RETTENS DOM (Tredje Afdeling)

27. oktober 2005 *

I sag T-305/04,

Eden SARL, Paris (Frankrig), ved avocat M. Antoine-Lalance,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved A. Folliard-Monguiral, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 24. maj 2004 af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 591/2003-1) vedrørende registrering af dufttegnet duft af modent jordbær som EF-varemærke,

* Processprog: fransk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Jaeger, og dommerne V. Tiili og O. Czúcz,

justitssekretær: assisterende justitssekretær B. Pastor,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 26. juli 2004,

under henvisning til svarskriftet indleveret til Rettens Justitskontor den 25. oktober 2004,

efter retsmødet den 21. april 2005,

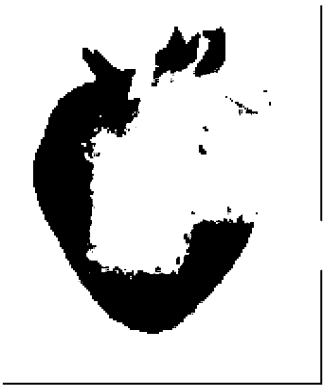
afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 26. marts 1999 indgav Laboratoires France Parfum SA (herefter »LFP«) en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret.

2 Varemærket, der er søgt registreret, er et dufttegn, der ikke kan opfattes visuelt, som beskrives med ordene »duft af modent jordbær«, og hvortil er knyttet følgende billede i farver:



3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 3, 16, 18 og 25 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse:

— klasse 3: »Blegemidler og andre midler til vask og rensning af tøj; præparater til rengøring, polering og fjernelse af pletter samt slibemidler; sæbe, deodorantsæbe, parfumerivarer, eau de toilette, duftevand, æteriske olier, kropsolier, mandelolier og mandelmælk til kosmetisk brug, rensemælk, farvestoffer til toiletbrug, midler mod transpiration, kosmetik, læbestift, vat til kosmetiske formål, makeuppudder, kosmetiske præparater til hudpleje, kosmetiske præparater til badet, vatpinde til kosmetiske formål, kosmetiske cremer, blyanter til kosmetiske formål, præparater til fjernelse af makeup, sminke, papirskærme til brug ved anbringelse af øjenkosmetik, neglelak, pomader til kosmetiske formål, solbrunende præparater, shampoo, hårlotioner, farvestoffer

til kosmetiske formål, præparater til barbering, aftershavelotioner, tandplejemidler, midler til pleje af munden, ikke til medicinske formål, talkumpudder til toiletbrug, hårfjerningsmidler, hårvand, hårbade, hårolier, parfumerivarer, blødgørende sten, poleresten, pimpsten«

— klasse 16: »Papirhandlervarer, fyldepenne, blyanter, blyantsholdere, viskelædere, papirark, skrive- eller tegnehæfter, blæksugere, blokke (papirvarer); tryksager, bøger, magasiner, aviser, tidsskrifter, instruktions- og undervisningsmateriale (dog ikke apparater), spillekort«

— klasse 18: »Lædervarer eller varer af læderimitationer (dog ikke etuier tilpasset de produkter, de er beregnet til at indeholde, handsker og bælter), tegnebøger, nøgleringe, punge, håndtasker, rejsetasker, skoletasker, seletøj, rejsekister og kufferter, cykelkurve og -tasker, skindtæpper; paraplyer, spadserestokke; beklædningsgenstande, særlig benklæder, skjorter og skjortebluser, nederdele og kjoler, undertøj, overalls og overtøj; sko, hovedbeklædning og alt sportstøj og lædertøj«

— klasse 25: »Beklædningsgenstande, undertøj, underbukser, underbenklæder, trusser, t-shirts, dragter (beklædning og undertøj), kropslinned, jakkesæt, slips, skjorter, skjortebluser, halstørklæder, nederdele, underskørter, brystholdere, frakker, benklæder, slåbrokke, veste, badedragter, strandtøj, kjoler, housecoats, sokker, buksestropper; fodtøj, støvler, sandaler, sportsstøvler; hovedbeklædning, kasketter, huer«

4 Ved afgørelse af 7. august 2003 forkastede undersøgeren ansøgningen i medfør af artikel 38 i forordning nr. 40/94 med den begrundelse, dels at det ansøgte dufttegn ikke kunne gengives grafisk og derfor var i strid med forordningens artikel 7, stk. 1, litra a), dels at det i forhold til visse af de anførte produkter manglede fornødent særpræg i henhold til forordningens artikel 7, stk. 1, litra b).

5 Den 6. oktober 2003 påklagede LFP i medfør af artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 undersøgerens afgørelse til Harmoniseringskontoret.

6 Ved afgørelse af 24. maj 2004 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Harmoniseringskontorets Første Appelkammer klagen under henvisning til, at det tegn, der var ansøgt om, ikke kunne gengives grafisk i overensstemmelse med artikel 4 i forordning nr. 40/94, og at det derfor var behæftet med en registreringshindring, som fastsat i artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94.

7 Ved aftale af 21. december 2000 blev LFP overdraget til sagsøgeren. Den 9. juli 2004 blev denne overdragelse meddelt Harmoniseringskontoret, der den 20. juli 2004 meddelte, at EF-varemærkeansøgningens overførsel til sagsøgeren var blevet registreret.

Parternes påstande

8 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

9 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

10 Til støtte for sit søgsmål har sagsøgeren gjort gældende, at der foreligger en tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94.

Parternes argumenter

11 Sagsøgeren har anført, at Domstolen i dom af 12. december 2002, Sieckmann (sag C-273/00, Sml. I, s. 11737), har fastslået, at tegn, som ikke i sig selv kan opfattes visuelt, f.eks. lyde og dufte, kan udgøre et varemærke, såfremt tegnet kan gengives grafisk. Sagsøgeren har nærmere anført, at Domstolen i denne dom udtalte, at den grafiske gengivelse kan ske ved brug af figurer, linjer eller skrifttegn, og at gengivelsen skal være »klar og præcis, [kunne] stå alene, [være] let tilgængelig,

forståelig, bestandig og objektiv« (dommens præmis 55). Hvad særligt angår dufttegn har sagsøgeren anført, at Domstolen har fastslået, at »kravet om, at et tegn skal kunne gengives grafisk for så vidt angår duftmærker ikke [kan] opfyldes ved hjælp af en kemisk formel, en beskrivelse med ord, en deponering af en duftprøve eller en kombination af disse« (dommens præmis 73).

12 Sagsøgeren har gjort gældende, at Første Appelkammer har overført denne retspraksis på det foreliggende tilfælde uden at have taget hensyn til den konkrete registreringsansøgnings kendetegn.

13 Herved har sagsøgeren for det første anført, at i modsætning til den ansøgning, som var omhandlet i Sieckmann-dommen, indeholder den foreliggende registreringsansøgning hverken en prøve eller en kemisk formel. Sagsøgeren finder, at appelkammeret skulle have undersøgt, om den grafiske gengivelse i registreringsansøgningen, som består af en verbal beskrivelse og en gengivelse i farver af et modent jordbær, opfylder betingelsen i artikel 4 i forordning nr. 40/94.

14 For det andet finder sagsøgeren, at appelkammeret har foretaget en ukorrekt analyse af de grafiske elementer, som registreringsansøgningen består af.

15 Hvad for det første angår den verbale beskrivelse har sagsøgeren, over for argumentet om, at beskrivelsen af varemærket i registreringsansøgningen kan fortolkes subjektivt, gjort gældende, at et sådant argument er uden relevans, idet ethvert tegn opfattes forskelligt fra et individ til et andet. Sagsøgeren finder, at et tegn alene skal være egnet til at udskille de produkter, det betegner, og at det er tilstrækkeligt for, at et varemærke udfylder sin funktion, at en person opfatter det

som et varemærke. Det gælder for ethvert tegn, at det afhænger af forbrugerens kulturelle baggrund og sansemæssige erfaringer, hvordan han i sin bevidsthed forbinder den form, han opfatter, med det pågældende tegn.

16 Under henvisning til Sieckmann-dommen har sagsøgeren gjort gældende, at det er tilstrækkeligt, at den grafiske gengivelse er »utvetydig«, og at det ikke er nødvendigt at undersøge, om forbrugeren vil opfatte denne gengivelse mere eller mindre subjektivt. I denne forbindelse finder sagsøgeren, at da der for de andre typer tegn ikke findes et kriterium om, at tegnet skal være objektivt, bør der heller ikke opstilles et sådant krav til dufttegn.

17 Med hensyn til appelkammerets udtalelse om, at der ikke er overensstemmelse mellem beskrivelsen og duften, idet der findes et stort antal jordbærsorter, som adskiller sig fra hinanden i kraft af deres duft, har sagsøgeren anført, at dette er ukorrekt. Sagsøgeren har gjort gældende, at det fremlagte bevismateriale viser, at jordbærduften er den samme fra en sort til en anden, idet kun smagen er forskellig afhængig af den pågældende sort. Sagsøgeren har på den baggrund udledt, at duften af modent jordbær er stabil og bestandig.

18 Sagsøgeren har tilføjet, at den duft, der er søgt registreret, tillige er præcis, fordi der ikke er tale om en hvilken som helst jordbærduft, men om duften af modent jordbær. Desuden er duften velkendt hos forbrugeren, der ifølge sagsøgeren husker denne fra sin barndom.

19 Hvad herefter angår den figurative gengivelse har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret i den anfægtede afgørelse ikke har begrundet, hvorfor kombinationen af en verbal beskrivelse og et billede ikke er tilstrækkelig præcis og klar. Sagsøgeren har anført, at billedet af et jordbær ikke kan opfattes isoleret, hverken af

offentligheden eller af myndighederne, men at det er knyttet til de andre angivelser i registreringsansøgningen, nemlig til beskrivelsen »duft af modent jordbær« og »duftmærke«. Det varemærke, der er ansøgt om, udgør således en helhed, som myndighederne og offentligheden også vil opfatte som en sådan.

20 Hvad endelig angår kombinationen af de to grafiske elementer, beskrivelsen og billedet, har sagsøgeren bestridt appelkammerets udtalelse om, at »når en verbal beskrivelse af duften af et modent jordbær eller blot en gengivelse af billedet af et jordbær ikke hver især selv er tilstrækkeligt til at opfylde kravene til en grafisk gengivelse, er en kombination heraf heller ikke af en sådan karakter, at sådanne krav, bl.a. om klarhed og præcision, er opfyldt«. Sagsøgeren finder, at appelkammeret blot har gentaget denne formulering fra Sieckmann-dommen, på trods af at de elementer, som anvendes til at gengive det foreliggende varemærke, adskiller sig fra de elementer, der blev anvendt for varemærket i den pågældende dom. Sagsøgeren har kritiseret appelkammeret for i den anfægtede afgørelse at have behandlet den verbale beskrivelse og billedet særskilt, i stedet for at behandle den samlede gengivelse af varemærket.

21 Sagsøgeren finder herefter, at den grafiske gengivelse af varemærket opfylder betingelserne i retspraksis. Sagsøgeren har gjort gældende, at den verbale beskrivelse er klar og præcis, let tilgængelig, forståelig, bestandig og objektiv, og at billedet i sig selv bevirker, at tegnet som sådan bliver komplet. Da kombinationen af disse to elementer opfylder kravet om grafisk gengivelse i artikel 4 i forordning nr. 40/94, bør registreringsansøgningen godkendes.

22 Harmoniseringskontoret støtter appelkammerets opfattelse.

Rettens bemærkninger

23 I henhold til artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94 er tegn, som ikke opfylder betingelserne i forordningens artikel 4, udelukket fra registrering. Artikel 4 bestemmer, at »[e]t EF-varemærke kan bestå af alle tegn, der kan gengives grafisk, navnlig ord, herunder personnavne, afbildninger, bogstaver, tal, varens form eller emballage, for så vidt disse tegn er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders«.

24 Hvad særligt angår registrering af duftmærker har Domstolen fastslået, med hensyn til artikel 2 i Rådets direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), hvis ordlyd er identisk med ordlyden af artikel 4 i forordning nr. 40/94, at »et tegn, som ikke i sig selv kan opfattes visuelt, kan udgøre et varemærke, såfremt tegnet kan gengives grafisk, særligt ved brug af figurer, linjer eller skrifttegn, og gengivelsen er klar og præcis, kan stå alene, er let tilgængelig, forståelig, bestandig og objektiv« (Sieckmann-dommen).

25 Indledningsvis må det fastslås, at selv om den olfaktive hukommelse, som nævnt under retsmødet, nok er den mest pålidelige hos mennesket, hvorfor erhvervsdrivende har en klar interesse i at benytte dufttegn til at identificere deres produkter, skal den grafiske gengivelse af et tegn ikke desto mindre gøre det muligt at identificere dufttegnet præcist, for at sikre, at systemet med registrering af varemærker kan fungere (Domstolens dom i Sieckmann-sagen, præmis 46 og 47, dom af 6.5.2003, sag C-104/01, Libertel, Sml. I, s. 3793, præmis 28, og af 24.6.2004, sag C-49/02, Heidelberger Bauchemie, Sml. I, s. 6129, præmis 25 og 26). Følgelig kan betingelserne for at anerkende gyldigheden af en grafisk gengivelse ikke ændres eller lempes med henblik på at lette registrering af tegn, hvis karakter gør det vanskeligere at gengive dem grafisk.

26 I det foreliggende tilfælde er der til det duftmærke, der ansøges om, knyttet en kombination af et figurativt element, dvs. billedet gengivet i præmis 2 ovenfor, og en verbal beskrivelse, nemlig »duft af modent jordbær«. Appelkammeret var af den opfattelse, at denne gengivelse ikke udgør en gyldig grafisk gengivelse i henhold til artikel 4 i forordning nr. 40/94, som fortolket i retspraksis, og har under henvisning til artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94 nægtet registrering af varemærket.

27 Hvad for det første angår den verbale del har appelkammeret vurderet, dels at den pågældende beskrivelse er behæftet med subjektive elementer, og derfor kan fortolkes subjektivt, dels at det er vanskeligt at beskrive det foreliggende tegn tilstrækkelig klart, præcist og utvetydigt, eftersom der er en uoverensstemmelse mellem selve beskrivelsen og den reelle duft, fordi jordbærduften er forskellig afhængig af den pågældende jordbærsort. På denne baggrund har appelkammeret udledt, at en beskrivelse ikke kan udgøre en grafisk gengivelse af en duft, som den foregiver at være det skriftlige udtryk for.

28 Retten finder i denne forbindelse, at selv om en beskrivelse, således som det fremgår af Sieckmann-dommen, ikke grafisk kan gengive dufttegn, der kan være genstand for flere beskrivelser, kan det imidlertid ikke udelukkes, at et duftmærke kan være omfattet af en beskrivelse, der opfylder alle betingelserne i artikel 4 i forordning nr. 40/94, som fortolket i retspraksis.

29 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren gjort gældende, at duften af modent jordbær ikke varierer fra en sort til en anden, og at beskrivelsen »duft af modent jordbær« derfor er entydig, præcis og objektiv. Sagsøgeren har baseret sin antagelse på to undersøgelser, der er vedlagt stævningen som bilag.

30 Hvad for det første angår undersøgelsen foretaget af Institut pour la protection des fragrances (institut for beskyttelsen af dufte) bemærkes, at denne undersøgelse ikke kan tages i betragtning, idet den ikke er blevet forelagt appelkammeret. Da sagen for Retten har til formål at efterprøve lovligheden af afgørelser fra Harmoniseringskontorets appelkamre i henhold til artikel 63 i forordning nr. 40/94, er Rettens opgave ikke at foretage en fornyet undersøgelse af de faktiske omstændigheder i lyset af dokumenter, der først fremlægges for Retten (Rettens dom af 3.7.2003, sag T-129/01, Alejandro mod KHIM — Anheuser-Busch (BUDMEN), Sml. II, s. 2251, præmis 67, og af 1.2.2005, sag T-57/03, SPAG mod KHIM — Dann og Backer (HOOLIGAN), Sml. II, s. 287, præmis 20).

31 Hvad herefter angår undersøgelsen udarbejdet af det europæiske samarbejde om videnskabelig og teknisk forskning (COST) må det konstateres, at denne undersøgelse ikke bekræfter sagsøgerens opfattelse, hvorefter alle jordbærsorter dufter ens. Det fremgår således af undersøgelsesrapportens skema 4, 5 og 6, at deltagerne i et sensorisk panel var i stand til med lugtesansen at skelne mellem jordbærsorter fra fem ud af de ni høstudbytter, som undersøgelsen omfattede (nemlig høst af 9.7.1997, af 3.6 og 10.6.1998, af 15.7.1998 og af 2.6.1999), og dette med en fejlmargin på 5% eller derunder, hvilket ifølge forklaringen ved siden af skemaerne betyder, at de forskellige jordbærsorter frembyder betydelige duftmæssige forskelle. Denne udlægning bekræftes af den omstændighed, at med hensyn til visse høstudbytter er fejlmarginen for deskriptoren »jordbærduft« den samme som fejlmarginen for andre deskriptorer, såsom »jordbærsmag« (aroma) eller »sukkersmag«, der i undersøgelsen anses for meget velegnede til at skelne mellem jordbærsorter.

32 Det fremgår ganske vist af nævnte skemaer, at det ikke var muligt på grundlag af jordbærduften klart at skelne mellem jordbærsorter fra alle høstudbytter. Imidlertid bemærkes, at det ikke er nødvendigt, for at tage stilling til berettigelsen af sagsøgerens argument om, at duften af modent jordbær er unik og utvetydig for alle sorter, at disse sorter systematisk frembyder betydelige duftmæssige forskelle. Den omstændighed, at man med lugtesansen kunne skelne mellem sorterne i fem ud af de ni høstudbytter, der var omfattet af undersøgelsen, er således tilstrækkeligt bevis for, at duften af jordbær ikke er unik.

33 Herefter må det fastslås, at det for appelkammeret fremlagte bevismateriale viser, at duften af jordbær varierer fra sort til sort. Da beskrivelsen »duft af modent jordbær« således kan henvise til flere sorter og følgelig til flere forskellige dufte, er den hverken entydig eller præcis, ligesom det er umuligt at udelukke enhver form for subjektivitet ved identifikationen og opfattelsen af det tegn, som ønskes registreret.

34 Det er desuden ubestridt, at der på nuværende tidspunkt ikke findes en generelt anerkendt international klassificering af dufte, som i lighed med det internationale kodeks for farver eller noder gør det muligt at identificere et dufttegn objektivt og præcist ved at hvert tegn har fået sin egen præcise betegnelse eller kode.

35 Af det ovenfor anførte følger, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at appelkammeret begik en fejl, da det vurderede, at beskrivelsen »duft af modent jordbær« hverken var objektiv, klar eller præcis.

36 Hvad for det andet angår det figurative element har appelkammeret udtalt, at »en sådan gengivelse er endnu mindre præcis end en verbal beskrivelse«, hvilket begrundes med, dels at »det er umuligt for de kompetente myndigheder og offentligheden at afgøre, om det tegn, der er omfattet af beskyttelsen, er billedet af selve jordbærret eller af dets duft«, dels at billedet af jordbærret »i bevidstheden vil blive erstattet af det tilsvarende sproglige udtryk »rødt jordbær« [eller] »modent jordbær«, hvilket svarer til atter at identificere duften ved hjælp af ord, dvs. en identifikation som allerede er blevet anset for at være for upræcis«.

37 Herved må det for det første fastslås, at som sagsøgeren har anført, er der intet belæg for, at myndighederne og offentligheden ikke vil kunne afgøre, om det beskyttede tegn er et figurtegn, i form af et jordbær, eller et dufttegn, der hævdes at

have den samme duft som et modent jordbær. Når det er oplyst i registreringsansøgningen, at denne vedrører et duftmærke, kan myndighederne og offentligheden derfor ikke være i tvivl om, hvilket slags tegn der er registreret, ligesom de ville være i stand til at afgøre, om et nodesystem gengiver et figurtegn, som består af linjer og tegn, eller om det gengiver den melodi, som den transkriberer.

38 For det andet må det fastslås, at den omstændighed, at billedet af jordbærret i bevidstheden kan erstattes med udtrykket »rødt jordbær«, er uden betydning. Enhver figurativ gengivelse af et varemærke, uanset type, kan således beskrives verbalt og kan i bevidstheden erstattes med en beskrivelse, hver gang denne beskrivelse er lettere at huske end selve den figurative gengivelse. Bl.a. vil et nodesystem for et lydtegn, der består af en meget kendt melodi, således med stor sandsynlighed i bevidstheden blive erstattet med navnet på denne melodi.

39 I Sieckmann-dommen (præmis 69) har Domstolen imidlertid fastslået, at en grafisk gengivelse af et duftmærke for at kunne godkendes skal gengive den duft, som ønskes registreret, og ikke det produkt, som afgiver duften. Domstolen har således fundet, at den kemiske formel for det stof, som afgav den omhandlede duft, ikke kunne anses for en gyldig grafisk gengivelse.

40 Herefter må det fastslås, at registreringsansøgningens billede af et jordbær ikke er en grafisk gengivelse af dufttegnet, eftersom det udelukkende gengiver den frugt, som afgiver en duft, der hævdes at være identisk med det omhandlede duftmærke, men ikke gengiver den duft, som ønskes registreret.

41 Desuden kan der med hensyn til dette billede anføres den samme kritik som for beskrivelsen »duft af modent jordbær«. Da det således må lægges til grund, at jordbær, eller i det mindste visse jordbær, dufter forskelligt afhængig af sorten, er det ikke muligt klart og præcist at identificere det duftmærke, som ønskes registreret, ud fra et billede af et jordbær af uspecificeret sort.

42 Følgelig kan appelkammerets konklusion hvad angår billedet af det røde jordbær ligeledes tiltrædes.

43 Hvad for det tredje angår kombinationen af den verbale beskrivelse og billedet har appelkammeret udtalt, at da disse to elementer ikke er gyldige grafiske gengivelser, kan en kombination heraf heller ikke anses for at udgøre en acceptabel gengivelse.

44 Sagsøgeren har kritiseret appelkammeret for at have behandlet disse to gengivelseselementer særskilt, i stedet for at behandle dem som en enkelt gengivelse, og har gjort gældende, at billedet supplerer beskrivelsen, for så vidt som det viser det modenhedsstadie, hvor et jordbær afgiver den omhandlede duft, hvorved den grafiske gengivelse som sådan bliver komplet.

45 I denne forbindelse har Retten for det første bemærket, at det fremgår af retspraksis, at når flere gengivelsesmetoder ikke hver for sig kan opfylde kravene til en grafisk gengivelse, kan en kombination af disse heller ikke opfylde kravene, samt at det er nødvendigt, at mindst et af gengivelseselementerne opfylder alle krav (Sieckmann-dommen, præmis 72, og Libertel-dommen, præmis 36). Da hverken den foreliggende verbale beskrivelse eller det i præmis 2 gengivne billede af et modent jordbær kan anses for at opfylde kravene til en grafisk gengivelse, må det herefter fastslås, at en kombination af disse heller ikke er en gyldig grafisk gengivelse.

46 I modsætning til hvad sagsøgeren har hævdet, tilfører billedet desuden ikke nogen yderligere information i forhold til den verbale beskrivelse. Den information, som

sagsøgeren har henvist til, dvs. det modenhedsstadie, hvor et jordbær afgiver den omhandlede duft, er allerede indeholdt i den pågældende beskrivelse, idet denne præciserer, at der er tale om et »modent« jordbær. Da de to gengivelseselementer således formidler det samme budskab, kan en kombination heraf ikke veje tungere end summen af dem begge, eller gøre det muligt at tilbagevise den kritik, der er rejst over for dem enkeltvis.

47 Det følger af det ovenfor anførte, at appelkammeret med rette har vurderet, at det omhandlede dufttegn ikke er genstand for en gyldig grafisk gengivelse i henhold til artikel 4 i forordning nr. 40/94, som fortolket i retspraksis.

48 Da det enkeltstående anbringende, som er gjort gældende, ikke kan tiltrædes, bør Harmoniseringskontoret frifindes.

Sagens omkostninger

49 I henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Tredje Afdeling)

1) Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) frifindes.

2) Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.

Jaeger Tiili Czúcz

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 27. oktober 2005.

E. Coulon M. Jaeger

Justitssekretær Afdelingsformand