FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)
den 19 september 2001 *

I mål T-337/99,

Henkel KGaA, Düsseldorf (Tyskland), företrätt av advokaterna H.F. Wissel och C. Osterrieth, 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 S. Laitinen, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

* Rättegångsspråk: tyska.

angående en talan som väckts mot det beslut som har fattats av tredje överklagandenämnden vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) den 21 september 1999 (ärende R 73/1999-3) och som delgavs sökanden den 28 september 1999,

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 26 november 1999,

med beaktande av den svarsinlaga som inkom till förstainstansrättens kansli den 17 februari 2000,

efter det muntliga förfarandet den 5 april 2001,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Den 15 december 1997 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 grafiska återgivningen av det tredimensionella varumärke av vilket registrering begärs framgår att detta har formen av en rund tablett med ett vitt skikt (undersidan) och ett rött skikt (ovansidan). Begäran avser 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 diskmedel i tablettform".

4 I ett meddelande av den 28 september 1998 framställde granskaren invändningar mot ansökan grundade på artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Granskaren gav därvid sökanden möjlighet att inom en frist på två månader inkomma med ett yttrande, vilket sökanden gjorde genom en skrivelse av den 9 oktober 1998.

5 I en skrivelse till harmoniseringsbyrån av den 6 januari 1999 uppgav sökanden att en konkurrents varumärkesansökan avseende liknande tvättmedel i tablettform hade offentliggjorts i Bulletinen för gemenskapsvarumärken.

6 Genom beslut av den 26 januari 1999 avslog granskaren ansökan med stöd av artikel 38 i förordning nr 40/94. I den första delen av beslutet upprepade granskaren motiveringen till invändningarna i meddelandet av den 28 september 1998. I den andra delen uppgav granskaren att sökanden inte hade tagit ställning till detta meddelande inom den angivna fristen på två månader och att beslutet därför hade fattats på grundval av handlingarna i målet. I den tredje delen uppgav granskaren att de argument som hade anförts i skrivelsen av den 6 januari 1999 hade beaktats men inte godtagits.

7 Den 3 februari 1999 tillsände granskaren sökanden en kopia av beslutet av den 26 januari 1999 inlett av följande text: "[D]et är uppenbart att nedanstående meddelande, som tillsändes er den 26 januari 1999, inte är välgrundat, eftersom harmoniseringsbyrån fick del av er ståndpunkt inom den föreskrivna fristen. Vänligen lämna därför det meddelandet utan avseende." Samma dag tillsände granskaren sökanden ett nytt beslut om avslag på ansökan om gemenskapsvarumärke.

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

9 Överklagandet ogillades genom beslut av den 21 september 1999 (nedan kallat det omtvistade beslutet).

10 Överklagandenämnden fann i sak att registrering av det varumärke som ansökan avsåg skulle stå i strid med artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Nämnden bedömde att ett varumärke för att kunna registreras måste vara ägnat att särskilja de varor som det omfattar med avseende på varornas ursprung, och inte med avseende på deras art. Ett tredimensionellt varumärke som endast är en avbildning av varan kan endast registreras om varans form är tillräckligt originell för att lätt bli ihågkommen och om den skiljer sig markant från den i handeln vanligen förekommande formen. Mot bakgrund av dels risken för att innehavaren av varumärket får monopol på varans form genom skyddet, dels behovet av att beakta skillnaden mellan å ena sidan varumärkesrätten och å andra sidan bruksmönsterrätten och mönsterrätten, skall kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan tillämpas strikt. I förevarande fall uppfyller inte varumärkesansökan dessa höga krav. Den form som sökanden har gjort anspråk på är enligt överklagandenämnden varken särskilt säregen eller ovanlig, utan en typisk grundform på marknaden i fråga. Inte heller uppdelningen i färgerna rött och vitt gör den form som ansökan avser speciell på något sätt. Överklagandenämnden tillade att varken harmoniseringsbyråns icke enhetliga beslutspraxis eller de av sökanden åberopade tidigare registreringarna kan ha någon tvingande inverkan på nämndens beslut.

Parternas yrkanden

11 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det omtvistade beslutet,

— förplikta svaranden att ersätta rättegångskostnaderna.

12 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan,

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättsfrågan

13 Sökanden har anfört tre grunder. Den första är överträdelse av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Den andra är maktmissbruk samt åsidosättande av principen om likabehandling. Den tredje är åsidosättande av rätten att yttra sig. Förstainstansrätten prövar inledningsvis den tredje grunden.

Huruvida rätten att yttra sig har åsidosatts

14 Sökanden anser att överklagandenämnden inte har beaktat argumenten i sökandens skrivelse av den 9 oktober 1998, varför sökandens rätt att yttra sig har åsidosatts.

15 Det framgår emellertid av punkt 3 i det omtvistade beslutet att överklagandenämnden tog del av sökandens skrivelse av den 9 oktober 1998. De argument som sökanden anförde i denna skrivelse beaktades i sak av överklagandenämnden i det resonemang som ledde till att nämnda beslut fattades. Av detta följer att talan inte kan vinna bifall på denna grund.

Överträdelse av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94

Parternas argument

16 Sökanden anser att överklagandenämnden har missbedömt det begärda varumärkets särskiljningsförmåga, eftersom ett minimum av särskiljbarhet räcker för att ett kännetecken skall vara skyddsvärt enligt förordning nr 40/94.

17 Sökanden har hävdat att det begärda varumärket är särskiljande på grund av färgernas sammansättning och har erinrat om att färger kan registreras som varumärken enligt förordning nr 40/94. Sökanden har åberopat en författare som är av den uppfattningen att erkännandet av färger och färgkombinationer som varumärken inte skall motverkas genom en restriktiv tillämpning av registreringshindren.

18 Vidare anser sökanden att det begärda varumärket även är särskiljande på grund av dess form. Sökanden har kritiserat överklagandenämndens ståndpunkt att det krävs att en tredimensionell form är speciell och lätt att komma ihåg, det vill säga originell på så sätt att den skiljer sig från vad som är vanligt i handeln. Huruvida en tredimensionell form är unik eller originell är enligt sökanden endast

avgörande vid utredning av villkoren för mönsterskydd. Beträffande ett varumärkes särskiljningsförmåga uppkommer endast frågan huruvida en varas form eller bestämda färgkombination av allmänheten kan förstås som en upplysning om nämnda varas ursprung.

19 Sökanden har beskrivit utvecklingen av tvätt- och diskmedels olika utföranden. Den har uppgivit att utförandet i form av tvåfärgade tabletter är nytt samt att sådana tabletter kan ha flera olika former. Vidare kan färgvalet och färgernas fördelning på tabletten vara mycket varierande.

20 Marknaden för dessa produkter kännetecknas enligt sökanden av att det finns ett begränsat antal huvudsakliga tillverkare, och på de olika nationella marknaderna finns ett mycket begränsat antal varor som är utförda i form av tvåfärgade tabletter. Under dessa förhållanden har konsumenterna från början associerat tvättmedel i form av tvåfärgade tabletter med ett mycket begränsat antal tillverkare av märkesvaror, av vilka sökanden är en. Denna uppfattning bland konsumenterna har enligt sökanden förstärkts och permanentats genom en intensiv och varaktig marknadsföring, som har lyft fram de två färger som är utmärkande för varans utseende samt tvättmedelstablettens särskilda form. Sökanden har framhållit de höga kostnader som den har haft för denna marknadsföring samt den omsättning som produkterna i fråga står för.

21 Sökanden har åberopat de tydliga förhållandena på marknaden samt varje tillverkares intresse av att dels skilja ut de egna varorna från andra tillverkares varor genom en bestämd form och färgsammansättning, dels göra sina varor synliga i denna form även på förpackningarna. Därav har sökanden dragit slutsatsen att det inte med framgång kan hävdas att en särskild form- och färgkombination som sådan inte kan utgöra en upplysning om den berörda varans ursprung. Sökanden anser att frågan om omfattningen av skyddet för ett

sådant varumärke skall bedömas separat. Den omständigheten att skyddet kan vara mycket begränsat i det enskilda fallet kan enligt sökanden inte rättfärdiga att en viss form- och färgkombination genast helt frånkänns särskiljningsförmåga.

22 Sökanden har företett och hänvisat till ett omfattande material rörande olika ansökningar om registrering av varumärken för tvätt- och diskmedel i tablettform, såväl på nationell som på internationell nivå, av vilka vissa har lett till registrering. Det framgår enligt sökanden av dessa uppgifter dels att samtliga kända tillverkare av märkesvaror på tvätt- och diskmedelsområdet alltid har betraktat tabletternas bestämda form och färg som särskiljande faktorer som anger tillverkaren, dels att flera varumärkesbyråer har erkänt tabletterna som varumärken. Sökanden har åberopat ett beslut av en italiensk domstol om erkännande av ett varumärke som enligt sökanden kan likställas med dess eget.

23 Särskiljningsförmågan hos det begärda varumärket skall enligt sökanden bedömas vid den tidpunkt då ansökan om registrering gavs in, varför dess konkurrenters användning av liknande former och färger efter denna tidpunkt inte kan åberopas för att bestrida att det begärda varumärket har särskiljningsförmåga. Sökanden anser emellertid att denna fråga inte är avgörande i förevarande mål, eftersom det endast är sökanden som tillverkar tabletter för tvätt- och diskmaskiner som består av ett rött och ett vitt skikt.

24 Slutligen har sökanden gjort gällande att det begärda varumärket har uppnått särskiljningsförmåga i fråga om dess vara Persil Color till följd av dess användning, i enlighet med artikel 7.3 i förordning nr 40/94, i synnerhet genom kombinationen av enstaka färger (rött och vitt).

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

26 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.

27 Harmoniseringsbyrån har framhållit att de rättsliga kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan hos tredimensionella märken som, såsom i förevarande fall, utgörs av själva varans form varken är annorlunda eller striktare än de som tillämpas för andra varumärken. Harmoniseringsbyrån anser att de uttryck som överklagandenämnden har använt i det omtvistade beslutet, som kan förstås som ett påstående om att det behövs strängare kriterier för tredimensionella varumärken (punkterna 23 och 24 i det omtvistade beslutet), skapar förvirring, men att denna punkt inte är avgörande för det omtvistade beslutet. Harmoniseringsbyrån anser emellertid att en varas form inte anger dess ursprung på samma sätt som ord eller figurer på produkten eller på dess förpackning.

28 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.

29 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.

30 Harmoniseringsbyrån har framhållit att varuslaget och det sätt på vilket konsumenter använder varan är viktiga inom ramen för det tredje steget i utredningen. Tabletter för tvätt- och diskmaskiner tas enligt harmoniseringsbyrån ur förpackningen för att därefter omedelbart läggas i maskinen av konsumenten. 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.

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

32 Formen på det begärda varumärket, det vill säga en skiva, är enligt harmoniseringsbyrån inte ovanlig, utan enkel och vanligt förekommande på marknaden.

33 Beträffande färgerna anser harmoniseringsbyrån att det kännetecken som ansökan avser inte har fått särskiljningsförmåga genom att ett rött skikt har tillfogats. 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).

34 Den färg som ansökan avser är enligt harmoniseringsbyrån en av basfärgerna. Samtliga tabletter på marknaden som består av två skikt har enligt harmoniseringsbyrån ett färgat skikt i någon av basfärgerna (rött, grönt eller blått). Om harmoniseringsbyrån skulle tillerkänna sådana enkla färgsättningar särskiljningsförmåga, skulle de varumärkesansökningar som inkommit till byrån avseende tvättmedel i form av tabletter innehållande färgerna rött, blått eller grönt omfatta praktiskt taget all normal färgsättning och leda till monopolisering av varans form.

35 Harmoniseringsbyrån har hävdat att färgerna på tablettens olika skikt eller delar anger att det finns flera aktiva beståndsdelar och att de således utgör en upplysning till konsumenten om varans egenskaper, vilket lyfts fram i den marknadsföring som genomförs för tabletterna i fråga. Dessutom följer det enligt harmoniseringsbyrån av det sätt på vilket tabletterna används att konsumenten inte betraktar färgerna som uppgifter om varans ursprung.

36 Harmoniseringsbyrån anser att argumentet att sökanden är det enda företag som tillverkar röda och vita tabletter saknar relevans. Harmoniseringsbyrån har erinrat om att frågan om varumärkets användning omfattas av artikel 7.3 i förordning nr 40/94 och att sökanden åberopade denna bestämmelse för första gången i ansökan till förstainstansrätten, det vill säga för sent.

37 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.

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

39 Varumärkets särskiljningsförmåga skall enligt harmoniseringsbyrån bedömas vid tidpunkten för registrering. Vissa av sökandens konkurrenter hade lanserat skivformade tabletter på marknaden innan den aktuella varumärkesansökan lämnades in.

Förstainstansrättens bedömning

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

41 I förevarande fall består det varumärke av vilket registrering begärs av formen på och färgsammansättningen hos en tablett för tvätt- eller diskmaskiner, det vill säga av själva varans utförande.

42 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 den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 i förhållande till en bestämd vara eller tjänst.

43 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).

44 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.

45 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.

46 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.

47 Beträffande den berörda allmänhetens uppfattning har överklagandenämnden med rätta påpekat att de varor som ansökan om varumärke avser i förevarande fall, det vill säga tabletter för tvätt- och diskmaskiner, 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).

48 Den berörda allmänhetens uppfattning om varumärket påverkas först och främst 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 har överklagandenämnden med rätta bedömt 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 diskmaskin.

49 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.

50 Den tredimensionella form för vilken registrering begärs, det vill säga en rund tablett, hör till de geometriska grundformerna och är en av de former som spontant kommer i åtanke när det gäller produkter för tvätt- eller diskmaskiner.

51 Beträffande förekomsten av två skikt, varav det ena är vitt och det andra rött, noterar rätten att den berörda allmänheten är van vid beståndsdelar med olika färger i rengöringspodukter. Pulver, som är det traditionella utförandet i fråga om dessa produkter, är oftast mycket ljust grått eller beige och framstår nästan som vitt. Det innehåller 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, såsom i förevarande fall, har fått uppfattningen att förekomsten av färgade beståndsdelar visar på vissa av produktens egenskaper, och inte på 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.

52 Den omständigheten att de färgade partiklarna i förevarande fall inte är jämnt fördelade över hela tabletten, utan är koncentrerade till dess övre del, räcker inte för att tablettens utseende skall kunna uppfattas som en uppgift om varans ursprung. När det gäller att kombinera olika beståndsdelar i en tablett för tvätt- eller diskmaskiner, är tillfogandet av ett skikt nämligen en av de lösningar som mest spontant kommer i åtanke.

53 Det saknar i detta avseende betydelse huruvida sökanden är det enda företag som använder den röda färgen för tabletter som består av två skikt. 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.

54 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.

55 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.

56 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.

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

58 Vad därefter beträffar sökandens argument avseende de nationella varumärkesbyråernas praxis och omständigheten att en italiensk domstol i ett beslut har tillerkänt ett liknande kännetecken särskiljningsförmåga, 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, samt av den 31 januari 2001 i mål T-24/00, Sunrider mot harmoniseringsbyrån, VITALITE), REG 2001, s. II-449, punkt 33). Samma överväganden gör sig gällande avseende medlemsstaternas domstolars rättspraxis. Vidare framgår det av harmoniseringsbyråns svar på förstainstansrättens frågor att de nationella varumärkesbyråernas praxis avseende tredimensionella varumärken som utgörs av tabletter för tvätt- och diskmaskiner inte är enhetlig. Det kan således inte göras gällande att överklagandenämnden har felbedömt nämnda praxis eller nationell rättspraxis.

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

60 Den omständigheten att kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan hos ett tredimensionellt varumärke som utgörs av formen på själva produkten inte är strängare än de som tillämpas för andra slags varumärken medför ingen annan bedömning.

61 De överväganden som låg till grund för överklagandenämndens beslut att fastställa att det begärda varumärket saknade särskiljningsförmåga kan nämligen ligga till grund för samma slutsats med avseende på de kriterier för bedömning av särskiljningsförmåga som tillämpas på samtliga varumärken, oavsett om de är ordmärken, figurmärken eller tredimensionella varumärken.

62 Sökanden har vidare, utan att uttryckligen anföra överträdelse av artikel 7.3 i förordning nr 40/94 som grund för sin talan, gjort gällande att det begärda varumärket har särskiljningsförmåga på grund av dess användning. Eftersom detta argument inte anfördes i överklagandenämnden, kan förstainstansrätten inte pröva det (se förstainstansrättens dom av den 8 juli 1999 i mål T-163/98, Procter & Gamble mot harmoniseringsbyrån, BABY-DRY, REG 1999, s. II-2383, punkterna 48—51).

"Maktmissbruk" och åsidosättande av principen om likabehandling

Parternas argument

63 Till stöd för grunden "maktmissbruk" har sökanden anfört att harmoniseringsbyrån har tillåtit offentliggörande av vissa ansökningar om gemenskapsvarumärken som liknar sökandens för varor inom samma eller närliggande områden. Sökanden har bland annat åberopat bolaget Benckiser N.V.:s ansökan nr 809 830

om gemenskapsvarumärke. Sökanden anser att överklagandenämnden därigenom har åsidosatt principen om likabehandling.

64 Sökanden anser dessutom att det omtvistade beslutet strider mot gemenskapsrättens överordnade mål i allmänhet och mot förordningen om gemenskapsvarumärken i synnerhet, då förordningen syftar till harmonisering av varumärkesrätten på gemenskapsnivå. Detta harmoniseringsmål kan enligt sökanden i realiteten endast uppnås om varumärkesrätten tolkas enhetligt.

65 Harmoniseringsbyrån har uppgivit att den varumärkesansökan som sökanden har åberopat inte har lett till registrering. Dessutom skulle, även om harmoniseringsbyrån faktiskt hade registrerat detta varumärke, ett sådant beslut ha varit felaktigt, och sökanden skulle inte ha kunnat åberopa detta för att få till stånd ett beslut som skulle bli en upprepning av misstaget.

Förstainstansrättens bedömning

66 Rätten erinrar om att begreppet maktmissbruk har en bestämd innebörd inom gemenskapsrätten och avser fall där en förvaltningsmyndighet använder sin behörighet för ett annat ändamål än det som ligger till grund för behörigheten. I detta avseende framgår det av fast rättspraxis att ett beslut innebär maktmissbruk endast om det på grundval av objektiva, relevanta och samstämmiga uppgifter kan antas att det har antagits för att uppnå andra mål än dem som angetts (se särskilt förstainstansrättens dom av den 24 april 1996 i de förenade målen T-551/93, T-231/94, T-232/94, T-233/94 och T-234/94, Industrias Pesqueras

Campos m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. II-247, punkt 168). Sökanden har inte anfört något som leder till slutsatsen att det omtvistade beslutet antogs i något annat syfte än att kontrollera om det begärda varumärket uppfyllde de förutsättningar för registrering som anges i förordning nr 40/94.

67 I den del förevarande grund avser åsidosättande av principen om likabehandling noterar rätten att det framgår av harmoniseringsbyråns svar på förstainstansrättens frågor att den av sökanden åberopade offentliggjorda varumärkesansökan avslogs av granskaren efter det att talan hade väckts i förevarande mål och att detta beslut för närvarande handläggs av en överklagandenämnd. Argumentet att denna varumärkesansökan har offentliggjorts har därför i vart fall förlorat sin giltighet. Av detta följer att talan inte kan vinna bifall på förevarande grund.

68 Mot bakgrund av det anförda skall talan ogillas.

Rättegångskostnader

69 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, 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