uppmärksamhet kan dock variera beroende på vilket varu- eller tjänsteslag det är fråga om (domstolens dom av den 22 juni 1999 i mål C-342/97,

Lloyd Schuhfabrik Meyer, REG 1999, s. I-3819, punkt 26, och 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).

33 När det gäller gängse konsumtionsvaror är genomsnittskonsumenten nämligen mindre uppmärksam än när det rör sig om kapitalvaror, eller helt enkelt varor av ett större värde eller varor som används mer sällan.

34 I förevarande fall skall det beaktas att genomsnittskonsumenten, med hänsyn till de berörda varornas art och framför allt deras bestående och tekniska karaktär, är extra uppmärksam vid förvärvandet av sådana varor. De aktuella varornas objektiva egenskaper är sådana att genomsnittskonsumenten förvärvar varan först efter en särskilt noggrann undersökning.

35 Varumärkets särskiljningsförmåga skall således bedömas utifrån hur en genomsnittskonsument som är särskilt uppmärksam när vederbörande planerar och gör sitt val mellan olika varor i den berörda kategorin uppfattar varumärket (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 12 januari 2006 i mål C-361/04 P, Ruiz-Picasso m.fl. mot harmoniseringsbyrån, REG 2006, s. I-643, punkterna 40 och 41).

36 Det följer av fast rättspraxis att kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan hos varumärken som utgörs av utseendet på själva varan inte skiljer sig från dem som är tillämpliga på andra kategorier av varumärken (se domstolens dom av den 22 juni 2006 i mål C-24/05 P, Storck mot harmoniseringsbyrån, REG 2006, s. I-5677, punkt 24 och där angiven rättspraxis).

37 Vid tillämpningen av dessa kriterier måste emellertid beaktas att omsättningskretsen inte nödvändigtvis uppfattar ett tredimensionellt varumärke som utgörs av utseendet på själva varan på samma sätt som ett ord- eller figurmärke som utgörs av ett kännetecken som är oberoende av utformningen av de varor som det avser. Genomsnittskonsumenten är nämligen inte van vid att göra antaganden om en varas ursprung på grundval av varans eller varuförpackningens form utan grafik eller text, och det kan således vara svårare att visa att ett sådant tredimensionellt varumärke har särskiljningsförmåga än vad som är fallet beträffande ett ord- eller figurmärke (domstolens dom av den 7 oktober 2004 i mål C-136/02 P, Mag Instrument mot harmoniseringsbyrån, REG 2004, s. I-9165, punkt 30, och av den 12 januari 2006 i mål C-173/04 P, Deutsche SiSi-Werke mot harmoniseringsbyrån, REG 2006, s. I-551, punkt 28, samt domen av den 22 juni 2006 i det ovannämnda målet C-24/05 P, Storck mot harmoniseringsbyrån, punkt 25).

38 Under dessa förhållanden är det endast varumärken som i betydande mån avviker från normen eller från vad som är sedvanligt i branschen, och som således uppfyller sin grundläggande funktion att ange varans ursprung, som inte skall anses sakna särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 (se domen i det ovannämnda målet Mag Instrument mot harmoniseringsbyrån, punkt 31, och dom av den 22 juni 2006 i det ovannämnda målet C-25/05 P, Storck mot harmoniseringsbyrån, punkt 28).

39 Såsom överklagandenämnden konstaterade i punkt 12 i det angripna beslutet utgörs det sökta varumärket i förevarande fall av ”en vertikal kolonn i form av en blyertspenna, på vars ena sida en lång rektangulär platta är fastsatt. ’Pennans’ udd nuddar vid en platt sockel.”

40 En genomgång av samtliga ovannämnda delar av framställningen, vilka utgör det sökta varumärket, visar att varumärkets form verkligen är speciell och inte kan betraktas som helt vanlig. Högtalarens kropp utgörs nämligen av en kon som liknar en blyertspenna eller en orgelpipa vars spetsiga del nuddar vid en fyrkantig sockel. Dessutom är en lång rektangulär platta fastsatt på en sida av konen och den förstärker

intrycket av att tyngden av denna helhet endast vilar på den udd som knappt nuddar vid den fyrkantiga sockeln. Sålunda utgör helheten en anmärkningsvärd design som är lätt att memorera.

41 Samtliga dessa egenskaper gör att det sökta varumärket fjärmar sig från de vanliga formerna på de varor i samma kategori som är allmänt förekommande i handeln och som i allmänhet innehåller regelbundna linjer i räta vinklar. Det anges för övrigt i punkt 14 i det angripna beslutet att ”det inte föreligger något tvivel om att det sökta varumärket är anmärkningsvärt i vissa hänseenden”. Vidare anges följande:

”… jämfört med en normal högtalare är den enormt hög och smal. Högtalarens mitt utgörs dessutom av ett rör som förenas med en uppochnervänd kon, vilket är ovanligt. Konens topp är fäst vid en fyrkantig sockel.”

42 Det sökta varumärket avviker således i betydande mån från vad som är sedvanligt i branschen. Det uppvisar nämligen egenskaper som är tillräckligt speciella och arbiträra för att fånga genomsnittskonsumentens uppmärksamhet och göra denne mottaglig för formen på sökandens varor. Det är således inte fråga om en av de vanliga formerna på varor inom den berörda sektorn eller en variant av dessa, utan om en form med ett speciellt utseende som, med hänsyn också till det estetiska helhetsintrycket, kan fånga omsättningskretsens uppmärksamhet och möjliggöra för denna att skilja de varor som avses i registreringsansökan från varor med ett annat kommersiellt ursprung (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 6 mars 2003 i mål T-128/01, DaimlerChrysler mot harmoniseringsbyrån (kylargaller), REG 2003, s. II-701, punkterna 46 och 48, och domen i det ovannämnda målet En flaskas form, punkt 41).

43 Trots att det inte är något nödvändigt villkor (*conditio sine qua non*) för registrering att varumärket har speciella eller originella egenskaper, kan sådana egenskaper dock ge ett varumärke den nödvändiga graden av distinktivitet, som det annars skulle ha saknat.

44 Överklagandenämnden angav att varans form som utgör det sökta varumärket inte kan fylla funktionen som varumärke för de berörda konsumenterna, eftersom varumärket i huvudsak speglar estetiska överväganden (punkterna 14–18 i det angripna beslutet). Härvid räcker det att påpeka att om omsättningskretsen uppfattar ett kännetecken som en uppgift om varans eller tjänstens kommersiella ursprung har frågan huruvida kännetecknet samtidigt fyller någon annan funktion än att ange det kommersiella ursprunget ingen inverkan på dess särskiljningsförmåga (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, punkt 30, domen i det ovannämnda målet Kylargaller, punkt 43, och dom av den 15 mars 2006 i mål T-129/04, Develey mot harmoniseringsbyrån (formen av en plastflaska), REG 2006, s. II-811, punkt 56).

45 Av vad som anförts följer att överklagandenämnden tillämpade artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 på ett felaktigt sätt när den slog fast att det sökta varumärket saknade särskiljningsförmåga. Det följer av bestämmelsens lydelse att ett minimum av särskiljningsförmåga räcker för att registreringshindret i denna artikel inte skall vara tillämpligt (förstainstansrättens dom av den 27 februari 2002 i mål T-34/00, Eurocool Logistik mot harmoniseringsbyrån (EUROCOOL), REG 2002, s. II-683, punkt 39, samt domarna i de ovannämnda målen Kylargaller, punkterna 33 och 49, och En flaskas form, punkt 42).

46 Följaktligen skall det angripna beslutet ogiltigförklaras. Härav följer att det inte är nödvändigt att undersöka frågan huruvida rättelsen kan godtas eller att pröva den andra grunden.

Rättegångskostnader

47 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Sökanden har yrkat att harmoniseringsbyrån skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom harmoniseringsbyrån har tappat målet, skall sökandens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

följande:

1) Det beslut som fattats av första överklagandenämnden vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån) den 22 september 2005 (ärende R 497/2005-1) ogiltigförklaras.

2) Harmoniseringsbyrån skall bära sin rättegångskostnad och ersätta Bang & Olufsen A/S rättegångskostnad.

Jaeger Tiili Czúcz

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 10 oktober 2007.

E. Coulon M. Jaeger

Justitiesekreterare Ordförande