FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)

den 5 maj 2009 *

I mål T-449/07,

Thomas Rotter, München (Tyskland), företrädd av advokaten M. Müller,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån), företrädd av G. Schneider, i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan mot det beslut som fattats av harmoniseringsbyråns fjärde överklagandenämnd den 27 september 2007 (ärende R 1415/2006-4) om registrering som gemenskapsvarumärke av ett tredimensionellt kännetecken som föreställer ett knippe korvar,

meddelar

* Rättegångsspråk: tyska.

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden I. Pelikánová samt domarna K. Jürimäe (referent) och S. Soldevila Fragoso,

justitiesekreterare: handläggaren T. Weiler,

med beaktande av ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 3 december 2007,

med beaktande av svarsinlagan som inkom till förstainstansrättens kansli den 8 april 2008,

efter förhandlingen den 14 januari 2009,

följande

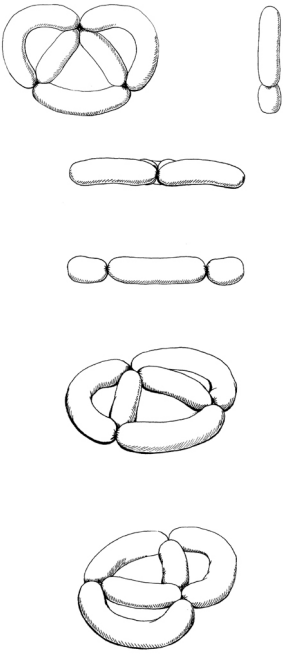
Dom

Målets bakgrund

1 Sökanden, Thomas Rotter, ingav den 17 mars 2005 en ansökan om registrering av gemenskapsvarumärke till harmoniseringsbyrån i enlighet med 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.

2 Det sökta varumärket utgörs av den nedan återgivna tredimensionella formen:



3 De varor och tjänster som registreringsansökan inledningsvis avsåg omfattas av klasserna 29, 30 och 43 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar följande beskrivning för var och en av dessa klasser:

— Klass 29: ”Kött, fjäderfä och vilt, köttbitar, konserverade, torkade och kokta grönsaker, sylt, mjölkprodukter, korvprodukter, potatisprodukter”,

— Klass 30: ”Socker, ris och näringspreparat tillverkade av spannmål”,

— Klass 43: ”Utskänkning av mat och dryck; upplåtande av kortvarigt boende”.

4 Den 28 augusti 2006 fattade granskaren beslut om att dels bifalla ansökan om registrering av det sökte varumärket för tjänster i klass 43, dels, med stöd av artikel 7.1 b och c i förordning nr 40/94, avslå registreringsansökan för varor i klasserna 29 och 30, eftersom det sökta varumärket saknade särskiljningsförmåga.

5 Sökanden överklagade granskarens beslut till harmoniseringsbyrån den 30 oktober 2006, med stöd av artiklarna 57–62 i förordning nr 40/94.

6 Genom beslut av den 27 september 2007 (nedan kallat det angripna beslutet) avslog harmoniseringsbyråns fjärde överklagandenämnd överklagandet. Överklagandenämnden fann, vad särskilt gällde korvprodukter, att den aktuella formen som avses i registreringsansökan utgörs av en anordning av fem enskilda korvar som är förenade med varandra i ändarna. Överklagandenämnden påpekade att det var vanligt förekommande och produktionsbetingat att sammanbinda korvar i ändarna så att de bildar en kedja. Överklagandenämnden konstaterade dessutom att genomsnittskonsumenten inte uppfattar ett sådant sätt att presentera varan som en upplysning om varans kommersiella ursprung, utan endast som ett av många andra sätt att, i syfte att förvara dem och sälja dem samlade, sammanbinda flera korvar på. Överklagandenämnden fann att detta inte var tillräckligt för att ge den sökta formen särskiljningsförmåga.

7 Genom skrivelse av den 3 december 2007 till harmoniseringsbyrån, det vill säga samma dag som förevarande talan väcktes, begärde sökanden i enlighet med artikel 44 i förordning nr 40/94 att förteckningen över de varor eller tjänster som avses i varumärkesansökan skulle begränsas till ”korvprodukter” och ”utskänkning av mat och dryck, upplåtande av kortvarigt boende”, i klasserna 29 respektive 43 i Niceöverenskommelsen. Genom skrivelse av den 8 januari 2008 meddelade harmoniseringsbyrån sökanden att förteckningen över de varor och tjänster som avses i registreringsansökan numera endast innehöll ”korvprodukter” och ”utskänkning av mat och dryck, upplåtande av kortvarigt boende”, i respektive ovannämnd klass.

Parternas yrkanden

8 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten ska

— ogiltigförklara det angripna beslutet, och

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive dem som hänför sig till förfarandet vid överklagandenämnden.

9 Sökanden har under förhandlingen och som svar på förstainstansrättens fråga gjort gällande dels att föremålet för hans talan är begränsat till att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras, i den del det innebär avslag på ansökan om registrering av det sökta varumärket för ”korvprodukter” i klass 29 i Niceöverenskommelsen, dels att han inte bestrider det angripna beslutet i övrigt.

10 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten ska

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

11 Sökanden har som stöd för sin talan åberopat en enda grund avseende åsidosättande av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94.

Parternas argument

12 Sökanden har anfört att det sökta kännetecknet har särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, eftersom det kan ge upplysning om korvprodukternas kommersiella ursprung. I detta avseende har sökanden gjort gällande att den sökta formen avviker i betydande mån från det sätt på vilket de aktuella varorna presenteras som konsumenten normalt är van vid.

13 Sökanden har för det första gjort gällande att korvprodukter i handeln vanligtvis erbjuds var för sig och i sin typiska avlånga och avrundade form. Den sökta formen avviker emellertid i två avseenden från vad som är branschtypiskt för de ifrågavarande varorna. Dels är kok- och grillkorvarna, av vilka det finns flera, inte avskilda från varandra i förevarande fall utan samlade, dels får korvprodukter, när de sammanbinds på detta sätt, inte den vanliga avlånga och avrundade formen. Sökanden har påpekat att korvprodukterna på så sätt får en originell och ny form som liknar formen av en bretzel dock utan att helt anta denna form, eftersom den till skillnad från en bretzel på ett märkbart sätt består av flera enheter.

14 Sökanden har för det andra gjort gällande att den ifrågavarande sammansättningen avviker från den vanliga korvformen. Särskilt den omständigheten att korvprodukter presenteras i form av ett knippe som i sin tur väcker en association till en känd form, närmare bestämt en bretzel, som ingår i ett annat varuslag, utgör inte heller en sedvanlig presentation av varorna för konsumenten. Konsumenterna är inte vana vid de ifrågavarande varorna i samlad grupp som i sin tur väcker en association till en känd form, närmare bestämt en bretzel, som hör till ett annat varuslag. Det är just på grund av denna ovanliga presentation inom handeln med korvprodukter som konsumenten först lägger märke till varan och sedan kommer ihåg formen på korvprodukten. Enligt sökanden är det presentationssättet som är det karaktäristiska hos korvprodukten och som gör det möjligt för konsumenten att särskilja den från andra producenters korvprodukter. För konsumenten har den sökta formen således ett tillräckligt inslag av fantasi i presentationssättet av korvprodukten, i förhållande till den vanliga korvformen, för att den ska förvärva särskiljningsförmåga.

15 För det tredje har sökanden gjort gällande att den sökta formen avviker desto mer från det sätt att presentera de ifrågavarande varorna som konsumenten är van vid som användandet av ett fantasifullt presentationssätt för korvprodukter i syfte att främja försäljningen redan i sig är ett nytt kommersiellt fenomen.

16 Harmoniseringsbyrån har bestritt samtliga sökandens argument.

Förstainstansrättens bedömning

17 Det ska inledningsvis erinras om att det av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 följer att varumärken som saknar särskiljningsförmåga inte får registreras.

18 Enligt fast rättspraxis anses de kännetecken som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 inte kunna fylla varumärkets grundläggande funktion, nämligen att identifiera varans eller tjänstens kommersiella ursprung, för att därigenom möjliggöra för de konsumenter som köper den vara eller den tjänst som varumärket avser att träffa samma val vid ett senare köp, om erfarenheten varit god, eller att göra ett annat val, om den varit dålig (se förstainstansrättens dom av den 15 december 2005 i mål T-262/04, Bic mot harmoniseringsbyrån (formen på en cigarettändare med stift), REG 2005, s. II-5959, punkt 20 och där angiven rättspraxis).

19 Ett varumärkes särskiljningsförmåga ska bedömas dels utifrån de varor eller tjänster som registreringsansökan avser, dels utifrån hur omsättningskretsen, som ska anses bestå av konsumenten av dessa varor eller tjänster, uppfattar varumärket (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 29 april 2004 i de förenade

målen C-473/01 P och C-474/01 P, Procter & Gamble mot harmoniseringsbyrån, REG 2004, s. I-5173, punkt 33, och förstainstansrättens dom av den 12 september 2007 i mål T-358/04, Neumann mot harmoniseringsbyrån (formen på ett mikrofonhuvud), REG 2007, s. II-3329, punkt 32 och där angiven rättspraxis).

20 Kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan hos tredimensionella varumärken som utgörs av formen på en vara skiljer sig inte från dem som är tillämpliga på andra kategorier varumärken (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 25 oktober 2007 i mål C-238/06 P, Develey mot harmoniseringsbyrån, REG 2007, s. I-9375, punkt 80, och domen i det ovan i punkt 19 nämnda målet Formen på ett mikrofonhuvud, punkt 41).

21 Vid tillämpningen av dessa kriterier måste emellertid beaktas att omsättningskretsen inte nödvändigtvis uppfattar ett tredimensionellt varumärke som utgörs av formen på själva varan på samma sätt som ett ord- eller figurmärke som utgörs av ett kännetecken som är oberoende av utformningen av de varor som det avser. Genomsnittskonsumenten är nämligen inte van vid att göra antaganden om en varas ursprung på grundval av varans eller varuförpackningens form, utan grafik eller text, och det kan således vara svårare att visa att ett sådant tredimensionellt varumärke har särskiljningsförmåga än vad som är fallet beträffande ett ord- eller figurmärke (se, för ett liknande resonemang, domarna i det ovan i punkt 20 nämnda målet Develey mot harmoniseringsbyrån, punkt 80, och i det ovan i punkt 19 nämnda målet Formen på ett mikrofonhuvud, punkt 42).

22 Genomsnittskonsumentens uppmärksamhet kan dessutom variera beroende på vilket varu- eller tjänsteslag det är fråga om (domstolens dom av den 22 juni 1999 i mål C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, REG 1999, s. I-3819, punkt 26). Vad gäller dagligvaror, som säljs till ett relativt lågt pris, ägnar genomsnittskonsumenten således inte någon större uppmärksamhet åt det yttre utseendet på varorna.

23 För att slutligen bedöma huruvida omsättningskretsen kan uppfatta en form, bestående av flera beståndsdelar, som en upplysning om ursprunget, ska det utredas vilket helhetsintryck denna kombination ger (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 19 september 2001 i mål T-129/00, Procter & Gamble mot harmoniseringsbyrån (rektangulär tablett med beläggning), REG 2001, s. II-2793, punkt 54).

24 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som det ska prövas huruvida överklagandenämnden gjorde en riktig bedömning när den fann att den sökta formen saknar särskiljningsförmåga.

25 I förevarande fall påpekar förstainstansrätten att de aktuella varorna, närmare bestämt korvprodukter (Wurstwaren), inte endast säljs i slakteriaffärer utan även på stormarknader, på härför särskilt avsedda ställen, liksom i kyldiskar. Det är således fråga om gängse konsumentvaror avsedda för genomsnittskonsumenter i Europeiska unionen.

26 Förstainstansrätten konstaterar att den sökta formen, närmare bestämt ett knippe med flera korvar, skiljer sig från den klassiska och mest kända formen på de aktuella varorna, nämligen formen av en korv.

27 Förstainstansrätten påpekar för övrigt att detta konstaterande inte har bestritts av sökanden. Sökanden har nämligen själv anfört att den sökta formen består av flera korvar som på ett märkbart sätt sammanbundits med varandra och som liknar formen av en bretzel, dock utan att helt ha antagit formen av en sådan. Överklagandenämnden gjorde således en riktig bedömning när den fann att det sökta tredimensionella varumärket utgörs av en grupp med fem separata korvar som är förbundna med varandra i ändarna. I förevarande fall ska förstainstansrätten således pröva över-

klagandenämndens bedömning av särskiljningsförmågan hos formen på ett knippe korvar, och detta med hänsyn till det helhetsintryck som detta knippe åstadkommer.

28 Vad för det första gäller sökandens argument att den sökta formen har särskiljningsförmåga, eftersom de korvar som formen består av inte återges var för sig utan samlade, räcker det att påpeka att det, i likhet med vad överklagandenämnden funnit, är vanligt förekommande i handeln att man sammanbinder korvar i ändarna i syfte att förvara dem och sälja dem samlade.

29 Vad för det andra gäller sökandens argument att den sökta formen har särskiljningsförmåga också på grund av att detta knippe korvar inte har den traditionella avlånga och avrundade formen, påpekar förstainstansrätten att sökanden härigenom begränsar sig till att jämföra den sökta formen, som utgörs av ett knippe med flera korvar, med den form som han anser typisk, nämligen en enda korv. Eftersom det ifrågavarande knippet, såsom sökanden själv har medgett, är märkbart, är en sådan jämförelse uppenbarligen utan relevans. Argumentet vinner därmed inte stöd av de faktiska omständigheterna.

30 I motsats till vad sökanden har gjort gällande framgår det således av den ovan i punkterna 28 och 29 redovisade prövningen av de två argumenten, att sökanden inte visat på vilket sätt den sökta formen i betydande mån avviker från den sedvanliga formen då korvar presenteras i handeln.

31 Det följer av det ovanstående att i och med att de aktuella varorna (korvprodukter) utgör gängse konsumentvaror uppfattar genomsnittskonsumenten inte den sökta formen som en upplysning om varornas kommersiella ursprung.

32 Denna slutsats påverkas inte av sökandens argument att den omständigheten att korvar presenteras i form av ett knippe som i sin tur väcker en association till en känd form, närmare bestämt en bretzel, som ingår i ett annat livsmedelsslag, inte heller utgör en sedvanlig presentation av varan för konsumenten.

33 Såsom sökanden själv har medgett liknar den sökta formen nämligen formen av en bretzel, utan att helt anta formen av en sådan. Även om den sökta formen är ett originellt eller till och med ovanligt sätt att presentera korvprodukter på, så är det inte desto mindre så att genomsnittskonsumenten, såsom redan konstaterats ovan i punkt 30, inte kommer att associera denna form med formen av en bretzel utan endast kommer att uppfatta den som ett knippe med fem sammanbundna korvar.

34 Denna slutsats påverkas inte heller av sökandens argument att den sökta formen avviker desto mer från det vanliga sättet att presentera de ifrågavarande varorna som användandet av ett fantasifullt presentationssätt av korvprodukter i syfte att främja försäljningen redan i sig är ett nytt fenomen.

35 Enligt fast rättspraxis är ett särskilt marknadsföringskoncept som används eller planeras av den som ansökt om registrering av ett varumärke, och som således är beroende av det berörda bolagets beslut och kan ändras efter registreringen, nämligen en omständighet som inte kan inverka på bedömningen av huruvida varumärket kan registreras (förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-355/00, DaimlerChrysler mot harmoniseringsbyrån (TELE AID), REG 2002, s. II-1939, punkt 42, och av den 30 april 2003 i de förenade målen T-324/01 och T-110/02, Axions och Belce mot harmoniseringsbyrån (formen av en brun cigarr och en guldtacka), REG 2003, s. II-1897, punkt 36).

36 Det följer av samtliga ovan anförda överväganden att överklagandenämnden gjorde en riktig bedömning när den fann att den sökta formen saknar särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94.

37 Sökanden kan därför inte vinna framgång med sin grund. Talan ska därför ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

38 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Harmoniseringsbyrån har yrkat att sökanden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, ska harmoniseringsbyråns yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

följande:

1) Talan ogillas.

2) Thomas Rotter ska ersätta rättegångskostnaderna.

Pelikánová Jürimäe Soldevila Fragoso

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 5 maj 2009.

Underskrifter