FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)
den 9 oktober 2002 *

I mål T-173/00,

KWS Saat AG, Einbeck (Tyskland), företrätt av advokaten G. Würtenberger, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller), företrädd av A. von Mühlendahl, E. Joly, J. Miranda de Sousa och A. Di Carlo, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

* Rättegångsspråk: tyska.

angående en talan om ogiltigförklaring av det beslut som fattats av andra överklagandenämnden vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) den 19 april 2000 (ärende R 282/1999-2),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden R.M. Moura Ramos samt domarna J. Pirrung och A.W.H. Meij,

justitiesekreterare: avdelningsdirektören B. Pastor,

med beaktande av den ansökan som ingavs till förstainstansrättens kansli den 28 juni 2000,

med beaktande av den svarsskrivelse som ingavs till förstainstansrättens kansli den 10 oktober 2000,

med beaktande av den replik som ingavs till förstainstansrättens kansli den 9 januari 2001,

med beaktande av den duplik som ingavs till förstainstansrättens kansli den 20 februari 2001,

efter förhandlingen den 26 februari 2002,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Den 17 mars 1998 ingav sökanden 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, en ansökan om gemenskapsvarumärke till Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (nedan kallad harmoniseringsbyrån).

2 Det kännetecken som registreringsansökan avsåg var en nyans av färgen orange med referensnummer HKS7.

3 De varor och tjänster som registreringsansökan avsåg omfattades av klasserna 7, 11, 31 och 42 i Niceöverenskommelsen av den 15 juni 1957 om klassificering av varor och tjänster för varumärkesregistrering, med ändringar och tillägg, och motsvarar följande beskrivning:

— Klass 7: "Behandlingsanläggningar för utsäde, nämligen för rengöring, betning, pilering, kalibrering, materialbehandling, kvalitetskontroll och siktning av utsäde."

— Klass 11: "Behandlingsanläggningar för torkning av utsäde."

— Klass 31: "Jordbruks-, trädgårds- och skogsbruksprodukter."

— Klass 42: "Teknisk och företagsekonomisk konsultation inom området växtodling, speciellt inom utsädesbranschen."

4 Genom beslut av den 25 mars 1999 avslog granskaren ansökan med stöd av artikel 38 i förordning nr 40/94 med motiveringen att det begärda varumärket saknade särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i denna förordning.

5 Den 21 maj 1999 överklagade sökanden granskarens beslut till harmoniseringsbyrån i enlighet med artikel 59 i förordning nr 40/94.

6 Genom beslut av den 19 april 2000 (nedan kallat det ifrågasatta beslutet), som delgavs sökanden den 28 juni 2000, avslog andra överklagandenämnden överklagandet. Nämnden fann i sak att det begärda varumärket saknade särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94.

Parternas yrkanden

7 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet,

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

8 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan,

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

9 Vid förhandlingen har sökanden inför förstainstansrätten begärt att få begränsa antalet berörda varor och tjänster på förteckningen i varumärkesansökan. I sak har varorna och tjänsterna på förteckningen begränsats till sådana av industriell karaktär för klasserna 7 och 11 och av jordbruksindustriell karaktär för klasserna 31 och 42. Sökanden har gjort gällande att de faktiskt berörda yrkeskretsarna framgår tydligare genom denna begränsning.

10 Svaranden har gjort gällande dels att en sådan framställan inte kan göras under pågående domstolsförfarande, dels att de angivna produkternas färg inte har särskiljningsförmåga i de aktuella industriella kretsarna, även om denna färg begränsas på detta sätt.

11 I detta avseende erinrar förstainstansrätten om att endast den som ansöker om ett gemenskapsvarumärke har möjlighet att begränsa förteckningen över varor och tjänster och denne kan när som helst inlämna en sådan ansökan till harmoniseringsbyrån i enlighet med bestämmelserna i artikel 44 i förordning nr 40/94 och regel 13 i kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av förordning nr 40/94 (EGT L 303, s. 1).

12 Det följer av dessa bestämmelser att en begränsning av förteckningen över berörda varor eller tjänster i en ansökan om gemenskapsvarumärke skall ske på ett visst sätt. Den muntliga framställan som sökanden gjorde under förhandlingen uppfyller inte dessa krav och skall inte betraktas som en ändringsansökan i enlighet med de nämnda bestämmelserna. Slutligen framgår det inte av handlingarna i målet att sökanden har framlagt en ändringsansökan under förfarandet inför överklagandenämnden (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 31 januari 2001 i mål T-24/00, Sunrider mot harmoniseringsbyrån (VITALITE), REG 2001, s. II-449).

13 Dessutom skulle det strida mot den kontradiktoriska principen att bifalla den aktuella ansökan under pågående domstolsförfarande eftersom det skulle ändra föremålet för tvisten. I enlighet med artikel 135.4 i förstainstansrättens rättegångsregler kan parternas inlagor inte ändra föremålet för tvisten i överklagandenämnden. Det åligger nämligen förstainstansrätten att inom ramen för förevarande tvist pröva lagligheten av överklagandenämndens beslut. En begränsning av förteckningen över berörda varor och tjänster och en därpå följande förändring av relevant målgrupp under förhandlingen inför förstainstansrätten skulle *a fortiori* förändra tvistens omfattning på ett sätt som strider mot rättegångsreglerna. Emellertid är en partiell återkallelse trots detta möjlig, även om en sådan inte är aktuell i förevarande mål.

14 Mot bakgrund av det ovan anförda skall ansökan om en begränsning av de varor och tjänster som angavs i sökandens varumärkesansökan avvisas. Följaktligen är föremålet för förevarande tvist detsamma som inför överklagandenämnden.

Talan om ogiltigförklaring

15 Till stöd för sin talan har sökanden gjort gällande dels att artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 har överträtts, dels att artiklarna 73 och 74 i förordning nr 40/94 har överträtts.

Överträdelse av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94

Parternas argument

16 Sökanden har gjort gällande att kunderna betraktar färgerna som kommersiell ursprungsbeteckning för de aktuella varorna till följd av företagets annonsering i vilken färgläggning av utsädet föreslås för att särskilja det från konkurrenters utsäde. Sökanden har uppgivit att varje enskild tillverkare använder en färg för sitt utsäde som är typisk för den. Vissa former av utsäde säljs för övrigt bara färgat.

17 Sökanden har understrukit att de färger som vanligtvis används för färgläggning av utsäde är olika nyanser av färgerna blått, gult eller rött och inte orange som följaktligen är en ovanlig och originell fantasifärg med avseende på de berörda varorna. Dessutom överensstämmer inte den specifika nyans av orange som ansökan avser, referensnummer HKS7, med de aktuella varornas naturliga färg. Det framgår därför direkt för de berörda kunderna att en viss vara kommer från en specifik leverantör om den är färglagd med HSK7.

18 För övrigt har sökanden motsatt sig överklagandenämndens uppfattning att den aktuella färgen måste förbli tillgänglig. I motsats till andra färger som allmänt används är orange mycket ovanligt i den berörda branschen. Följaktligen saknar konkurrenterna behov av att använda denna specifika färg.

19 När det gäller behandlingsanläggningarna för utsäde har sökanden uppgivit att den färg som vanligtvis används är rött och inte orange samt att dessa anläggningar skiljer sig från jordbruksmaskiner i allmänhet.

20 Med avseende på tjänsterna teknisk och företagsekonomisk konsultation inom området växtodling har sökanden gjort gällande att den enda hänvisning som harmoniseringsbyrån har gjort i detta skede av förfarandet, till ett nederländskt företag som använder färgen orange för tjänster inom jordbrukssektorn i form av annonsering och spridning av information, saknar samband med de tjänster som sökanden tillhandahåller och räcker alltså inte för att anse att färgen orange är vanligt förekommande inom den specifika sektor som de nämnda tjänsterna tillhör.

21 Harmoniseringsbyrån har gjort gällande att för att kunna utgöra ett varumärke måste en färg som sådan kunna särskilja de berörda varorna och tjänsterna utan att det krävs en allmän upplysningskampanj för att allmänheten skall förstå att

det rör sig om ett varumärke. Med stöd av färgen som sådan, utan ytterligare omständigheter, skall man kunna identifiera en varas eller en tjänsts kommersiella ursprung utan att ge konsumenterna ytterligare information.

22 När det gäller utsäde har harmoniseringsbyrån understrukit att vissa typer av denna vara har färgen orange naturligt. Därför kommer konsumenterna att koppla färgen till varorna och inte till deras kommersiella ursprung. Harmoniseringsbyrån har gjort gällande att färgen har till funktion att upplysa konsumenterna om vissa särskilda egenskaper, exempelvis huruvida varan har behandlats eller förutsättningar för dess användande, och inte att ange dess kommersiella ursprung. Av detta har harmoniseringsbyrån dragit slutsatsen att även om en färg syftar till att ange ett sådant ursprung kan endast en varaktig och seriös användning leda till att konsumenten kopplar samman en färg med en tillverkare.

23 När det gäller jordbruksmaskiner har harmoniseringsbyrån uppgett att färgen orange, i alla sina nyanser, är vanligt förekommande för dessa. Blymönja, som är ett antirostmedel för dessa maskiner, har dessutom färgen orange naturligt. Följaktligen uppfattas därför inte färgen orange HKS7 som en uppgift om maskinernas kommersiella ursprung utan som ett dekorativt eller funktionellt inslag i desamma. Dessutom har harmoniseringsbyrån gjort gällande att behandlingsanläggningarna för utsäde med hänsyn till deras egenskaper och syfte hör till den allmänna kategorin jordbruksmaskiner för vilka olika färgskiftningar av rött eller orange är vanligt förekommande.

24 När det gäller tjänsterna har harmoniseringsbyrån noterat att färger används i dekorativt syfte i samtliga tjänstesektorer och dessa uppfattas alltså inte av konsumenterna som en uppgift om varornas kommersiella ursprung utan som ett enkelt dekorativt inslag i en kommersiell presentation. Harmoniseringsbyrån har ansett att det saknas omständigheter i förevarande mål som medför att konsumenterna kopplar samman den aktuella färgen med tjänstens kommersiella ursprung. Byrån har vidare uppgett att minst en av sökandens konkurrenter använder färgen orange och att denna färg alltså inte kan anses vara helt och hållet unik för dessa tjänster.

Förstainstansrättens bedömning

25 Det skall först och främst påpekas att färgerna eller färgkombinationerna som sådana kan utgöra gemenskapsvarumärken om de kan särskilja ett företags varor och tjänster från andra företags.

26 Emellertid medför inte den omständigheten, att ett slags kännetecken allmänt sett är ägnat att utgöra ett varumärke, att alla kännetecken av detta slag nödvändigtvis har särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 i förhållande till en bestämd vara eller tjänst.

27 Ett kännetecken som enligt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 saknar särskiljningsförmåga anses inte kunna fylla varumärkets huvudsakliga funktion, nämligen att identifiera varans eller tjänstens ursprung, för att därigenom möjliggöra för de konsumenter som köper den vara eller den tjänst som varumärket avser att träffa samma val vid ett senare köp, om erfarenheten varit god, eller att göra ett annat val, om den varit dålig.

28 Frågan huruvida ett kännetecken har särskiljningsförmåga skall dessutom enbart bedömas i förhållande till de varor eller tjänster som registreringsansökan avser och i förhållande till hur den relevanta målgruppen uppfattar kännetecknet.

29 Vidare skall påpekas att det i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 inte görs någon åtskillnad mellan kännetecken av skilda slag. Emellertid är den relevanta målgruppens uppfattning inte nödvändigtvis densamma när ett kännetecken utgörs av en färg eller en färgkombination som sådan som när ett ord- eller

figurmärke består av ett kännetecken som är oberoende av den slags vara som det avser. I själva verket är det så att om allmänheten vanligtvis omedelbart uppfattar ord- eller figurmärken som kännetecken som anger en varas kommersiella ursprung behöver det inte nödvändigtvis vara på det viset när ett kännetecken sammanfaller med varans utseende eller när kännetecknet endast består av en eller flera färger för att ange tjänster.

30 Slutligen skall beaktas att färgerna eller färgkombinationerna kan ha flera funktioner, framför allt tekniska, dekorativa eller att ange en varas eller en tjänsts kommersiella ursprung. Om den relevanta målgruppen uppfattar kännetecknet som en angivelse av varans eller tjänstens kommersiella ursprung är, i detta sammanhang, den omständigheten att kännetecknet samtidigt har flera funktioner utan betydelse för dess särskiljningsförmåga.

31 I förevarande mål har överklagandenämnden konstaterat att "de [aktuella] varorna och tjänsterna inte utgör produkter som behöver användas dagligen utan riktas till en specifik kundkrets som verkar i en specifik sektor". Det skall beaktas att den relevanta målgruppen utgörs av en specifik grupp av människor som besitter större kunskap och är mer uppmärksamma än människor i allmänhet. Därmed inte sagt att denna grupp utgörs av specialister på varje individuell vara eller tjänst, som sökanden indirekt har gjort gällande, eller att den utgörs av lekmän bestående av allmänt intresserade personer, som harmoniseringsbyrån har karakteriserat den under förhandlingen.

32 När det gäller jordbruks-, trädgårds- och skogsbruksprodukter i klass 31, av vilka sådana som avser utsäde särskilt har framhållits av sökanden, skall det med hänsyn till deras beskaffenhet, särskilt deras storlek och form som kan göra det svårt att anbringa ett ord- eller figurmärke på dem, beaktas att om den relevanta målgruppens kunskap gör det möjligt för den att omedelbart särskilja den färgnyans som varumärkesansökan avser från dessa varors naturliga färg kan denna grupp uppfatta att det rör sig om en av varans specifika egenskaper som

gör det möjligt att avgöra dess kommersiella ursprung. Eftersom utsäde skall sås och därefter inte är synligt har den relevanta målgruppen ingen anledning att tro att färgnyansen har en dekorativ eller estetisk funktion utan att den faktiskt används för att särskilja de varor som har denna färg från varor med ett annat kommersiellt ursprung.

33 Som harmoniseringsbyrån har konstaterat i punkt 18 i det ifrågasatta beslutet är det emellertid inte ovanligt att färger används för detta slags varor, både den aktuella nyansen av färgen orange och andra närliggande nyanser. Följaktligen gör det aktuella kännetecknet det inte möjligt för den relevanta målgruppen att omedelbart och på ett säkert sätt särskilja sökandens varor från andra företags varor som har färglagts med andra nyanser av färgen orange.

34 Även om man antar att denna färg inte är allmänt förekommande för vissa typer av utsäde, exempelvis majs eller betor som sökanden hänvisade till under förhandlingen, skall det för övrigt beaktas att vissa företag använder även andra färger för att ange att utsädet har behandlats.

35 I detta avseende skall det erinras om att den relevanta målgruppen besitter en viss grad av specifik kunskap, såsom påpekats i punkt 31 ovan, som åtminstone är tillräcklig för att målgruppen inte skall vara ovetande om att utsädets färg bland annat kan ange att utsädet har behandlats. Som harmoniseringsbyrån har uppgivit kommer således inte den relevanta målgruppen att uppfatta den aktuella färgen som angivelse av det aktuella utsädets kommersiella ursprung.

36 Denna slutsats vederläggs inte av sökandens argument att den aktuella färgen på dennes varor inte har någon teknisk funktion i samband med tillverkningen av utsädet.

37 Med beaktande av hur färger allmänt sett används i tekniskt hänseende inom den aktuella sektorn kan den relevanta målgruppen nämligen inte omedelbart bortse från möjligheten att färgen orange anger, eller kan ange, att utsädet har behandlats. Om det inte tidigare har uppgivits kan den relevanta målgruppen följaktligen inte dra slutsatsen att den aktuella färgen orange anger utsädets kommersiella ursprung.

38 För övrigt begränsas inte varumärkesansökan till utsäde för sockerbetor och majs och skall följaktligen bedömas i förhållande till utsäde i allmänhet, en kategori som i varumärkesansökan nämns som exempel på berörda jordbruksprodukter, och inte i förhållande till utsäde av ett specifikt slag som uttryckligen har angivits.

39 När det gäller behandlingsanläggningarna i klasserna 7 och 11 skall det beaktas att dessa varor hör till den allmänna kategorin jordbruksmaskiner. Sökanden har inte fört fram några omständigheter som med hänsyn till dessa anläggningars beskaffenhet eller syfte eller sättet att marknadsföra dem medför att de skulle utgöra en särskild kategori varor för vilka vissa färger inte vanligtvis används. Dessutom utgörs den relevanta målgruppen även av den genomsnittlige konsumenten, av i detta fall samtliga jordbruksmaskiner, och inte av en mycket specifik grupp med en grad av uppmärksamhet och kunskap som kan påverka hur den uppfattar jordbruksmaskinernas färg eftersom den är särskilt välinformerad om just behandlingsanläggningar.

40 Mot bakgrund av detta har överklagandenämnden i punkt 21 i det ifrågasatta beslutet helt korrekt konstaterat att det inte är ovanligt med maskiner som har denna färg eller en liknande färgskiftning. Det skall konstateras att eftersom färgen orange följaktligen är vanligt förekommande kan den relevanta målgruppen inte omedelbart och på ett säkert sätt särskilja sökandens anläggningar från maskiner som har en liknande orange färg och ett annat kommersiellt ursprung. Följaktligen uppfattar den relevanta målgruppen snarare den aktuella färgen som enbart ett inslag i den aktuella varans utseende.

41 När det gäller tjänsterna i klass 42 har harmoniseringsbyrån i punkt 21 i det ifrågasatta beslutet gjort bedömningen att den aktuella färgnyansen inte kan anses utgöra en ursprungsbeteckning utan ytterligare grafiska inslag eller ord.

42 I detta sammanhang skall med avseende på tjänsterna först och främst påpekas att färgerna inte tillämpas på själva tjänsterna, som av naturliga skäl saknar färg, och inte ger dem något substantiellt värde. Den relevanta målgruppen kan alltså skilja mellan användandet av en färg som ett enkelt dekorativt inslag och användandet av den som en angivelse av tjänstens kommersiella ursprung. Den relevanta målgruppen kan nämligen i avsaknad av framför allt verbala inslag omedelbart uppfatta huruvida den färg som används för tjänsterna är följden av ett godtyckligt val av det företag som erbjuder dessa tjänster.

43 På denna punkt skall konstateras att i det exempel som harmoniseringsbyrån använt för att illustrera hur vanligt förekommande färgen orange är i kommersiella presentationer för tjänster används färgen som en del av en logotyp i kombination med andra färger och i andra hand i förhållande till det dominerande ordmärket, och inte som en färg som sådan.

44 Det skall vidare påpekas att i den mån det inte har visats att färgen fyller andra mer direkta funktioner kan den på ett enkelt och direkt sätt ihågkommas av den berörda målgruppen som ett särskiljande kännetecken för de aktuella tjänsterna. Det saknar i detta avseende betydelse för bedömningen av märkets särskiljningsförmåga att sökanden genom enbart märket inte kan identifieras som leverantör av de aktuella tjänsterna på grund av den bristande kommunikationsförmågan hos ett sådant varumärke till följd av avsaknaden av ytterligare grafiska delar. Kännetecknet behöver nämligen inte ge någon exakt upplysning om vem som utför tjänsten. Det är tillräckligt att den berörda allmänheten med hjälp av varumärket kan särskilja de tjänster som varumärket avser från andra med annat ursprung i handeln.

45 Dessutom finns det många färger kvar för identiska eller liknande tjänster då den färg som ansökan avser för särskilda tjänster utgör en specifik nyans. Följaktligen har överklagandenämnden fel när den uppger att registreringen av kännetecknet skulle medföra en otillbörlig begränsning av konkurrenternas valmöjlighet att använda en färg för att presentera sin tjänst eller identifiera sitt företag.

46 Följaktligen kan den slutsatsen dras att kännetecknet bestående av en nyans av färgen orange som sådan gör det möjligt för den berörda målgruppen att särskilja de aktuella tjänsterna från tjänster med annat kommersiellt ursprung när gruppen skall välja vid ett framtida förvärv.

47 Det framgår av det ovan anförda att den del av talan som grundas på en överträdelse av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 skall bifallas i den del som den avser tjänster i klass 42 och skall ogillas i den del som den avser samtliga jordbruks-, trädgårds- och skogsbruksvaror i klass 31 och behandlingsanläggningar i klasserna 7 och 11.

Överträdelse av artiklarna 73 och 74 i förordning nr 40/94

Parternas argument

48 Sökanden har understrukit att det i artiklarna 73 och 74 i förordning nr 40/94 föreskrivs att harmoniseringsbyrån är skyldig att redovisa grunderna för sina beslut. Denna motiveringsskyldighet syftar till att tvinga administrationen att basera sina beslut på en noggrann utredning av sakomständigheterna.

49 Sökanden har gjort gällande att den inte har erhållit de handlingar som harmoniseringsbyrån har baserat sitt beslut på och detta har gjort det omöjligt att kontrollera relevansen av byråns efterforskningar, inklusive att förstå argumenteringen och grunderna samt att eventuellt kunna bestrida de slutsatser som dragits därav. På grund av detta har sökanden gjort gällande att dennes rätt att yttra sig och möjligheten att begränsa förteckningen över varor och tjänster i ansökan har åsidosatts.

50 I enlighet med artikel 74.1 i förordning nr 40/94 skall enligt sökanden dessutom varje beslut grundas på konkreta sakförhållanden. I förevarande mål innebär inte förekomsten av beslut som liknar det ifrågasatta beslutet att motiveringsskyldigheten bortfaller i detta fall.

51 Harmoniseringsbyrån har uppgett att motiveringsskyldigheten skall skiljas från en redovisningsskyldighet som syftar till att sakomständigheterna och de rättsliga grunderna ovedersägligen skall styrkas.

52 Byrån har understrukit att artikel 73 i förordningen skall tolkas mot bakgrund av gemenskapens rättspraxis enligt vilken omfattningen av motiveringsskyldigheten beror på den aktuella rättsaktens beskaffenhet och på det sammanhang i vilket den har antagits.

53 Harmoniseringsbyrån har noterat att förstainstansrätten, genom att ge sökanden den unika möjligheten att inge en replik, just har möjliggjort för sökanden att bestrida relevansen av harmoniseringsbyråns påståenden och de handlingar som har åberopats till stöd för dem.

Förstainstansrättens bedömning

54 För det första skall påpekas att skyldigheten för harmoniseringsbyrån att motivera sina beslut föreskrivs i artikel 73 första meningen i förordning nr 40/94.

55 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 (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens domar av den 31 januari 2001 i mål T-135/99, Taurus-Film mot harmoniseringsbyrån (Cine Action), REG 2001, s. II-379, punkt 35 och i mål T-136/99, Taurus-Film mot harmoniseringsbyrån (Cine Comedy), REG 2001, s. II-397, punkt 35).

56 I förevarande mål följer det av det ifrågasatta beslutet att överklagandenämnden har angivit de olika kriterier som har använts för att fastställa om en färg är särskiljningsbar, nämligen främst hur den "avsedda kundkretsen" uppfattar den aktuella färgen och den sedvanliga karaktär som denna uppvisar liksom hur den används med avseende på de berörda varorna och tjänsterna. Även om motiveringen av det ifrågasatta beslutet är kortfattad möjliggör den för sökanden att få kännedom om skälen för avslaget på registreringsansökan för varje berörd vara och tjänst. Dessutom har harmoniseringsbyrån lämnat en mer precis redovisning gällande den svåra frågan om förekomsten eller avsaknaden av färg på utsäde och därvid hänvisat till de faktiska omständigheter som har beaktats. Följaktligen har sökanden fått tillgång till de omständigheter som är nödvändiga för att förstå det ifrågasatta beslutet och för att kunna bestrida dess laglighet inför gemenskapsdomstolarna.

57 För det andra skall påpekas att Harmoniseringsbyråns beslut enligt artikel 73 i förordning nr 40/94 inte kan baseras på andra grunder än sådana som parterna har haft tillfälle att yttra sig över.

58 När det gäller sökandens argument att den inte har fått ta del av de handlingar på vilka överklagandenämnden baserade det ifrågasatta beslutet och att den inte har getts möjlighet att framlägga sina synpunkter på dessa handlingar, skall det konstateras att dessa handlingar inte var nödvändiga för att sökanden skulle förstå beslutet och eventuellt utöva sin rätt att begränsa förteckningen över berörda varor och tjänster. Det framgår nämligen av motiveringen till sökandens talan inför överklagandenämnden att den i sak kände till de argument och de omständigheter som skulle undersökas av nämnden för att vederlägga eller bekräfta granskarens beslut och att sökanden alltså haft möjlighet att yttra sig i denna sak.

59 Följaktligen har överklagandenämnden inte överträtt artikel 73 i förordning nr 40/94 genom att inte låta sökanden ta del av handlingar som uteslutande användes för att förbereda och motivera det ifrågasatta beslutet på grunder och resonemang som redan var kända för sökanden.

60 När det gäller harmoniseringsbyråns skyldighet att i enlighet med artikel 74.1 i förordning nr 40/94 på eget initiativ pröva sakförhållandena skall det för övrigt konstateras att överklagandenämnden faktiskt prövat och använt en del av de relevanta sakomständigheterna för att bedöma kännetecknets särskiljningsförmåga med avseende på de olika varor och tjänster som varumärkesansökan avsåg. I detta avseende utgör de beslut som harmoniseringsbyrån tidigare har meddelat, som liknar det ifrågasatta beslutet, och de exempel som hämtats från Internet varken en ersättning för de skäl som utvecklats i det ifrågasatta beslutet eller nya sakomständigheter, som inte prövats på eget initiativ, utan kompletterande omständigheter som harmoniseringsbyrån framlagt i sina inlagor för att göra det möjligt att kontrollera den rättsliga grunden för det ifrågasatta beslutet.

61 Det framgår av det ovan anförda att talan om överträdelse av artiklarna 73 och 74 skall ogillas.

Rättegångskostnader

62 Enligt artikel 87.3 i förstainstansrättens rättegångsregler kan förstainstansrätten, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter, besluta att kostnaderna skall delas. I förevarande mål har sökandens talan endast bifallits med avseende på tjänsterna, och rätten beslutar därför att sökanden skall bära sin rättegångskostnad samt ersätta två tredjedelar av svarandens rättegångskostnad.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

följande dom:

1) **Beslutet av andra överklagandenämnden vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) av den 19 april 2000 (ärende R 282/1999-2) ogiltigförklaras i den del som det avser tjänsterna i klass 42.**

2) **Talan ogillas i övrigt.**

3) **Sökanden skall bära sin rättegångskostnad samt ersätta två tredjedelar av svarandens rättegångskostnad. Den senare skall bära en tredjedel av sin rättegångskostnad.**

Moura Ramos Pirrung Meij

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 9 oktober 2002.

H. Jung

Justitiesekreterare

R.M. Moura Ramos

Ordförande