FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (femte avdelningen)

den 23 november 2004 *

I mål T-360/03,

Frischpack GmbH & Co. KG, Mailling bei Schönau (Tyskland), företrätt av advokaten P. Bornemann,

sökande,

mot

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

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av det beslut som fattats av andra överklagandenämnden vid harmoniseringsbyrån den 8 september 2003 (ärende R 236/2003-2) om registrering av ett tredimensionellt varumärke (ask för ost),

* Rättegångsspråk: tyska.

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

sammansatt av ordföranden P. Lindh samt domarna R. García-Valdecasas och D. Šváby,
justitiesekreterare: byrådirektören I. Natsinas,

med beaktande av den ansökan som ingavs till förstainstansrättens kansli den 30 oktober 2003,

med beaktande av den svarsinlaga som ingavs till förstainstansrättens kansli den 21 januari 2004,

efter förhandlingen den 8 juli 2004,

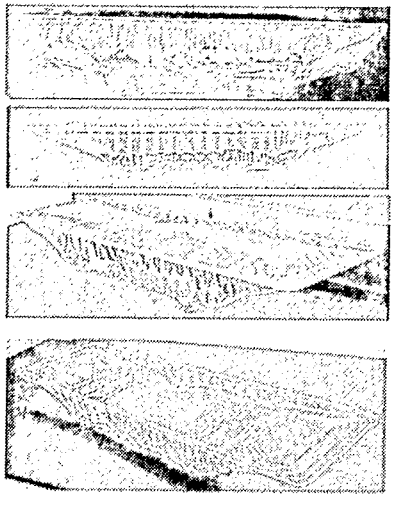
följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Den 26 mars 2002 ansökte sökanden hos Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån) om registrering av ett gemenskapsvarumärke 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.

2 Det varumärke som registreringsansökan avsåg är det nedan återgivna tredimensionella varumärket:



3 Det sökta varumärket beskrevs på följande sätt av sökanden:

"Det varumärke som registreringsansökan avser är den tredimensionella formen på en förpackning för livsmedel i skivor, särskilt den på en ask för skivad ost. Återgivningarna av varumärket är fotografier tagna ur olika vinklar: snett uppifrån, nerifrån och från sidan. Kännetecknande för förpackningen är formen av ett fartygsskrov med plan botten, fram- och bakstycken som går snett uppåt från sidorna av nämnda botten samt trapetsoidformade sidstycken. Detta skrov är förslutet upptill och består av genomskinlig plast. Sidpartierna är räfflade eller vågiga. Räfflorna, det vill säga topparna och dalarna i vågmönstret, sträcker sig uppifrån och ner. Sidstyckena, som bildar vinkel mot den lodräta linje som går nerifrån och upp, har också en sluttande utformning."

4 Den vara som ansökan om varumärkesregistrering avsåg ingår i klas. 29 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar följande beskrivning: "Livsmedel i skivor, särskilt skivad ost."

5 Genom beslut av den 11 februari 2003 avslog granskaren ansökan på den grunden att det förelåg ett absolut registreringshinder för det sökta varumärket enligt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94.

6 Den 21 mars 2003 överklagade sökanden granskarens beslut till harmoniseringsbyrån med stöd av artiklarna 57–62 i förordning nr 40/94.

7 Genom beslut av den 8 september 2003 (nedan kallat det omtvistade beslutet) avslog överklagandenämnden överklagandet på den grunden att det sökta varumärket saknade särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94.

8 Överklagandenämnden fann i sak att genomsnittskonsumenten endast skulle se den sökta formen för de i ansökan omnämnda varorna som en vanlig flat förpackning. Den ask som registreringsansökan avsåg ansågs inte ha någon beståndsdel som var "särskilt speciell, egenartad eller ovanlig på livsmedelsmarknaden" och tydligt skilde den från andra former på nämnda marknad. Det var endast fråga om en "försumbar och icke iögonenfallande variation på den typiska formen". Överklagandenämnden tillade att även om det sökta varumärket var föremål för en komplex beskrivning, krävdes en betydande analys för att urskilja samtliga de särdrag som nämndes däri. Genomsnittskonsumenten gör ingen sådan komplex och ingående undersökning av föremålet.

Parternas yrkanden

9 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ändra det omtvistade beslutet och ogiltigförklara det till den del det avser produkten "skivad ost förpackad för grossistförsäljning, ej avsedd för slutkonsument", samt

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

10 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten skall

— avvisa talan, eller

— i andra hand, ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

11 Under förhandlingen inför förstainstansrätten gavs sökanden tillfälle att förklara innebörden av sitt yrkande om delvis ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet. Sökanden uppgav därvid att dess yrkande måste förstås som i första hand ett

yrkande om ändring av det omtvistade beslutet och i andra hand ett yrkande om ogiltigförklaring av detta i sin helhet. Harmoniseringsbyrån hävdade att vad som enligt dess uppfattning var en ändring av sökandens yrkanden inte kunde prövas. Förstainstansrätten noterade detta i förhandlingsprotokollet.

Rättslig bedömning

Parternas argument

Upptagande till sakprövning

12 Harmoniseringsbyrån anser att sökandens yrkande om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet såvitt avser "skivad ost förpackad för grossistförsäljning, ej avsedd för slutkonsument" inte kan prövas. Även om förstainstansrätten enligt artikel 63.3 i förordning nr 40/94 är behörig både att ogiltigförklara och att ändra det omtvistade beslutet, bestäms föremålet för tvisten genom nämnda beslut och genom registreringsansökan. Registreringsansökan avsåg dock "livsmedel i skivor, särskilt skivad ost".

13 Denna begränsning av de varuslag som registreringsansökan avser utgör en ändring av föremålet för tvisten. Harmoniseringsbyrån har i detta avseende hänvisat till förstainstansrättens dom av den 5 mars 2003 i mål T-194/01, Unilever mot harmoniseringsbyrån (äggformad tablett) (REG 2003, s. II-383, punkt 16), varav enligt harmoniseringsbyrån framgår att förstainstansrätten prövar lagenligheten av överklagandenämndens beslut mot bakgrund av tvistens faktiska och rättsliga bakgrund såsom denna framställts inför överklagandenämnden, och att sökanden inte med giltig verkan kan ändra ramen för processen genom att ändra sina yrkanden.

14 Hade sökanden velat få till stånd ett beslut rörande de begärda varorna, borde företaget uttryckligen ha förklarat inför harmoniseringsbyrån att det begränsade sin förteckning till nämnda varor, och detta senast under förfarandet inför överklagandenämnden och med tillämpning av artikel 44.1 i förordning nr 40/94.

Prövning i sak

15 Sökanden har en enda grund för sin talan, nämligen att överklagandenämnden har åsidosatt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 genom att inte erkänna det sökta varumärkets särskiljningsförmåga.

16 Förpackningen i fråga har särskiljningsförmåga genom sin form och genom att ostskivorna som den innehåller är lagda som en solfjäder, vilket inte är brukligt och skiljer sig klart från andra grossistförpackningar för skivad ost. Sökanden har härvid angett att den omständigheten att det är svårare att påvisa särskiljningsförmågan hos en förpackning än hos ett ord- eller figurmärke inte skall vara till nackdel för sökanden. Det finns inga skäl att avslå en registreringsansökan vid tveksamhet rörande en förpacknings särskiljningsförmåga.

17 I detta fall är förpackningen i fråga uteslutande ämnad för en specialiserad målgrupp, som är van vid att förpackningar anger det kommersiella ursprunget för de varor de innehåller. Denna förpackning är inte som vilken annan förpackning som helst och den är inte sedvanlig, utan skiljer sig tydligt från utbudet av grossistförpackningar ämnade för specialiserade företag.

18 Förpackningen i fråga utmärker sig för det första genom sin form, som hos målgruppen väcker associationer till ett fartygsskrov, vars typiska struktur den uppvisar (plan botten, slät översida, två sidpartier). Detta intryck förstärks av sidpartiernas räfflade eller vågiga struktur, som påminner om en båts stomme. Det sammantagna intrycket av förpackningens form är jämförbart med formen på ett fartygsskrov.

19 Det är inte den detaljerade beskrivningen av formen i fråga som ger den dess särskilda karaktär, där formen enligt överklagandenämnden endast visar sig för "en betraktare som älskar detaljer och är begåvad med en livlig fantasi". En detaljerad analys av formen i fråga är följaktligen inte nödvändig för att lägga märke till dess särskiljningsförmåga.

20 Sökanden har erinrat om att ett varumärkes särskiljningsförmåga beror på vilka varor som registreringen avser och följaktligen på den avsedda målgruppen. Överklagandenämnden har dock felaktigt ansett att förpackningen i fråga riktar sig direkt till den breda massan av konsumenter. Sökandebolaget har uppgett att det driver ett företag för förpackning av ostprodukter och att det, när det handlar om förpackningar som säljs till slutkonsument, använder gängse förpackningar såsom sådana som normalt innehåller charkprodukter eller skivad ost. Förpackningen i fråga rymmer dock minst. 500 gram av varan och är endast ämnad för näringsidkare och inte slutkonsumenter. Den säljs således inte i detaljhandeln utan distribueras till näringsidkare, antingen direkt av tillverkaren eller grossisten eller via butiker som är förbehållna dessa näringsidkare.

21 Det är således inte genomsnittskonsumenten som är den relevanta målgruppen. Det är specialister inom matlagning, som genom sitt yrkeskunnande är bättre informerade, mer uppmärksamma och mer upplysta, som utgör målgruppen. Dessa personer är vana att upptäcka de små skillnader som skiljer en förpackning från en annan. Förekomsten av endast en svag särskiljningsförmåga bör därför räcka för att det sökta varumärket skall registreras.

22 Förpackningen i fråga används uteslutande för skivad ost i grossistförpackning som inte är ämnad för och inte säljs till slutkonsumenten. Den varusektor som skyddet söks för har således preciserats. Sökanden har i detta avseende hävdat att det inte hade varit möjligt för denne att göra denna begränsning av den berörda varusektorn tidigare, då relevansen av den saken stod klar först vid läsningen av skälen för överklagandenämndens beslut.

23 Harmoniseringsbyrån har i huvudsak svarat följande. Även om förstainstansrätten finner att sökanden inte ändrat föremålet för tvisten genom att begränsa den berörda varusektorn till att avse grossistförsäljning, framgår någon sådan begränsning inte av den förteckning över varor som bilades registreringsansökan. Överklagandenämnden har följaktligen, helt riktigt, funnit det lämpligt att beakta den genomsnittlige slutkonsumenten vid bedömningen av om det sökta varumärket hade särskiljningsförmåga.

24 Den precisering av berörd varusektor som sökanden framfört är i alla händelser utan betydelse för bedömningen av om det sökta varumärket har särskiljningsförmåga. Sökanden har inte visat att näringsidkare skulle uppfatta det nämnda varumärkets särskiljningsförmåga annorlunda än slutkonsumenter.

Förstainstansrättens bedömning

Upptagande till sakprövning

25 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att såväl ogiltigförklaring som ändring av ett beslut fattat av överklagandenämnden enligt artikel 63.2 och 63.3 i förordning

nr 40/94 förutsätter att detta är rättsstridigt i formellt eller materiellt hänseende (förstainstansrättens dom av den 12 december 2002 i mål T-247/01, eCopy mot harmoniseringsbyrån (ECOPY), REG 2002, s. II-5301, punkt 46).

26 Enligt artikel 135.4 i förstainstansrättens rättegångsregler kan för övrigt inte parternas inlagor ändra föremålet för tvisten i överklagandenämnden.

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

28 Såsom framgår av rättspraxis skall ett varumärkes särskiljningsförmåga bedömas dels i förhållande till de varor och tjänster som ansökan om varumärkesregistrering avser, dels i förhållande till hur varumärket uppfattas av målgruppen, vilken består av konsumenterna av dessa varor eller tjänster (se, vad gäller tolkningen av artikel 3.1 b 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 8 april 2003 i de förenade målen C-53/01–C-55/01, Linde m.fl., REG 2003, s. I-3161, punkt 41, och, vad gäller tillämpningen av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, förstainstansrättens dom av den 7 februari 2002 i mål T-88/00, Mag Instrument mot harmoniseringsbyrån (ficklampors form), REG 2002, s. II-467, punkt 30).

29 Genom artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 åläggs granskaren, och i förekommande fall överklagandenämnden, att — inom ramen för en bedömning a priori och utan hänsyn till kännetecknets faktiska användning i den mening som avses i artikel 7.3 i förordning nr 40/94 — undersöka om det är uteslutet att kännetecknet i fråga skulle

kunna medföra att målgruppen kan särskilja dessa varor och tjänster från någon annans när målgruppen gör sitt val i handeln (förstainstansrättens dom av den 5 april 2001 i mål T-87/00, Bank für Arbeit und Wirtschaft mot harmoniseringsbyrån (EASYBANK), REG 2001, s. II-1259, punkt 40).

30 I detta fall motsätter sig sökanden harmoniseringsbyråns definition av målgruppen. Granskaren vid harmoniseringsbyrån liksom därefter överklagandenämnden har vid bedömningen av varumärkets särskiljningsförmåga funnit att den aktuella målgruppen var genomsnittskonsumenten, med tanke på att ost är en produkt som konsumeras i betydande omfattning. Sökanden har tvärtom hävdat att målgruppen i det aktuella målet är en specialiserad kundkrets, eftersom produkten i fråga uteslutande säljs i grossistpartier till näringsidkare inom livsmedelsbranschen.

31 Harmoniseringsbyrån anser i detta sammanhang att sökanden ändrar föremålet för tvisten, varför sökandens yrkande om ändring av det omtvistade beslutet med hänsyn till artikel 135.4 i rättegångsreglerna inte kan prövas.

32 Förstainstansrätten konstaterar att föremålet för tvisten inför överklagandenämnden uppstod genom sökandens ansökan om registrering som varumärke av sitt kännetecken för varor tillhörande klast. 29 i Niceöverenskommelsen.

33 Genom att inför förstainstansrätten hävda att det sökta varumärket har särskiljningsförmåga för en specialiserad målgrupp har sökanden följaktligen inte ändrat föremålet för den tvist som uppstod vid harmoniseringsbyrån.

34 Såsom har erinrats om i punkt 29 ovan skall harmoniseringsbyrån, vid bedömningen av om ett kännetecken som begärs registrerat som varumärke har särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, fastställa vilken målgruppen är.

35 Genom att invända mot den definition av målgruppen som överklagandenämnden gjort vid sin bedömning av det sökta varumärkets särskiljningsförmåga, begär sökanden sålunda inte att förstainstansrätten skall avgöra några andra frågor än dem som tagits upp inför överklagandenämnden.

36 Denna invändning mot överklagandenämndens definition av målgruppen är inte heller att betrakta som ett yrkande om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet, som endast omfattar vissa av de varor som avses i ansökan om registrering av förpackningen i fråga, i motsats till vad som var fallet i det ovannämnda målet "äggformad tablett" (punkterna 16 och 17).

37 Invändningen kan inte heller betraktas som en begränsning av förteckningen över de varor som omfattas av den aktuella ansökan om gemenskapsvarumärke i den mening som avses i artikel 44.1 i förordning nr 40/94. Sökandens ansökan avser fortfarande registrering av varumärket i fråga för de varor som ingår i klast. 29 i Niceöverenskommelsen, vilket sökanden för övrigt bekräftat vid förhandlingen.

38 Härav följer att harmoniseringsbyråns invändning om rättegångshinder skall ogillas.

Prövning i sak

39 Vad gäller frågan huruvida det finns fog för sökandens kritik mot överklagandenämndens definition av målgruppen vid bedömningen av särskiljningsförmågan hos det kännetecken som registreringsansökan avser, skall det bedömas huruvida nämnden i fråga gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning då den fann att genomsnittskonsumenten utgjorde den relevanta målgruppen.

40 Det skall därvid sägas att den vara som inryms i den förpackning som ansökan om varumärkesregistrering avser, det vill säga skivad ost, är en vara som konsumeras allmänt. De avsedda brukarna av denna vara, liksom av andra varor som ingår i klas. 29 i Niceöverenskommelsen, är således a priori samtliga konsumenter.

41 I detta sammanhang skall konstateras att sökanden inte vid något tillfälle under det administrativa förfarandet vid harmoniseringsbyrån åberopade att den skivade osten i de förpackningar som registreringsansökan avsåg uteslutande var avsedd för grossistförsäljning till näringsidkare inom livsmedelsbranschen. Granskaren vid harmoniseringsbyrån hade för övrigt redan, i sitt beslut av den 11 februari 2003, bedömt särskiljningsförmågan hos den aktuella förpackningen utifrån de förväntningar som en genomsnittskonsument kunde tänkas ha, utan att sökanden hade invänt mot detta inom ramen för sitt överklagande inför överklagandenämnden.

42 Enligt artikel 74.2 i förordning nr 40/94 behöver harmoniseringsbyrån inte beakta omständigheter eller bevis som en part inte åberopat eller ingivit i rätt tid, varför överklagandenämnden haft skäl att, på grundval av den information som framförts av sökanden, anse att det var genomsnittskonsumenten som var målgruppen.

43 Överklagandenämnden kunde således på goda grunder bedöma särskiljningsförmågan hos förpackningen i fråga utifrån de förväntningar som en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument kan tänkas ha. Sökanden har emellertid inte påstått att det varumärke som registreringsansökan avser har särskiljningsförmåga med hänsyn till vad en genomsnittskonsument kan förvänta sig.

44 Härav följer att det omtvistade beslutet inte är rättsstridigt och att det inte kan ogiltigförklaras eller ändras med stöd av artikel 63.2 och 63.3 i förordning nr 40/94. Det saknas härvid anledning att uttala sig om huruvida de förklaringar som sökanden lämnat till sina yrkanden (se punkt 11 ovan) kan beaktas.

Rättegångskostnader

45 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

46 Harmoniseringsbyrån har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, skall harmoniseringsbyråns yrkande bifallas.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

följande dom:

1) Talan ogillas.

2) Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.

Lindh García-Valdecasas Šváby

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 23 november 2004.

H. Jung

Justitiesekreterare

P. Lindh

Ordförande