FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)

den 19 september 2001 *

I mål T-118/00,

Procter & Gamble Company, Cincinnati, Ohio (Amerikas förenta stater), företrätt av advokaterna C.J.J.C. van Nispen och G. Kuipers, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

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

svarande,

* Rättegångsspråk: engelska.

angående en talan som väckts mot det beslut som har fattats av första överklagandenämnden vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) den 3 mars 2000 (ärende R 516/1999-1) och som delgavs sökanden den 7 mars 2000,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden A.W.H. Meij samt domarna A. Potocki och J. Pirrung,

justitiesekreterare: byrådirektören D. Christensen,

med beaktande av den ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 3 maj 2000,

med beaktande av den svarsinlaga som inkom till förstainstansrättens kansli den 28 juli 2000,

efter det muntliga förfarandet den 5 april 2001,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Den 13 oktober 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 Av den av sökanden ingivna återgivningen av det tredimensionella varumärke av vilket registrering begärdes framgår att detta har formen av en kvadratisk tablett med lätt rundade kanter och hörn och med ett vitt skikt med gröna prickar (ovansidan) och ett ljusgrönt skikt (undersidan). Ansökan avsåg även färgerna.

3 De varor som registreringsansökan avsåg omfattas av klass 3 i Niceöverenskommelsen av den 15 juni 1957 om klassificering av varor och tjänster för varumärkesregistrering, med ändringar och tillägg, och motsvarar beskrivningen "tvätt- och blekningspreparat och andra ämnen för användning vid tvätt; rengörings-, poler-, skur- och slipmedel, preparat för tvätt, rengöring och vård av disk; tvål".

4 I beslut av den 17 juni 1999 avslog granskaren ansökan i enlighet med artikel 38 i förordning nr 40/94 med motiveringen att det begärda varumärket saknade särskiljningsförmåga.

5 Den 13 augusti 1999 överklagade sökanden granskarens beslut till harmoniseringsbyrån i enlighet med artikel 59 i förordning nr 40/94.

6 Överklagandet ogillades genom beslut av den 3 mars 2000 (nedan kallat det omtvistade beslutet).

7 Överklagandenämnden fann i sak att det begärda varumärket helt saknade särskiljningsförmåga. Nämnden uppgav inledningsvis att det framgår av artikel 4 i förordning nr 40/94 att formen på en vara kan registreras som gemenskapsvarumärke förutsatt att den är tillräckligt ovanlig och godtycklig för att de berörda konsumenterna endast genom att se formen skall kunna känna igen varan som en vara från ett visst företag. Med hänsyn till fördelarna med att utföra tvätt- och diskmedel i form av tabletter, framhöll nämnden vidare att det måste stå även sökandens konkurrenter fritt att tillverka sådana med användning av de enklaste geometriska formerna. Efter att ha beskrivit det begärda varumärket konstaterade överklagandenämnden att tablettens kvadratiska form inte gav tabletten särskiljningsförmåga. De geometriska grundformerna (kvadrat, cirkel, triangel eller rektangel) är enligt överklagandenämnden de mest självklara formerna för sådana tabletter, och det finns ingen godtycklig beståndsdel och inget inslag av fantasi i valet av en kvadratisk tablett för tillverkning av rengöringsmedel i fast form. Överklagandenämnden anförde att det begärda varumärkets färger inte gav det någon särskiljningsförmåga, eftersom vitt, som förknippas med oklanderlig renhet, är en traditionell färg för tvål i pulverform, medan grönt, som också är en basfärg, drar blicken till sig och har en positiv bibetydelse, eftersom färgen förknippas med miljöskydd. Överklagandenämnden hävdade att det är vanligt med färgade prickar, att sådana färgade prickar inte

bara är behagliga att se på, utan även kan ange förekomsten av aktiva substanser och att övriga aktörer måste ha möjlighet att använda dem i detta syfte. Överklagandenämnden tillade att harmoniseringsbyrån visserligen kan ta hänsyn till de nationella myndigheternas beslut, men att den inte är bunden av dessa.

Parternas yrkanden

8 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det omtvistade beslutet,

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

9 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan,

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Upptagande till sakprövning

Parternas argument

10 Vid förhandlingen anförde sökanden att talan i förevarande mål samt i de parallella målen T-117/00, T-119/00—T-121/00, T-128/00 och T-129/00 huvudsakligen syftar till att få klarhet i rättsläget beträffande möjligheten att registrera de begärda varumärkena. Sökanden anser inte att nämnda varumärken bör åtnjuta skydd enligt förordning nr 40/94. Eftersom vissa företag på marknaden har låtit lämna in ansökningar om varumärken i syfte att erhålla sådant skydd för former som liknar det som har begärts i förevarande fall och i de ovannämnda parallella målen, är emellertid enligt sökanden samtliga tillverkare tvungna att försöka få ett motsvarande skydd för sina egna varor.

11 Harmoniseringsbyrån anser att sökanden således i sak har begärt att förstainstansrätten skall ogilla talan. Harmoniseringsbyrån har väckt frågan huruvida sökanden under dessa omständigheter har något berättigat intresse av att få saken prövad.

Förstainstansrättens bedömning

12 En talan om ogiltigförklaring som en fysisk eller juridisk person har väckt kan enligt fast rättspraxis endast upptas till prövning om sökanden har ett intresse av att få rättsakten i fråga ogiltigförklarad. Ett sådant intresse föreligger endast om

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

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

Prövning i sak

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

Parternas argument

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

16 Sökanden har vidare yttrat sig om dels det begärda varumärkets form, mönster och färger, dels den omständigheten att det begärda varumärket vid bedömningen av detsamma måste betraktas i sin helhet. Slutligen har sökanden argumenterat kring behovet av en enhetlig tillämpning av förordning nr 40/94.

17 Beträffande varumärkets form har sökanden hävdat att det framgår av artikel 4 i förordning nr 40/94 att det inte är förbjudet att låta ett varumärke utgöras av en varas form.

18 Sökanden har anfört att överklagandenämnden felaktigt har tagit hänsyn till samtliga aktörers intresse av att fritt kunna använda den form som ansökan avser. Hänsynen till detta intresse är enligt sökanden inte relevant vid bedömningen av om ett varumärke saknar särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, utan endast inom ramen för en prövning av en varumärkesansökan med avseende på artikel 7.1 e i samma förordning.

19 Beträffande överklagandenämndens hänvisning, i samband med argumenten avseende artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, till registreringshindret i artikel 7.1 e i samma förordning har sökanden framhållit att det går — och till och med är att föredra — att välja andra tablettformer, såsom rektangulära eller runda former. Dessutom kan rengöringsmedel enligt sökanden utföras i andra former, såsom pulver eller vätska.

20 Sökanden har framhållit att tabletter kan ges olika utseende inte endast genom användning av olika grundformer och genom variationer i rektangulära formers förhållande mellan längd och bredd, utan även genom variationer i tablettens

tjocklek. Sökandens slutsats är att tablettens kvadratiska form i sig i förevarande fall kan i förhållande till de övriga tabletter som fanns på marknaden vid den tidpunkt då varumärkesansökan gavs in, anses vara ovanlig för ett rengöringsmedel och ha inslag av fantasi.

21 Beträffande tablettens mönster, i synnerhet förekomsten av prickar, anser sökanden att övervägandena vad gäller prickarnas roll att påvisa förekomsten av vissa aktiva beståndsdelar — även om de stämmer — saknar relevans inom ramen för en bedömning av särskiljningsförmågan i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Dessa överväganden kan enligt sökanden endast ha någon betydelse vid tillämpning av registreringshindret i artikel 7.1 c i förordning nr 40/94, vilket inte är i fråga i förevarande fall. Sökanden har ställt sig oförstående till på vilket sätt det påstått behagliga i att se på beståndsdelar i det begärda varumärket utgör ett hinder för registrering av varumärket enligt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Sökanden har hävdat att överklagandenämnden inte har uttalat sig om de två skikten, och att sökanden inte kan förstå varför nämnden kunde anse att detta mönster inte har särskiljningsförmåga. Sökanden har hävdat att såväl prickarna som förekomsten av två skikt, inklusive det specifika förhållandet mellan skikten på grund av deras respektive tjocklek, ger den form som begäran avser sedd i dess helhet ett godtyckligt och ovanligt inslag och ett inslag av fantasi. Tablettens prickar och dess två lager är enligt sökanden två kännetecken som gör det möjligt för allmänheten att särskilja dess varor från andra företags.

22 Beträffande det begärda varumärkets färger, har sökanden erinrat om att det är vedertaget att ett kännetecken som utgörs av en färgkombination kan ha en inneboende särskiljningsförmåga och att till och med en enda färg kan ha särskiljningsförmåga i vissa fall. Varumärken som innehåller en kombination av två eller tre färger, som används tillsammans med en särskild form (en kvadratisk tablett med en viss tjocklek) och ett särskilt mönster (i förevarande fall två lager) har således med säkerhet ett minimum av särskiljningsförmåga. En sådan slutsats

kan enligt sökanden dras även om överklagandenämnden anses ha rätt i påståendena att vitt, som förknippas med oklanderlig renhet, är en traditionell färg för tvålflingor samt att grönt drar blicken till sig och har en positiv bibetydelse. Dessutom anser sökanden att dessa påståenden är felaktiga och att inga bevis för dem har företetts. Sökanden har hävdat att det begärda varumärket i vart fall har särskiljningsförmåga, eftersom en av de färger som anges i ansökan om registrering är ljusgrönt.

23 Beträffande bedömningen av varumärket har sökanden erinrat om att särskiljningsförmågan skall bedömas med utgångspunkt i varumärket sett i dess helhet. Även om varumärkets beståndsdelar var och en för sig inte kan anses vara tillräckligt ovanliga eller ha ett tillräckligt stort inslag av fantasi för att ge varumärket särskiljningsförmåga, skapas enligt sökanden genom den särskilda kombinationen av beståndsdelar (form, mönster och färg) ett särskiljande kännetecken som kan registreras.

24 Överklagandenämndens argument att det begärda varumärkets beståndsdelar måste hållas fria för att kunna användas av samtliga aktörer kan således inte motivera en vägran att registrera varumärket. Även om ett sådant argument skulle anses relevant inom ramen för en invändning enligt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, vilket sökanden bestrider, skall bedömningen av denna invändning göras med utgångspunkt i varumärket sett i dess helhet, och inte från dess beståndsdelar sedda var för sig.

25 Sökanden har framhållit att dess ansökningar om varumärken endast syftar till att få exklusiva rättigheter till varje varumärkes specifika kombination av kännetecken (form, mönster och färger), och inte till att hindra andra aktörer från att till exempel använda färgen grönt för sina rengöringsmedel. Sökanden har sagt sig vara beredd att avge förklaringar om avstående i detta hänseende, om förstainstansrätten finner det nödvändigt. Sökanden har tillagt att det framgår av de många ansökningar om registrering av tredimensionella varumärken i form av tabletter avseende rengöringsmedel som har lämnats in till harmoniseringsbyrån, att variationerna i dessa tabletters utseende i det närmaste är obegränsade.

26 Vad slutligen beträffar behovet av en enhetlig tillämpning av förordning nr 40/94, har sökanden gjort gällande att tredimensionella varumärken som liknar sökandens har godtagits i ett antal medlemsstater, vilkas varumärkesrätt har harmoniserats med stöd av rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT L 40, 1989, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178), bland annat i Frankrike, Förenade kungariket, Belgien, Nederländerna och Luxemburg. I de tre sistnämnda staterna har de nämnda varumärkena registrerats av Bureau Benelux des Marques. Vidare har harmoniseringsbyrån enligt sökanden offentliggjort följande varumärkesansökningar.

— Ansökan nr 809 830 som har lämnats in av Benckiser N. V. avseende ett varumärke i form av en rund tablett med ett blått och ett vitt skikt.

— Ansökan nr 924 829 som sökanden har lämnat in avseende ett varumärke i form av en rektangulär tablett som innehåller färgerna blått, grönt och vitt.

27 I detta sammanhang har sökanden vidare uppgivit att harmoniseringsbyrån har godtagit vissa tredimensionella varumärken avseende färgad tandkräm, trots att invändningar liknande dem som har gjorts i förevarande fall mot sökandens varumärkesansökan hade kunnat göras beträffande vart och ett av dessa varumärkens form, mönster och färg. Sökanden anser att det begärda varumärket borde ha behandlats på samma sätt. Sökanden har tillagt att den har yttrat sig över de nämnda varumärkesansökningarna, bland annat i syfte att belysa att harmoniseringsbyråns tillämpning av bestämmelserna i förordning nr 40/94 på tredimensionella varumärken varierar.

28 Harmoniseringsbyrån har anfört att det tredimensionella varumärke som har begärts avser tabletter för tvätt- eller diskmaskiner och utgörs av själva produkten.

29 För att det skall kunna bedömas huruvida det begärda gemenskapsvarumärket skall beviljas avseende denna nya vara, har harmoniseringsbyrån inledningsvis beskrivit utvecklingen av tvätt- och diskmedels olika utföranden på marknaden samt fördelarna med att utföra dem i form av tabletter.

30 Vidare har harmoniseringsbyrån redogjort för de principer som styr registrering av tredimensionella varumärken och angivit vilka olika registreringshinder som skulle kunna spela någon roll i sammanhanget.

31 Ett varumärke har enligt harmoniseringsbyrån särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 om det gör det möjligt att särskilja de varor eller tjänster för vilka registrering av varumärket begärs med avseende på deras ursprung, och inte med avseende på deras art eller andra egenskaper.

32 Enligt harmoniseringsbyrån gör konsumenter i regel inte någon koppling mellan en varas form och dess ursprung. För att konsumenter skall kunna uppfatta själva formen på en vara som ett sätt att identifiera dess ursprung, måste formen enligt harmoniseringsbyrån ha en "särprägel", vilken som helst, som konsumenterna lägger märke till.

33 Harmoniseringsbyrån har uppgivit att bedömningen vad gäller särskiljningsförmågan av en varas form skall göras i tre steg. Först skall det utredas i vilka former som varan i fråga förekommer. Därefter skall det utredas om den form som ansökan avser skiljer sig från dessa på ett sätt som konsumenten kan uppfatta. Slutligen skall det avgöras om denna särskilda form är ägnad att ange varans ursprung.

34 Harmoniseringsbyrån har framhållit att varuslaget och det sätt på vilket konsumenter använder varan är viktiga inom ramen för det tredje steget i utredningen. Enligt harmoniseringsbyrån tar konsumenten tabletterna för tvätt- och diskmaskiner ur förpackningen för att därefter omedelbart lägga dem i maskinen. För att känna igen varan vid inköp är konsumenten således hänvisad till varans förpackning, som är försedd med tillverkarens ordmärke, och inte till varans exakta form och färg.

35 De rättsliga kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan hos tredimensionella märken som, såsom i förevarande fall, utgörs av själva varans form är enligt harmoniseringsbyrån varken annorlunda eller striktare än de som tillämpas för andra varumärken. Harmoniseringsbyrån anser emellertid att en varas form inte anger dess ursprung på samma sätt som ord eller figurer på produkten eller på dess förpackning.

36 Därefter har harmoniseringsbyrån övergått till att bedöma det begärda varumärket.

37 Det begärda varumärkets rektangulära form är enligt harmoniseringsbyrån inte ovanlig och har inget inslag av fantasi, utan är tvärtom enkel och vanligt förekommande på marknaden.

38 Beträffande färgerna anser harmoniseringsbyrån att det kännetecken som ansökan avser inte har fått särskiljningsförmåga genom att ett ljusgrönt skikt har tillfogats. Även prickarna saknar betydelse i detta avseende. Harmoniseringsbyrån anser att det inte föreligger någon färgkombination när endast en färg har lagts till grundfärgen på produkterna för tvätt- eller diskmaskiner (vitt eller grått).

39 Varumärket i sin helhet blir enligt harmoniseringsbyrån inte särskiljande på grund av färgerna på vissa lager eller delar av tabletterna. För det första är basfärger, som grönt eller blått, enligt harmoniseringsbyrån vanliga på området för rengöringsmedel. De framkallar vissa positiva förnimmelser, såsom fräschör eller rengöringsförmåga. För det andra anger färgerna på tablettens olika skikt eller delar enligt harmoniseringsbyrån att det finns flera aktiva beståndsdelar. De utgör således en upplysning till konsumenten om varans egenskaper, något som lyfts fram i den marknadsföring som genomförs för tabletterna i fråga. För det tredje följer det enligt harmoniseringsbyrån av det sätt på vilket tabletterna används att konsumenten inte betraktar färgerna som uppgifter om varans ursprung, vilket i synnerhet gäller för basfärger och kombinationer av sådana.

40 Färgade prickar är enligt harmoniseringsbyrån vanligt förekommande och kan ange förekomsten av vissa aktiva beståndsdelar. Prickarna anger graden av homogenitet i det material som tvättpulvret eller rengöringstabletten består av, men ger ingen upplysning om varifrån varan kommer. Prickarna kan i förevarande fall inte anses utgöra en "struktur". Eftersom prickarna är små och har en föga iögonfallande grön nyans, påverkar de enligt harmoniseringsbyrån inte det visuella helhetsintryck som tabletten ger.

41 Beträffande bedömningen av varumärket i dess helhet anser harmoniseringsbyrån att kombinationen av samtliga dessa icke särskiljande beståndsdelar inte gör det begärda varumärket särskiljande. Den omständigheten att samtliga tabletter är olika varandra leder inte till slutsatsen att de har särskiljningsförmåga.

42 Harmoniseringsbyrån anser att den omständigheten att sökandens konkurrenter har valt andra färger på sina tabletter inte leder till slutsatsen att färgerna gör det möjligt att särskilja varorna med avseende på deras ursprung. Valet av olika färger beror enligt harmoniseringsbyrån på de många varumärkesansökningar som har lämnats in till olika varumärkesbyråer på nationell nivå och på gemenskapsnivå avseende produkter för tvätt- och diskmaskiner sedan dessa produkter nyligen lanserades på marknaden. Vissa nationella byråer har beviljat varumärkesskydd, och en tillverkare bör därför, enligt harmoniseringsbyrån, inte låta utföra sin vara i en form som motsvarar ett varumärke som en konkurrent har låtit registrera — eller till och med bara ansökt om registrering av — innan läget har klargjorts genom ett domstolsavgörande.

43 Med hänvisning till artikel 7.3 i förordning nr 40/94 har harmoniseringsbyrån tillagt att färgerna teoretiskt kan uppnå särskiljningsförmåga till följd av användning, men att detta måste styrkas. I förevarande fall har sökanden enligt harmoniseringsbyrån aldrig anfört att särskiljningsförmåga har uppnåtts till följd av användning.

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

45 Vad slutligen beträffar påståendet att det omtvistade beslutet inte är förenligt med andra beslut av harmoniseringsbyrån, har harmoniseringsbyrån hävdat att den har avslagit samtliga ansökningar avseende runda eller rektangulära tabletter för tvätt- eller diskmaskiner och att överklagandenämnderna har fastställt dessa avslagsbeslut i samtliga fall där nämnderna har gjort en prövning. Harmoniseringsbyrån har hävdat att varumärkesansökningarna nr 809830 och nr 924829 har offentliggjorts i Bulletinen för gemenskapsvarumärken men att varumärkena i fråga inte har registrerats. Dessutom skulle, även om harmoniseringsbyrån faktiskt hade registrerat dessa varumärken, sådana beslut ha varit felaktiga, och sökanden skulle inte ha kunnat åberopa dem för att få till stånd ett beslut som skulle bli en upprepning av misstaget.

46 Beträffande de varumärken som har registrerats avseende tandkräm har harmoniseringsbyrån anfört att dessa inte kan jämföras med det varumärke som har begärts i förevarande fall, inte bara därför att dessa har begärts som figurmärken, utan även därför att varorna och deras användningsområde samt det som kännetecknar varumärkena är olika.

47 Beträffande de nationella varumärkesbyråernas praxis har harmoniseringsbyrån medgivit att registrering i flera eller samtliga medlemsstater för sökandens räkning av ett varumärke som är identiskt med det som har begärts i förevarande fall visserligen är en omständighet som, utan att vara avgörande, skulle kunna beaktas vid registrering av gemenskapsvarumärket. I detta hänseende har dock harmoniseringsbyrån hävdat att sökanden aldrig har gjort gällande att den har fått det varumärke som begärs i förevarande fall registrerat i Europeiska gemenskapens medlemsstater.

48 Beträffande medlemsstaternas nationella byråers registrering av varumärken som liknar det varumärke som har begärts i förevarande fall, har harmoniseringsbyrån anfört att dessa byråers praxis inte är enhetlig.

49 Även om sökanden var den första som saluförde tabletter för tvätt- och diskmaskiner, är det enligt harmoniseringsbyrån styrkt att den rektangulära formen numera är vanligt förekommande. Varumärket kan enligt harmoniseringsbyrån inte registreras även om denna form inte blev vanlig förrän efter tidpunkten för ansökan om gemenskapsvarumärke. I detta hänseende har harmoniseringsbyrån anfört dels att den första användningen av en enkel eller vanlig form inte i sig gör denna form särskiljande, dels att särskiljningsförmågan även måste föreligga vid tidpunkten för registrering av varumärket.

Förstainstansrättens bedömning

50 Ett varumärkes särskiljningsförmåga skall bedömas i förhållande till de varor eller tjänster för vilka registrering av varumärket begärs.

51 Vad beträffar de varor som sökanden har angivit i sin ansökan om gemenskapsvarumärke, det vill säga "tvätt- och blekningspreparat och andra ämnen för användning vid tvätt; rengörings-, poler-, skur- och slipmedel, preparat för tvätt, rengöring och vård av disk; tvål", som omfattas av klass 3 i Niceöverenskommelsen, består det begärda varumärket i förevarande fall av formen på och färgsammansättningen hos själva varan.

52 Det framgår av artikel 4 i förordning nr 40/94 att såväl en varas form som dess färger räknas till de kännetecken som kan utgöra ett gemenskapsvarumärke. Emellertid medför inte den omständigheten att ett slags kännetecken allmänt sett är ägnat att utgöra ett varumärke att alla kännetecken av detta slag nödvändigtvis har särskiljningsförmåga i förhållande till en bestämd vara eller tjänst i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94.

53 Enligt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 skall registrering vägras av "[v]arumärken som saknar särskiljningsförmåga". Ett varumärke måste anses ha särskiljningsförmåga om det gör det möjligt att särskilja de varor eller tjänster för vilka registrering begärs med avseende på deras ursprung. För att detta kriterium skall anses vara uppfyllt behöver varumärket inte ge någon exakt upplysning om vem som tillverkar varan eller utför tjänsten. Det är tillräckligt att den berörda allmänheten med hjälp av varumärket kan särskilja de varor eller tjänster som bär varumärket från andra med ett annat ursprung i handeln och utgå från att alla varor eller tjänster som bär varumärket har tillverkats, saluförts eller levererats under kontroll av varumärkesinnehavaren, som är ansvarig för deras kvalitet (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 29 september 1998 i mål C-39/97, Canon, REG 1998, s. I-5507, punkt 28).

54 Det framgår av lydelsen i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 att det räcker med ett minimum av särskiljningsförmåga för att det registreringshinder som anges i denna artikel inte skall tillämpas. I ett första skede, och helt utan att beakta kännetecknets användning i den mening som avses i artikel 7.3 i förordning nr 40/94, skall rätten således utreda huruvida det begärda varumärket gör det möjligt för allmänheten i målgruppen att särskilja de avsedda varorna från varor med annat ursprung i handeln när den skall göra ett val vid inköp.

55 I artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 görs ingen åtskillnad mellan olika slags varumärken. Kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan hos tredimensionella varumärken som utgörs av själva varans form skiljer sig således inte från de kriterier som tillämpas för andra slags varumärken.

56 Vid tillämpningen av dessa kriterier måste hänsyn emellertid tas till den omständigheten att den berörda allmänheten inte nödvändigtvis uppfattar ett tredimensionellt varumärke som utgörs av själva varans form och färger på

samma sätt som ett ordmärke, ett figurmärke eller ett tredimensionellt varumärke som inte utgörs av varans form. Allmänheten är nämligen van vid att omedelbart uppfatta de sistnämnda varumärkena som utmärkande kännetecken för en vara, vilket inte nödvändigtvis gäller för kännetecken som sammanfaller med själva varans utseende.

57 Rätten noterar att de varor som ansökan om varumärke avser i förevarande fall är mycket vanligt förekommande konsumtionsvaror. Den allmänhet som berörs av dessa varor består av samtliga konsumenter. Således skall särskiljningsförmågan hos det begärda varumärket bedömas med hänsyn till de förväntningar som en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument kan tänkas ha (se analogt domstolens dom av den 16 juli 1998 i mål C-210/96, Gut Springenheide och Tusky, REG 1998, s. I-4657, punkterna 30—32).

58 Den berörda allmänhetens uppfattning om varumärket påverkas av genomsnittskonsumentens uppmärksamhet, som kan variera beroende på vilket slags varor eller tjänster det är fråga om (se domstolens dom av den 22 juni 1999 i mål C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, REG 1999, s. I-3819, punkt 26). I detta avseende noterar rätten att det rör sig om dagliga konsumtionsvaror och att genomsnittskonsumenten därför inte ägnar någon större uppmärksamhet åt form och färg på tabletterna för tvätt- och diskmaskiner.

59 För att bedöma om den omtvistade tablettens kombination av form och färgsammansättning kan uppfattas av allmänheten som en uppgift om ursprunget, skall det utredas vilket helhetsintryck denna kombination ger (se analogt domstolens dom av den 11 november 1997 i mål C-251/95, SABEL,

REG 1997, s. I-6191, punkt 23), vilket inte är oförenligt med en successiv genomgång av de olika beståndsdelarna i utförandet.

60 Den tredimensionella form för vilken registrering begärs, det vill säga en kvadratisk tablett, hör till de geometriska grundformerna och är en av de former som spontant kommer i åtanke när det gäller tabletter för tvätt- eller diskmaskiner. Tablettens lätt rundade hörn har tillkommit av praktiska skäl och kan inte uppfattas av genomsnittskonsumenten som ett särdrag hos den form som ansökan avser, vilket är ägnat att skilja ut tabletten från andra tabletter för tvätt- eller diskmaskiner.

61 Beträffande förekomsten av två skikt, varav det ena är vitt med gröna prickar och det andra grönt, noterar rätten att den berörda allmänheten är van vid att beståndsdelar i rengöringsprodukter har olika färger. Pulver, som är det traditionella utförandet i fråga om dessa produkter, är oftast mycket ljust grått eller beige och framstår nästan som vitt. Som sökanden själv uppgav vid förhandlingen, innehåller det ofta partiklar i en eller flera andra färger. I den marknadsföring som sökanden och andra tillverkare av rengöringsprodukter har genomfört förklaras att dessa partiklar påvisar förekomsten av olika aktiva beståndsdelar. De färgade partiklarna erinrar sålunda om vissa av varans egenskaper, utan att de därmed kan anses vara en beskrivning i den mening som avses i artikel 7.1 c i förordning nr 40/94. Av den omständigheten att sistnämnda registreringshinder inte är tillämpligt kan emellertid inte den slutsatsen dras att de färgade beståndsdelarna nödvändigtvis ger det begärda varumärket särskiljningsförmåga. Någon sådan förmåga finns nämligen inte om allmänheten i målgruppen, som i förevarande fall, har fått uppfattningen att förekomsten av färgade beståndsdelar ger en antydan om vissa av produktens egenskaper, och inte anger dess ursprung. Möjligheten att konsumenterna trots allt kan vänja sig vid att känna igen varan på dess färger räcker inte i sig för att undanröja registreringshindret i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. En sådan utveckling av allmänhetens

sätt att uppfatta kännetecknet kan, om den kan styrkas, endast beaktas inom ramen för artikel 7.3 i förordning nr 40/94.

62 Beträffande omständigheten att den omtvistade tabletten utöver de färgade prickarna innehåller ett grönt skikt, undersöker rätten inledningsvis sökandens invändning att överklagandenämnden inte motiverat sin bedömning att denna färgfördelning inte ger det begärda varumärket särskiljningsförmåga. I detta hänseende noterar rätten att överklagandenämnden har nämnt förekomsten av två skikt i sin beskrivning av varumärket i punkt 15 i det omtvistade beslutet. Detta konstaterande har inte uttryckligen upprepats i punkterna 18 och 19 i det omtvistade beslutet, som rör bedömningen av särskiljningsförmågan med avseende på tablettens färgsammansättning. Emellertid har överklagandenämnden, till stöd för sitt påstående i punkt 19 i det omtvistade beslutet att tabletter med olika färgkombinationer vanligen används för sådana varor som varumärkesansökan avser, som exempel hänvisat till två varor som var och en saluförs i form av tabletter med två lager i olika färger. Härav följer att överklagandenämnden ansåg att en tablett med två lager i olika färger inte är särskiljande, eftersom detta utförande är vanligt. I detta hänseende är det omtvistade beslutet således tillräckligt motiverat.

63 Vidare har överklagandenämnden med rätta gjort bedömningen att förekomsten av ett färgat, prickigt lager inte räcker för att tablettens utseende skall kunna uppfattas som en uppgift om varans ursprung. När det rör sig om att kombinera olika beståndsdelar i en tablett för tvätt- eller diskmaskiner, hör tillfogandet av såväl prickar som ett skikt nämligen till de lösningar som mest spontant kommer i åtanke.

64 Beträffande den gröna färgen noterar rätten att användningen av basfärger, såsom blått eller grönt, är utbredd och till och med typisk för rengöringsprodukter. Användningen av andra basfärger, såsom rött eller gult, hör till de varianter av de typiska utförandena i fråga om nämnda varor som spontant kommer i åtanke. Samma sak gäller för olika nyanser av dessa färger. Sökandens argument att det

begärda varumärket är särskiljande eftersom ett av tablettens skikt är "ljusgrönt" kan således inte godtas.

65 Det tredimensionella varumärke som ansökan avser utgörs sålunda av en kombination av beståndsdelar i utförandet som spontant kommer i åtanke och som är typiska för varan i fråga.

66 Tilläggas skall att det går att åstadkomma olika kombinationer av dessa beståndsdelar i utförandet genom att variera geometriska grundformer och genom att till varans grundfärg foga en annan basfärg i ett skikt av tabletten eller i prickar. De olikheter mellan olika tabletters utseende som blir följden räcker inte för att varje tablett skall kunna fungera som en uppgift om varans ursprung när det, som i förevarande fall, rör sig om varianter av varans grundform som spontant kommer i åtanke.

67 Med hänsyn till det helhetsintryck som den omtvistade tablettens form och färgsammansättning ger, gör det begärda varumärket det inte möjligt för den berörda allmänheten att särskilja de avsedda varorna från varor med annat ursprung i handeln när den skall göra ett val vid inköp.

68 Vidare skall tilläggas att det större eller mindre antal liknande tabletter som redan finns på marknaden inte påverkar det begärda varumärkets oförmåga att — från början och oberoende av dess användning i den mening som avses i artikel 7.3 i förordning nr 40/94 — upplysa om varans ursprung. Det saknas således anledning att i förevarande fall avgöra frågan huruvida varumärkets särskiljnings-

förmåga skall bedömas vid tidpunkten för ansökan om registrering eller vid tidpunkten för den faktiska registreringen.

69 Vad därefter beträffar sökandens argument avseende de nationella varumärkesbyråernas praxis, erinrar rätten om att registreringar som redan ägt rum i vissa medlemsstater endast utgör en omständighet som, utan att vara avgörande, enbart kan beaktas vid registrering av ett gemenskapsvarumärke (förstainstansrättens dom av den 16 februari 2000 i mål T-122/99, Procter & Gamble mot harmoniseringsbyrån (formen på en tvål), REG 2000, s. II-265, punkt 61, och av den 31 januari 2001 i mål T-24/00, Sunrider mot harmoniseringsbyrån (VITALITE), REG 2001, s. II-449, punkt 33). Vidare framgår det av sökandens svar på förstainstansrättens frågor att ett varumärke som är identiskt med det som har begärts endast har registrerats av Bureau Benelux des Marques, medan registrering av varumärket har nekats i Tyskland. I Förenade kungariket har ett ärende om registrering av ett identiskt varumärke förklarats vilande i avvaktan på att förevarande tvist skall avgöras, och i Frankrike har motsvarande registreringsansökan dragits tillbaka. Vad gäller de nationella varumärkesbyråernas praxis i allmänhet avseende tredimensionella varumärken som utgörs av tabletter för tvätt- och diskmaskiner, framgår det av harmoniseringsbyråns svar på förstainstansrättens frågor att denna praxis inte är enhetlig. Det kan således inte göras gällande att överklagandenämnden har felbedömt nämnda praxis.

70 Vad beträffar harmoniseringsbyråns egen praxis, framgår det av harmoniseringsbyråns svar på förstainstansrättens frågor att de av sökanden åberopade offentliggjorda ansökningarna om gemenskapsvarumärke inte har lett till registreringar. En av ansökningarna i fråga avslogs av granskaren efter det att talan hade väckts i förevarande mål, och detta beslut handläggs för närvarande av överklagandenämnden. Den andra ansökan kommer enligt harmoniseringsbyrån att avslås. Argumentet att dessa ansökningar har offentliggjorts har under sådana omständigheter i vart fall förlorat sin giltighet. Beträffande den registrering av vissa varumärken avseende tandkräm som sökanden har åberopat, tillägger rätten att dessa varumärken och den vara som ansökan om registrering av nämnda varumärken avser skiljer sig från det varumärke och den vara som är i

fråga i förevarande fall. Harmoniseringsbyråns praxis vid registrering av varumärken avseende tandkräm kan således inte anses vara relevant i förevarande mål.

71 Sökandens argument beträffande harmoniseringsbyråns och vissa nationella byråers praxis kan således inte godtas.

72 Överklagandenämnden har således med rätta slagit fast att det begärda tredimensionella varumärket saknar särskiljningsförmåga.

73 Beträffande sökandens argument att överklagandenämnden har tagit hänsyn till behovet av att den omtvistade tablettens form och färger hålls fria, noterar rätten att de absoluta registreringshindren i artikel 7.1 b—7.1 e i förordning nr 40/94 uttrycker gemenskapslagstiftarens strävan att undvika att en aktör får exklusiva rättigheter som kan hindra konkurrensen på marknaden för varorna eller tjänsterna i fråga (se, beträffande registreringshindret som avser kännetecknets beskrivande karaktär, domstolens dom av den 4 maj 1999 i de förenade målen C-108/97 och C-109/97, Windsurfing Chiemsee, REG 1999, s. I-2779, punkt 25). Det intresse som konkurrenterna till en sökande av ett tredimensionellt varumärke som utgörs av en varas utförande kan ha av att fritt kunna välja form och färg på sina egna varor, är emellertid varken i sig ett skäl som kan motivera en vägran att registrera ett sådant varumärke eller ett i sig tillräckligt kriterium för bedömning av varumärkets särskiljningsförmåga. Förbudet i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 mot registrering av varumärken som saknar särskiljningsförmåga medför ett skydd för intresset av att olika varianter av en varas utförande hålls fria, endast i den mån som utförandet av den vara som ansökan om registrering avser inte kan fylla ett varumärkes funktion — från början och oberoende av dess användning i den mening som avses i artikel 7.3 i förordning nr 40/94 — det vill säga göra det möjligt för den berörda allmänheten att särskilja den vara som bär varumärket från andra med ett annat ursprung i handeln.

74 Överklagandenämnden har visserligen ägnat ett mycket stort utrymme i det omtvistade beslutet åt överväganden angående intresset av att undvika att en vara monopoliseras med hjälp av varumärkesrätten. Härav följer dock inte att nämnden i förevarande fall har gjort en felaktig bedömning av vilka kriterier som är tillämpliga vid bedömningen av varumärkets särskiljningsförmåga. I punkt 11 i det omtvistade beslutet har överklagandenämnden nämligen uppgivit att en varas form kan registreras som gemenskapsvarumärke "förutsatt att formen är tillräckligt ovanlig och godtycklig för att de berörda konsumenterna endast genom att se formen skall kunna känna igen varan som en vara från ett visst företag". Nämnden har sålunda i sak tillämpat ett kriterium som är förenligt med de principer som det ovan har redogjorts för.

75 Mot bakgrund av det anförda skall talan ogillas.

Rättegångskostnader

76 Enligt artikel 87.3 i rättegångsreglerna kan förstainstansrätten besluta att kostnaderna skall delas eller att vardera parten skall bära sin kostnad, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter eller om särskilda omständigheter motiverar det. Eftersom det omtvistade beslutets lydelse kunde ge upphov till tvivel om att artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 i förevarande fall hade tillämpats korrekt av överklagandenämnden och således bidrog till att tvisten uppstod, finns det skäl att besluta att vardera parten skall bära sin kostnad.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

följande dom:

1) **Talan ogillas.**

2) **Vardera parten skall bära sin kostnad.**

Meij Potocki Pirrung

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 19 september 2001.

H. Jung
Justitiesekreterare

A.W.H. Meij
Ordförande