FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)
den 5 mars 2003 *

I mål T-194/01,

Unilever N V, Rotterdam (Nederländerna), företrätt av advokaterna V. von Bomhard och A. Renck,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller), företrädd av F. López de Rego och J. F. Crespo Carrillo, båda i egenskap av ombud,

svarande,

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 22 maj 2001 (ärende R 1086/2000-1),

* Rättegångsspråk: engelska.

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

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

justitiesekreterare: byrådirektören D. Christensen,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter förhandlingen den 13 november 2002,

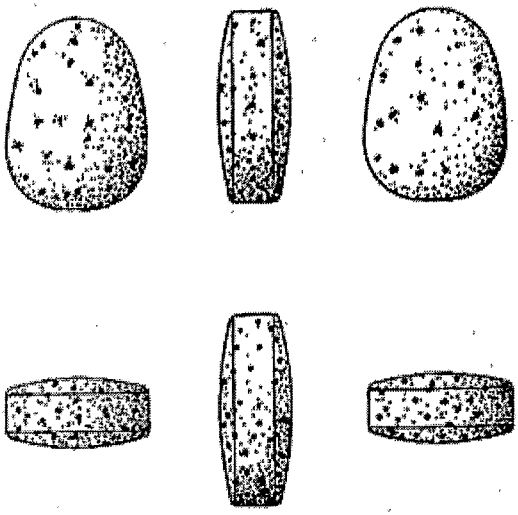
följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Den 9 december 1999 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 tredimensionella varumärke som registreringsansökan avsåg är följande:



Ansökan avsåg inga färger.

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 följande beskrivning: "Detergenter; preparat och ämnen för användning vid tvätt; preparat för tygbehandling; blekningspreparat; rengörings-, poler-, skur- och slipmedel; preparat för användning vid diskning; tvål; parfymerivaror; eteriska oljor; kosmetika; kosmetiska krämer; hårlotioner; deodoranter för personligt bruk; alunstenar; polerstenar; pimpsten; alunstift för rakning; trippel för polering; badsalter; salter för blekning; antiperspiranter; tandpulver, tandkräm och tandpastor; make-up-preparat; avsminkningspreparat; toalettsaker."

4 I beslut av den 7 september 2000 avslog granskaren ansökan i enlighet med artikel 38 i förordning nr 40/94 med motiveringen att det begärda varumärket helt saknade särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94.

5 Den 7 november 2000 överklagade sökanden granskarens beslut till harmoniseringsbyrån i enlighet med artikel 59 i förordning nr 40/94.

6 Genom beslut av den 22 maj 2001 (nedan kallat det överklagade beslutet), vilket delgavs sökanden den 5 juni 2001, ogiltigförklarade överklagandenämnden granskarens beslut i den del denne hade avslagit ansökan avseende följande varor: "parfymerivaror; eteriska oljor; kosmetiska krämer; hårlotioner; deodoranter för personligt bruk; antiperspiranter; tandpulver, tandkräm och tandpastor". Överklagandenämnden ogillade överklagandet i övrigt.

7 Överklagandenämnden ansåg att det sökta varumärket saknade särskiljningsförmåga med avseende på fast rengöringsmedel och likartade varor. Överklagandenämnden anförde att det sökta varumärkets oregelbundna äggform inte skiljer sig påtagligt från den traditionella skivformen hos en vanlig tvål eller ett vanligt tvättmedel, även om den inte är helt identisk. Även fläckarna på tabletten är vanliga. Sådana tabletter som sökandens är ett grundläggande sätt att förpacka rengöringsmedel och ett stort antal liknande produkter. Den ifrågavarande tabletten har inte några fritt utformade drag som gör det möjligt att skilja den från andra liknande former på marknaden.

Förfarandet och parternas yrkanden

8 Sökanden har väckt förevarande talan genom ansökan som kom in till förstainstansrättens kansli den 14 augusti 2001. Harmoniseringsbyrån ingav sin svarsinlaga den 13 november 2001. Sökanden har inte begärt tillstånd att få inkomma med en replik med stöd av artikel 135.2 i förstainstansrättens rättegångsregler.

9 Som en processledningsåtgärd uppmanade förstainstansrätten parterna att besvara en fråga. Förstainstansrätten uppmanade dessutom sökanden att inkomma med vissa handlingar. Sökanden efterkom denna begäran genom att inge ett yttrande med bilagor. Förstainstansrätten beslutade att beakta sökandens svar på den ställda frågan och de handlingar denne inkommit med i enlighet med förstainstansrättens begäran. Svaret, vilket anges i punkterna 1—13, 35 och 36 samt i bilaga 20 i yttrandet, fördes till handlingarna i målet. Förstainstansrätten diarieförde inte yttrandet i övrigt eller de övriga bilagorna till detta, vilka återsändes till sökanden.

10 I sin ansökan yrkade sökanden att förstainstansrätten skall

— ändra det överklagade beslutet på så sätt att det sökta varumärket kunde registreras,

— i andra hand ogiltigförklara det överklagade beslutet,

— förplikta svaranden att ersätta rättegångskostnaderna.

11 Vid förhandlingen förklarade sig sökanden vilja inskränka förteckningen över produkter som skulle omfattas av varumärkesansökningen på så sätt att varumärkesansökan enbart skulle avse medel för diskmaskiner. Till svar på en fråga från förstainstansrätten angav sökanden att denna förklaring innebar att den andra grunden frånfölls, vilken hänförde sig till åsidosättande av motiveringsskyldigheten avseende en del av de produkter beträffande vilka överklagandenämnden fastställt granskarens beslut. Sökanden har därmed begränsat sin talan till att yrka att det överklagade beslutet skall ogiltigförklaras på grund av att artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 åsidosatts. Sökanden har härvid hemställt

att varumärkets särskiljningsförmåga skulle bedömas endast med avseende på medel för diskmaskiner.

12 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan,

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

Omfattningen av sökandens yrkanden

13 Beträffande sökandens förklaring under förhandlingen erinrar förstainstansrätten om att en sökande av ett gemenskapsvarumärke när som helst kan begära hos harmoniseringsbyrån att förteckningen över varor och tjänster begränsas 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). 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. Eftersom den muntliga framställan som sökanden gjorde under förhandlingen inte uppfyller dessa krav, skall den inte betraktas som en ändringsansökan i enlighet med de nämnda bestämmelserna.

14 Denna förklaring skall dock tolkas så att sökanden har frånfallit sin talan till den del denna avsåg ogiltigförklaring av det överklagade beslutet beträffande andra varor än medel för diskmaskiner.

15 Att på detta sätt delvis frånfalla talan strider inte i sig mot förbudet att i förstainstansrätten ändra föremålet för tvisten i överklagandenämnden enligt artikel 135.4 i förstainstansrättens rättegångsregler. Genom att begränsa begäran om ogiltigförklaring till den del av det överklagade beslutet som avsåg medel för diskmaskiner har sökanden inte begärt att förstainstansrätten skall avgöra andra krav än dem som bedömdes av överklagandenämnden. Genom att avstå från att begära att det överklagade beslutet skall ogiltigförklaras i den mån detta avser en hel rad andra varor som omfattas av klass 3 i Niceöverenskommelsen, har sökanden koncentrerat sin talan på de varor som bolagets varumärkesansökan avsåg i första hand, nämligen ett visst slag av fast rengöringsmedel.

16 Med avseende på sökandens begäran att det sökta varumärkets särskiljningsförmåga skall bedömas enbart beträffande medel för diskmaskiner, anger förstainstansrätten att den omständigheten att sökanden delvis frånfallit sin talan inte påverkar principen att det i förevarande tvist ankommer på rätten att pröva det överklagade beslutets lagenlighet. Denna prövning skall göras med avseende på tvistens faktiska och rättsliga bakgrund, såsom denna framlagts vid överklagandenämnden. Härav följer att en part inte genom att delvis avstå från sina krav kan ändra de faktiska och rättsliga grunderna för bedömningen av lagenligheten i överklagandenämndens beslut.

17 Med hänsyn till sökandens förklaring under förhandlingen konstaterar förstainstansrätten att denne hädanefter yrkar att det överklagade beslutet skall ogiltigförklaras endast i den del det innebär att sökandens överklagande ogillats avseende medel för diskmaskiner och att harmoniseringsbyrån skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

Det överklagade beslutets lagenlighet

Parternas argument

18 Eftersom sökanden frånfallit den andra grunden, avseende åsidosättande av motiveringsskyldigheten, har denne till stöd för sin talan endast åberopat en grund, vilken avser åsidosättande av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Denna grund är uppdelad i fyra delgrunder, Sökanden anser för det första att överklagandenämnden har tolkat artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 på ett felaktigt sätt genom att tillämpa strängare kriterier på tredimensionella varumärken än på andra varumärken. Sökanden har för det andra hävdat att överklagandenämnden har underlåtit att beakta förhållandena på den berörda marknaden och konsumenternas vanor. För det tredje har sökanden klandrat överklagandenämnden för att denna inte har beaktat att det sökta varumärket skiljer sig tillräckligt från den vanliga formen på tabletter för diskmaskiner för att ha särskiljningsförmåga. För det fjärde har sökanden åberopat rättspraxis i vissa medlemsstater och praxis vid nationella varumärkesbyråer, vilken enligt sökanden talar för sökandens uppfattning att en form på tabletter för diskmaskiner som skiljer sig från den vanliga grundformen kan skyddas som gemenskapsvarumärken.

19 I den första delgrunden har sökanden hävdat att överklagandenämnden, i strid med artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, har diskriminerat tredimensionella varumärken i förhållande till traditionella. Sökanden har anfört att möjligheten att registrera ett varumärke utgör regeln enligt förordning nr 40/94 och att ett registreringshinder enligt artikel 7 i förordning nr 40/94 utgör undantaget. Harmoniseringsbyrån har således bevisbördan för att ett absolut registreringshinder är för handen. Överklagandenämnden har kastat om förhållandena mellan regel och undantag och omplacerat bevisbördan avseende tredimensionella varumärken och särskilt avseende tabletter för diskmaskiner. Sökanden har erinrat om att ett minimum av särskiljningsförmåga är tillräckligt för att ett varumärke skall kunna registreras.

20 Sökanden anser att det är en felaktig uppfattning att konsumenterna i princip inte uppfattar form som en ursprungsangivelse. Enligt sökanden funderar inte konsumenterna på var varorna kommer ifrån, de känner inte ens till detta, de uppmärksammar endast skillnaden mellan de olika produkterna i sig. Varumärkenas funktion är därför inte att ange ursprunget utan snarast att ange produkten. För att skilja olika produkter åt tar konsumenterna hjälp av en mängd olika kännetecken, däribland förpackningen och varans färg och form. Bland dessa kännetecken är varans namn inte det viktigaste.

21 Sökanden anser att det inte finns fog för att tillämpa strängare kriterier på tredimensionella varumärken med motiveringen att formerna måste hållas fria för att kunna användas av samtliga ekonomiska aktörer. Sökanden har hävdat att detta frihållningsbehov inte är ett självständigt registreringshinder. Sökanden har vidare anfört att registrering av tredimensionella varumärken inte syftar till att monopolisera försäljningen av en viss vara, utan till att skydda en varas särskilda utformning. Sökanden anser därutöver att det saknas fog för strängare kriterier för tredimensionella varumärken med hänsyn till skyddet för mönster och modeller.

22 I den andra delgrunden har sökanden kritiserat överklagandenämndens slutsats att konsumenterna inte uppfattar utformningen av rengöringsmedelstabletter som en ursprungsangivelse, eftersom överklagandenämnden enbart stött sig på abstrakta överväganden och inte på faktiska omständigheter och bevisning. Enligt sökanden har överklagandenämnden inte beaktat samtliga omständigheter som sökanden anfört i förevarande fall, i synnerhet avseende marknadsförhållandena.

23 Beträffande marknadsförhållandena har sökanden anfört att de europeiska tillverkarna av tvättmedelstabletter använder deras form och utformning för att skilja sina produkter från andra aktörers. Enligt sökanden har konsumenterna alltid kunnat skilja olika tvättmedelstabletter åt alltefter deras form och färg, och

konsumenterna har också gjort det. Sökanden anser att konsumenterna i vart fall har "vants" vid detta. Sökanden har betonat att utslaget av denna "vänjning" skall hållas i sär från uppfattningen att särskiljningsförmåga uppnåtts.

24 Sökanden har hävdat att tillverkarna av tvättmedelstabletter har de djupaste kunskaperna om marknaden. Den omständigheten att de har valt olika form och färg för att särskilja sina tvättmedelsprodukter i fast form från konkurrenternas och den omständigheten att de anstränger sig för att varumärkesskydda dessa produkter skall därför anses utgöra bevis, eller åtminstone ett betydelsefullt indicium för att konsumenterna uppfattar tabletternas karakteristika och förlitar sig på dessa — och inte endast på produktnamnen — för att hitta rätt på marknaden.

25 I sin tredje delgrund har sökanden bestritt harmoniseringsbyråns slutsats att den i förevarande mål aktuella tabletten har en vanlig form och ett vanligt utseende. Sökanden har medgett att runda eller rektangulära tabletter med ett eller två färgade lager har blivit sedvanliga på marknaden för rengöringsmedel och att de därför kan anses sakna särskiljningsförmåga.

26 Sökanden har betonat att den i förevarande fall ifrågavarande formen utgörs av en oregelbunden oval med tillplattade kanter och stora mörka fläckar som liknar formen på en rullsten. Sökanden har erinrat om att europeiska konsumenter uppmärksammar tvättmedelstabletternas form och färg. Sökanden har härav dragit slutsatsen att målgruppen säkert kommer att särskilja denna "rullsten" från de runda eller rektangulära tablettformer som i allmänhet används på den berörda marknaden. Sökanden har hävdat att denna form är unik på marknaden och att ingen aktör har använt den för de berörda varorna. Sökanden har påstått att det bara finns runda och rektangulära tabletter på marknaden och har visat exempel för att styrka detta. Sökanden har tillagt att de stora och fullt synbara fläckarna på den omtvistade tabletten har ett annat utseende än andra tvättmedelstabletter på marknaden, eftersom fläckarna på de sistnämnda är mycket

mindre och inte kan uppfattas som fläckar. Sökanden anser att överklagandenämnden borde ha tagit upp bevisning i detta hänseende för att utröna om den i förevarande fall aktuella formen är vanligt förekommande. Till svar på en fråga från förstainstansrätten har sökanden angett att denne inte för närvarande har salufört tabletter för tvättmaskiner med det sökta varumärkets form och att sökanden därför inte kan förete ett tredimensionellt exempel på det sökta varumärket.

27 Sökanden har anmärkt att överklagandenämnden i det överklagade beslutet medgett att den i förevarande fall sökta formen är en oregelbunden oval form som inte är likadan som den vanliga formen (**engelsk standard**) på rengöringsmedel. Sökanden anser att överklagandenämnden felaktigt har krävt att det sökta varumärket för att vara registrerbart skall skilja sig avsevärt från vanliga former och ha fritt utformade drag.

28 Vid förhandlingen tillade sökanden att endast den rektangulära formen är vanlig på marknaden när det är fråga om medel för diskmaskiner, eftersom denna form motsvarar formen på de behållare som finns i de maskiner som produkterna är avsedda för. Sökanden har härav dragit slutsatsen att endast en rektangulär form saknar särskiljningsförmåga beträffande medel för diskmaskiner. Sökanden anser att annat gäller för den "rullstensform" som är i fråga i förevarande fall. Sökanden har hävdat att denna form är unik och att den avsevärt skiljer sig från de vanliga grundformer som fram till nu har använts på marknaden. Även med antagandet att denna form närmar sig formen på en rund tablett, vilken är vanligt förekommande på marknaden för medel för diskmaskiner, kan man inte anse att den saknar särskiljningsförmåga med avseende på medel för tvättmaskiner.

29 Under förhandlingen tillade sökanden även att det antal olika former som tabletter med rengöringsmedel kan ha är begränsat med hänsyn till att tabletterna består av ett komprimerat tvättpulver som skulle kunna spricka sönder om formen var alltför utstuderad. Härav har sökanden dragit slutsatsen att smärre skillnader i förhållande till grundformerna måste anses tillräckliga för att en sådan tabletts form skall anses ha särskiljningsförmåga.

30 I den fjärde delgrunden har sökanden åberopat rättspraxis och praxis i vissa medlemsstater och harmoniseringsbyråns egen praxis för att visa att de i förevarande fall tillämpade kriterierna är för stränga. Sökanden har hänvisat till domstolsavgöranden från Tyskland, Nederländerna och Italien. Sökanden har av denna rättspraxis dragit slutsatsen att vissa nationella domstolar anser att rengöringsmedelstabletter vars karakteristika skiljer sig, även helt litet, från den vanliga formen på dessa produkter har tillräcklig särskiljningsförmåga för att deras utseende skall kunna varumärkesskyddas. Sökanden anser att det finns än starkare grund att meddela skydd för den form som är aktuell i förevarande fall.

31 Sökanden har därefter hävdat att nationella myndigheter i ett flertal medlemsstater har registrerat olika former på rengöringsmedelstabletter utan att kräva att dessa skulle vara påtagligt olika de befintliga vanliga formerna (**engelsk standard**). Sökanden anser att den i förevarande mål aktuella tablettens form skiljer sig mer från vanliga former än de varumärken som registrerats på det nationella planet.

32 Sökanden har slutligen åberopat harmoniseringsbyråns praxis i fråga om registrering av tredimensionella varumärken avseende rengöringsmedelstabletter. Sökanden har för det första hänvisat till två offentliggjorda varumärkesansökningar, nämligen ansökningarna nr 809 830 och 924 829. Sökanden har medgett att dessa ansökningar inte föranledde varumärkesregistreringar, men har hävdat att granskarna uppenbarligen ansåg att de hade tillräcklig särskiljningsförmåga. Enligt sökanden ägde detta emellertid rum före det att harmoniseringsbyrån fattade principbeslutet att rengöringsmedelstabletter inte kan registreras om de inte är påtagligt olika de vanliga tabletterna. Sökanden har slutligen hävdat att Harmoniseringsbyrån har registrerat ett antal former på rengöringsmedelstabletter. Sökanden anser att det av dessa registreringar i jämförelse med det registreringshinder som ställts upp för sökanden framgår att det finns en viss osäkerhet hos harmoniseringsbyrån angående vilka kriterier som skall tillämpas vid registrering av varumärken för rengöringsmedelstabletter.

33 Sökanden anser att det skulle vara förenligt med syftet med förordning nr 40/94 och med de nationella varumärkesbyråernas praxis om harmoniseringsbyrån godkände sådana varumärken då de uppvisar ett minimum av särskiljnings-

förmåga. Sökanden anser att det i förevarande mål aktuella varumärket har ett minimum av särskiljningsförmåga. Sökanden har medgett att detta medför att skyddet för de berörda varumärkena blir mindre omfattande. Sökanden anser emellertid att omfattningen skall avgöras i varje enskilt fall av de domstolar som avgör mål om varumärkesintrång.

34 Avseende den första delgrunden har harmoniseringsbyrån genmält att de kriterier som överklagandenämnden tillämpar inte medför att tredimensionella varumärken som utgörs av varans form diskrimineras i förhållande till övriga varumärken. Harmoniseringsbyrån har hävdat att överklagandenämnden endast tillämpat artikel 7 i förordning nr 40/94 med beaktande av de särskilda egenskaperna hos de berörda varorna och de förhållanden under vilka dessa varor saluförs.

35 Harmoniseringsbyrån har, avseende den andra delgrunden, anmärkt att sökanden inte i tillräcklig grad har beaktat varunamnens betydelse för konsumenternas val. Harmoniseringsbyrån har även kritiserat sökandens marknadsanalys på grund av att varken pris eller produktkvalitet bedöms i denna. Enligt harmoniseringsbyrån går det inte att sluta sig till att tabletterna har särskiljningsförmåga utifrån den omständigheten att dessa avbildas på förpackningen. Harmoniseringsbyrån anser att sökandens påståenden att konsumenterna kan skilja olika tvättmedelstabletter åt alltefter deras form och färg och att konsumenterna har vants vid att göra detta enbart är antaganden som inte styrkts beträffande grundformer eller vanliga former och självklara varianter av dessa.

36 Beträffande den tredje delgrunden har harmoniseringsbyrån hävdat att skillnaderna mellan den form som sökts registrerad och grundformen på runda eller rektangulära tvättmedelstabletter inte är sådana att konsumenterna uppmärksammar dem. Harmoniseringsbyrån har för det första jämfört det sökta varumärkets grafiska framställning med en liknande rund form. Harmoniseringsbyrån har anmärkt att om den omtvistade tabletten avbildas från sex olika sidor är fyra av dessa avbildningar identiska med avbildningar av en rund tablett och att äggformen endast framträder på två av avbildningarna. Harmoniseringsbyrån

har därefter anfört att när tvättmedelstabletter avbildas på en förpackning, avbildas de vanligen i grupp eller i perspektiv. Enligt harmoniseringsbyrån är det i dessa båda fall omöjligt att uppfatta någon skillnad mellan den ifrågavarande ovala formen och en rund form. Beträffande fläckarna på varumärkets yta har harmoniseringsbyrån åberopat förstainstansrättens domar av den 19 september 2001 avseende tredimensionella varumärken (Henkel mot harmoniseringsbyrån i följande mål: T-335/99 (röd och vit rektangulär tablett), REG 2001, s. II-2581, T-336/99 (grön och vit rektangulär tablett), REG 2001, s. II-2589, T-337/99 (röd och vit rund tablett), REG 2001, s. II-2597. Procter & Gamble mot harmoniseringsbyrån i följande mål: T-117/00 (vit och ljusgrön kvadratisk tablett), REG 2001, s. II-2723, T-118/00 (vit, grönprickig och ljusgrön kvadratisk tablett), REG 2001, s. II-2731, T-119/00 (vit och gul- och blåprickig kvadratisk tablett), REG 2001, s. II-2761, T-120/00 (vit och blåprickig kvadratisk tablett), REG 2001, s. II-2769, T-121/00 (vit och grön- och blåprickig kvadratisk tablett), REG 2001, s. II-2777, T-128/00 (kvadratisk tablett med beläggning), REG 2001, s. II-2785, T-129/00 (rektangulär tablett med beläggning), REG 2001, s. II-2793). I enlighet med dessa domar är förekomsten av fläckar otillräcklig för att en rengöringsmedelstabletts utseende skall kunna uppfattas som ett angivande av varans ursprung. Harmoniseringsbyrån har hävdat att det sökta varumärket inte kan särskilja de berörda varorna från varor med ett annat ursprung. Harmoniseringsbyrån har betonat att den ifrågavarande formen är vanlig, eller i vart fall en variant av självklara runda, kvadratiska eller rektangulära standardformer.

37 Beträffande den fjärde delgrunden har harmoniseringsbyrån hävdat att ställningstaganden i de beslut av nationella domstolar som sökanden hänvisat till inte längre är aktuella efter förstainstansrättens domar av den 19 september 2001 (angivna i punkt 36 ovan). Harmoniseringsbyrån har erinrat om att de registreringar som redan ägt rum i vissa medlemsstater enligt rättspraxis bara utgör en omständighet som, utan att vara avgörande, enbart kan beaktas vid registrering av ett gemenskapsvarumärke. Harmoniseringsbyrån anser att det framgår av de exempel på registreringar som sökanden anfört att harmoniseringsbyråns praxis har varit konsekvent i fråga om registrering av varumärken för tvättmedelstabletter.

Förstainstansrättens bedömning

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

39 Det framgår av rättspraxis att i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 avses bland annat sådana varumärken som ur målgruppens perspektiv är allmänt förekommande i handeln för att presentera de aktuella varorna eller tjänsterna eller i förhållande till vilka det åtminstone finns konkreta indikationer på att de kan användas på ett sådant sätt (förstainstansrättens dom av den 2 juli 2002 i mål T-323/00, SAT.1 mot harmoniseringsbyrån (SAT.2), REG 2002, s. II-2839, punkt 37). Sådana varumärken gör det inte möjligt för de konsumenter som köper den vara eller den tjänst som omfattas av varumärket att göra samma val vid ett senare köp, om erfarenheten varit positiv, eller att göra ett annat val, om den varit negativ (förstainstansrättens dom av den 27 februari 2002 i mål T-79/00, Rewe-Zentral mot harmoniseringsbyrån (LITE), REG 2002, s. II-705, punkt 26).

40 Frågan huruvida ett varumärke har särskiljningsförmåga kan därför endast bedömas i förhållande till de varor och tjänster för vilka varumärket sökts registrerat och i förhållande till hur målgruppen uppfattar varumärket (domarna i de ovannämnda målen LITE, punkt 27, och SAT. 2, punkt 37).

41 Beträffande de varor som avses i förevarande talan, nämligen medel för diskmaskiner som omfattas av klass 3 i Niceöverenskommelsen, skall det preciseras att det sökta varumärket utgörs av själva varans utseende.

42 De tabletter för diskmaskiner som avses i förevarande talan liksom de övriga produkter som omfattas av klass 3 i Niceöverenskommelsen och som avsågs i den ursprungliga varumärkesansökan och i det överklagade beslutet är mycket vanligt förekommande konsumtionsvaror. Den målgrupp 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). Hur den målgruppen, i förevarande fall genomsnittskonsumenten, uppfattar varumärket påverkas av dennes 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).

43 Ett varumärke behöver dessutom inte ge någon exakt upplysning om vem som tillverkar varan eller utför tjänsten. Det är tillräckligt att den målgruppen 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).

44 Avseende den första delgrunden, i vilken gjorts gällande att tredimensionella varumärken diskrimineras i förhållande till övriga varumärken, erinrar förstainstansrätten om att ingen åtskillnad mellan olika slags varumärken görs i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan hos tredimensionella varumärken som utgörs av själva varans utseende skiljer sig således inte från de kriterier som tillämpas för andra slags varumärken (domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet rektangulär tablett med beläggning, punkt 50; se även, avseende artikel 2 i 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), domstolens dom av den 18 juni 2002 i mål C-299/99, Philips, REG 2002, s. I-5475, punkt 48, och avseende artikel 3.1 b i direktiv 89/104/EG generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande av den 24 oktober 2002 i de förenade målen C-53/01—C-55/01, Linde m.fl., REG 2002, ännu ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 13).

45 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 utseende på samma sätt som ett ordmärke, ett figurmärke eller ett tredimensionellt varumärke som inte utgörs av detta utseende. Allmänheten är nämligen van vid att omedelbart uppfatta de sistnämnda varumärkena som kännetecken som anger en varas ursprung, vilket inte nödvändigtvis gäller för kännetecken som sammanfaller med själva varans utseende (domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet rektangulär tablett med beläggning, punkt 51, och generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande i de ovan i punkt 44 nämnda målen C-53/01—C-55/01, punkt 12).

46 Det framgår av det överklagade beslutet och särskilt av punkterna 14 och 15 i detta att överklagandenämnden har bedömt det sökta varumärket i enlighet med ovannämnda överväganden. Härav följer att överklagandenämnden inte har tillämpat strängare kriterier på tredimensionella varumärken som utgörs av varans form än på andra varumärken. Talan kan därför inte bifallas på den första delgrunden.

47 Den andra delgrunden avser att överklagandenämnden inte beaktat förhållandena på den berörda marknaden. Det framgår av punkt 7 i det överklagade beslutet att överklagandenämnden tagit del av sökandens argument angående förhållandena på rengöringsmedelsmarknaden. Överklagandenämnden godtog emellertid inte sökandens ståndpunkt att konsumenterna särskiljer olika rengöringsmedelsprodukter i tablettform med ledning av deras form och färg. Överklagandenämnden grundade denna bedömning framför allt på det bruk tillverkare av sådana tabletter gör av konventionella varumärken, vilket enligt överklagandenämnden utvisar att dessa tillverkare tvivlar på att det kommersiella ursprunget kan anges genom varornas utseende.

48 Förstainstansrätten kan inte godta sökandens ståndpunkt att det ankommer på harmoniseringsbyrån att med konkreta bevis styrka att konsumenterna inte uppfattar utformningen av rengöringsmedelstabletter som en ursprungsangivelse. Det är fråga om dagligvaror som vanligen säljs i förpackningar som försetts med

produktens namn och ofta med ett ord- eller figurmärke eller andra figurativa beståndsdelar som kan utgöras av en bild av varan. Beträffande varor som saluförs på detta sätt utvisar erfarenheten i allmänhet att genomsnittskonsumenten inte är särskilt uppmärksam på dessa varors utseende. Det ankommer vid dessa förhållanden på den som ansöker om ett varumärke att visa att det förhåller sig annorlunda med konsumenterna på den berörda marknaden och det kan inte krävas av harmoniseringsbyrån att denna gör en ekonomisk bedömning av marknaden, eller till och med en marknadsundersökning, för att fastställa i vilken mån konsumenterna uppmärksammar hur varor i en viss kategori ser ut. Den som ansöker om ett sådant varumärke är, med hänsyn till sina fördjupade kunskaper om marknaden, som sökanden själv åberopat, bättre lämpad att avge konkreta och välgrundade upplysningar i ämnet.

49 Sökanden har särskilt hävdat att konsumenterna har "vants vid" att skilja olika rengöringsmedelstabletter åt med ledning av deras form och färg. Genom de domar av den 19 september 2001 som angivits ovan i punkt 36 (särskilt i målet rektangulär tablett med beläggning, punkt 61), har det fastställts att möjligheten att konsumenterna kan vänja sig vid att känna igen en sådan vara på grundval av dess utseende inte räcker för att undanröja registreringshindret i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, eftersom en sådan utveckling av allmänhetens sätt att uppfatta kännetecknet, om den kan styrkas, endast kan beaktas inom ramen för artikel 7.3 i förordning nr 40/94. Förstainstansrätten preciserar att den "vänjning" som sökanden åberopat inte är detsamma som särskiljningsförmåga som uppnåtts i den mening som avses i artikel 7.3 i förordning nr 40/94. Sökandens argumentation avser inte huruvida en särskild form hos en vara har särskiljningsförmåga, utan syftar till att förstainstansrätten skall beakta den betydelse målgruppen i allmänhet ger utseendet hos en kategori produkter.

50 Den enda omständigheten att sökanden och dennes konkurrenter har valt olika former och färger för sina fasta rengöringsmedelsprodukter och att de anstränger sig att erhålla varumärkesskydd för dessa räcker emellertid inte för att fastslå att målgruppen normalt uppfattar utseendet på dessa produkter som en angivelse av det kommersiella ursprunget.

51 Sökanden förebringade ingen konkret bevisning inför överklagandenämnden för att styrka att formen och färgen på rengöringsmedelstabletterna är viktiga när konsumenten väljer mellan olika produkter. Vid sådana förhållanden kan överklagandenämnden inte klandras för att inte ha beaktat förhållandena på den berörda marknaden.

52 Förstainstansrätten tillägger att sökanden inte heller har förebringat sådan bevisning under senare skeden av förfarandet. Förstainstansrätten finner det dock inte nödvändigt att i förevarande mål uttala sig om huruvida rätten, i en talan enligt artikel 63 i förordning nr 40/94, kan beakta uppgifter som överklagandenämnden inte har tagit del av. Sökanden avsåg visserligen att förete vissa hithörande uppgifter i det yttrande med bilagor som sökanden avgav med anledning av den processledningsåtgärd förstainstansrätten vidtog. Detta yttrande motsvarade en replik. Härvid iakttog sökanden emellertid inte villkoren enligt artikel 135.2 i rättegångsreglerna för när ett tilläggsyttrande kan avges, vilket medförde att de andra uppgifter, utöver svaren på processledningsåtgärden, som sökanden avsåg ge förstainstansrätten kännedom om genom yttrandet under inga förhållanden kunde beaktas.

53 Härav följer att talan inte kan bifallas på den andra delgrunden.

54 För att avgöra om överklagandenämnden har missbedömt det sökta varumärkets särskiljningsförmåga skall förstainstansrätten bedöma vilket helhetsintryck den ifrågavarande tablettens utseende ger (se analogt domstolens dom av den 11 november 1997 i mål C-251/95, SABEL, REG 1997, s. I-6191, punkt 23), något som inte är oförenligt med en successiv genomgång av de olika beståndsdelarna i utförandet.

55 Den tredimensionella form som sökts registrerad ser från sidan och ovanifrån ut som en rektangel med konvexa långsidor. I detta avseende skiljer den sig således inte från andra konvexa tablettformer, antingen dessa är runda eller fyrkantiga. Framifrån har den ifrågavarande tabletten formen av en oregelbunden eller äggformad oval, vars nedre del är vidgad och tillplattad. Den påminner vagt om en parallelltrapets med starkt rundade hörn.

56 Denna form räknas inte som sådan till de geometriska grundformerna, men den är en sammansättning av det som kännetecknar olika former och förefaller även vara inspirerad av vissa fyrkantiga former. Denna form är därmed nära besläktad med vissa tablettformer som allmänt används för rengöringsmedel, och i synnerhet med runda och ovala tabletter samt i lägre grad med rektangulära tabletter.

57 Som harmoniseringsbyrån med fog har anfört är skillnaderna mellan den sökta formen och dessa andra former inte lätta att upptäcka. Den sökta formen är en variant av de grundformer som allmänt används och den skiljer sig inte tillräckligt från dessa för att målgruppen skall kunna känna igen den och göra samma val vid ett senare köp, om erfarenheten varit positiv, eller att göra ett annat val, om den varit negativ.

58 De fläckar som finns på tabletten medför inte att det sökta varumärket erhåller särskiljningsförmåga. Att lägga till fläckar är en av de mest självklara lösningarna när det är fråga om att sätta samman olika substanser i ett rengöringsmedel (se bland annat domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet rektangulär tablett med beläggning, punkt 58). Fläckar är dessutom vanliga på fasta rengöringsmedelsprodukter. Den omständigheten att fläckarna på den sökta tabletten är relativt stora är inte av avgörande betydelse för det sökta varumärkets särskiljningsförmåga. Det fläckiga utseendet är detsamma som hos ett pulver som är

sammansatt av ljusa och mörka partiklar och som pressas samman till tabletter. Fläckarnas storleksvariationer beror på hur stora de partiklar som ett sådant pulver är sammansatt av är.

59 Överklagandenämnden hade således fog för att bedöma att den sökta tablettens utseende saknar särskiljningsförmåga.

60 Sökandens argument att endast rektangulära tabletter är i allmänt bruk på marknaden för medel för diskmaskiner och att alla andra former därför har särskiljningsförmåga motsäger inte denna slutsats. Som angetts i punkterna 15 och 16 ovan medför för det första inte den omständigheten att sökanden delvis frånfallit sin talan att förstainstansrätten prövar det överklagade beslutets lagenlighet genom att bedöma det sökta varumärkets särskiljningsförmåga mot bakgrund av andra omständigheter än dem som bedömts av överklagandenämnden.

61 Även om det antas att överklagandenämnden borde ha prövat det sökta varumärkets särskiljningsförmåga separat avseende medel för diskmaskiner och även om det antas att det hade styrkts att endast den rektangulära formen för närvarande används för dessa varor, kvarstår vidare bedömningen att utseendet på den sökta tabletten saknar särskiljningsförmåga. Även andra geometriska grundformer såsom runda, ovala, kvadratiska och cylindriska tabletter samt variationer på dessa kan komma i allmänt bruk för dessa varor, med hänsyn till att alla dessa former är självklara när det är fråga om att pressa samman ett pulver till en fast form.

62 Den omständigheten att det på den närliggande marknaden för medel för tvättmaskiner finns runda, kvadratiska och ovala tabletter utgör ett konkret indicium på att dessa olika former även kan komma i allmänt bruk för medel för diskmaskiner.

63 Sökandens argument att den rektangulära formen på tabletter som är avsedda för diskmaskiner motsvarar formen på de diskmedelsbehållare som finns i dessa maskiner undanröjer inte detta indicium. Ovala och cylindriska tabletter liksom, beroende på storleken, runda och kvadratiska tabletter, kan läggas i dessa behållare lika väl som rektangulära tabletter.

64 Sökanden har hävdat att minimala skillnader mellan det sökta varumärket och grundformerna i förevarande fall skall anses vara tillräckliga för att särskiljningsförmåga skall föreligga, eftersom formvariationerna hos rengöringsmedelstabletter är begränsade av tekniska skäl. Detta argument skall underkännas. Även om detta påstående styrktes skulle det inte göra en ändring av bedömningskriterierna för särskiljningsförmåga befogad.

65 Det finns ingen anledning att anta att målgruppens sätt att uppfatta en tabletts form eller utseende och graden av uppmärksamhet hos denna grupp på minimala skillnader mellan olika tabletters form eller utseende skulle påverkas av huruvida det är tekniskt möjligt att tillverka former som sinsemellan är mycket olika.

66 Om det vidare antas att det av tekniska orsaker skulle vara svårt att tillverka tabletter med sinsemellan påtagligt olika former, skulle registrering av former som låg mycket nära allmänt använda grundformer öka risken att genom varumärkesrätten ge en aktör en ensamrätt som kan hindra konkurrensen på marknaden för varorna i fråga. De absoluta registreringshindren uttrycker gemenskapslagstiftarens strävan att undvika uppkomsten av sådana monopolsituationer (domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet rektangulär tablett med

beläggning, punkt 69). Omständigheter som kan öka denna risk kan således inte åberopas för att motivera registrering av ett varumärke som inte kan fylla ett varumärkes funktion, det vill säga att göra det möjligt för målgruppen att särskilja den vara som avses från varor med ett annat kommersiellt ursprung.

67 Talan kan därför inte bifallas på den tredje delgrunden.

68 Beträffande de argument sökanden åberopat i den fjärde delgrunden om rättspraxis, praxis i vissa medlemsstater och om harmoniseringsbyråns praxis erinrar förstainstansrätten om att de registreringar som redan ägt rum i vissa medlemsstater enbart utgör omständigheter som, utan att vara avgörande, endast 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, av den 31 januari 2001 i mål T-24/00, Sunrider mot harmoniseringsbyrån (VITALITE), REG 2001, s. II-449, punkt 33, och domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet röd och vit rund tablett, punkt 58). Detsamma gäller avseende rättspraxis från medlemsstaternas domstolar. Det framgår därutöver av handlingar som sökanden ingivit till stöd för sina argument att de nationella varumärkesbyråernas praxis inte är enhetlig med avseende på tredimensionella varumärken som utgörs av utseendet på tabletter för tvättmaskiner och diskmaskiner.

69 Härtill kommer att majoriteten av de varumärken som berörs av den rättspraxis och de nationella registreringar som sökanden åberopat har andra karakteristika än det i förevarande mål sökta varumärket. Av de exempel som sökanden åberopat finns vissa likheter med det sökta varumärket endast hos två i Frankrike registrerade varumärken, i den meningen att dessa är tredimensionella, utgörs av en variant av geometriska grundformer och att de ingivits utan yrkande om viss färg. Det kan emellertid inte fastställas utifrån dessa enstaka exempel att överklagandenämnden har missbedömt de nationella varumärkesbyråernas praxis.

70 Avseende harmoniseringsbyråns av sökanden åberopade praxis påpekar förstainstansrätten slutligen att faktiska och rättsliga skäl i ett tidigare beslut förvisso kan åberopas till stöd för att en bestämmelse i förordning nr 40/94 har åsidosatts. Förstainstansrätten konstaterar emellertid att sökanden i förevarande mål vad beträffar dessa beslut inte har åberopat några däri angivna skäl som skulle kunna leda till ett ifrågasättande av överklagandenämndens bedömning av det sökta varumärkets särskiljningsförmåga.

71 Talan kan därför inte bifallas på den fjärde delgrunden.

72 Eftersom talan inte kan bifallas på sökandens enda grund, vilken avser åsidosättande av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, skall talan ogillas.

Rättegångskostnader

73 Enligt artikel 87.2 i förstainstansrättens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Harmoniseringsbyrån har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, skall harmoniseringsbyråns yrkande bifallas.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

följande dom:

1) **Talan ogillas.**

2) **Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Moura Ramos Pirrung Meij

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 5 mars 2003.

H. Jung

Justitiesekreterare

R.M. Moura Ramos

Ordförande