

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PHILIPPE LÉGER
föredraget den 19 maj 2004¹

1. Förevarande överklagande avser en ansökan om registrering av en färg i sig som gemenskapsvarumärke. Talan har väckts av bolaget KWS Saat AG² mot Europeiska gemenskapernas förstainstansrätts dom av den 9 oktober 2002, KWS Saat mot harmoniseringsbyrån (Nyans av färgen orange)³. Genom denna dom ogillade förstainstansrätten delvis den talan som KWS hade väckt mot andra överklagandenämndens (Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån)⁴ beslut av den 19 april 2000 (ärende R 282/1999-2), genom vilket KWS ansökan om registrering av färgen orange i sig som gemenskapsvarumärke för varor och tjänster, huvudsakligen med koppling till utsäde som används inom jordbruket, avslogs⁵.

2. Domstolen kommer således att på nytt pröva frågan om registrering av en färg i sig som varumärke, i vilken domstolen redan har uttalat sig, före den överklagade domen,

inom ramen för rådets första direktiv 89/104/EEG⁶, i dom av den 6 maj 2003 i målet Libertel⁷, och inför vilken domstolen även står i målet Heidelberg Bauchemie⁸.

I — Tillämpliga bestämmelser

3. De materiella och processuella bestämmelser om registrering av ett gemenskapsvarumärke, som är relevanta i förevarande mål, finns i rådets förordning (EG) nr 40/94⁹.

4. I artikel 4 i förordningen anges de kännetecken som kan utgöra ett gemenskapsvarumärke. Enligt denna artikel avses "alla kännetecken som kan återges grafiskt, särskilt ord, inbegripet personnamn, figurer,

1 — Originalspråk: franska.

2 — Nedan kallat KWS.

3 — Dom av den 9 oktober 2002 i mål T-173/00, KWS Saat mot harmoniseringsbyrån (REG 2002, s. II-3843) (nedan kallad den överklagade domen).

4 — Nedan kallad harmoniseringsbyrån.

5 — Nedan kallat det ifrågasatta beslutet.

6 — Direktiv av den 21 december 1988 om tillnärningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT L 40, 1989, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178) (nedan kallat direktivet).

7 — Dom av den 6 maj 2003 i mål C-104/01, Libertel (REG 2003, s. I-3793).

8 — Pågående mål vid domstolen, C-49/02, Heidelberg Bauchemie.

9 — 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) (nedan kallad förordningen).

bokstäver, siffror, formen på en vara eller dess utstyrsel, förutsatt att kännetecknet i fråga kan särskilja ett företags varor eller tjänster från andra företags”.

5. Artikel 7.1 och 7.3 i förordningen gäller absoluta registreringshinder. I artikeln föreskrivs följande:

”1. Följande får inte registreras:

...

b) Varumärken som saknar särskiljningsförmåga;

...

3. Punkterna 1 b, c och d skall inte tillämpas om varumärket till följd av dess användning har uppnått en särskiljningsförmåga i fråga om de varor eller tjänster för vilka det ansöks om registrering.”

6. Artiklarna 73 och 74 i förordning nr 40/94 tillhör avdelning IX om förfarandebestämmelser. I artikel 73, som avser beslutets grunder, föreskrivs att ”[b]yråns beslut skall innehålla beslutets grunder” och att ”[b]eslut ... endast [får] grunda sig på omständigheter som parterna har haft tillfälle att yttra sig över”.

7. I artikel 74.1 i förordningen anges att ”[v]id förfarande inför byrån skall denna utan särskilt yrkande pröva sakförhållandena; dock skall i ärenden om relativa registreringshinder prövningen vara begränsad till vad parterna åberopat och yrkat”.

II — Bakgrund och förfarandet

8. Den 17 mars 1998 ansökte KWS hos harmoniseringsbyrån om registrering av färgen orange i sig som gemenskapsvarumärke. Denna ansökan innehöll en rektangulär orangefärgad yta i det utrymme i formuläret som är avsett för återgivning av varumärket och benämningen Orange (HKS7) i utrymmet avsett för beskrivning av detta.

9. Registreringsansökan i fråga avsåg varor och tjänster tillhörande klasserna 7, 11 och 31 respektive klas. 42 i Niceöverenskommelsen¹⁰. De var beskrivna på följande sätt:

— "Behandlingsanläggningar för rensning, betning, pelletering, sortering, behandling med bekämpningsmedel, kvalitetskontroll och sållning av utsäde" (klas. 7).

— "Behandlingsanläggningar för torkning av utsäde" (klas. 11).

— "Jordbruks-, trädgårds- och skogsprodukter" (tillhörande klas. 31).

— "Teknisk rådgivning och professionell affärsrådgivning på områdena odling och växter, särskilt inom grenen utsäde" (klas. 42).

¹⁰ — Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster för varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, i reviderad och ändrad upplaga.

10. Genom beslut av den 25 mars 1999 avtog harmoniseringsbyråns granskare KWS ansökan med motiveringen att färgen orange i sig saknade särskiljningsförmåga för de avsedda varorna och tjänsterna, i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordningen.

11. Den andra överklagandenämnden avtog, genom det ifrågasatta beslutet av den 19 april 2000, KWS bestridande och bekräftade att registreringsansökan stred mot regeln om absoluta registreringshinder i artikel 7.1 b i förordningen.

12. KWS väckte talan om ogiltigförklaring av detta beslut genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 28 juni 2000.

III — Den överklagade domen

13. KWS åberopade två grunder till stöd för sin talan, nämligen dels att artikel 7.1 b i förordningen hade överträtts, dels att artiklarna 73 och 74 i denna förordning hade överträtts.

A — *Den första grunden: Överträdelse av artikel 7.1 b i förordningen*

14. KWS gjorde gällande att tillverkarna av utsäde färgar sina varor för att särskilja dem från konkurrenternas, att de färger som vanligtvis används är olika nyanser av färgerna blått, gult eller rött, och inte orange, och att den orange nyans för vilken KWS ansökt om registrering därför omedelbart kommer att uppfattas som en ursprungsbeteckning. Till skillnad från vad överklagandenämnden framhållit, är det inte nödvändigt att denna färg förblir tillgänglig för konkurrenterna, eftersom den är ovanlig i den berörda branschen. Vad gäller behandlingsanläggningarna för utsäde uppgav KWS att den färg som vanligtvis används är rött och att dessa anläggningar skiljer sig från jordbruksmaskiner i allmänhet¹¹.

15. Förstainstansrätten anförde i bedömningen att "färgerna eller färgkombinationerna i sig kan utgöra gemenskapsvarumärken om de kan särskilja ett företags varor och tjänster från andra företags"¹².

16. Förstainstansrätten anförde att den omständigheten att ett kännetecken allmänt sett är ägnat att utgöra ett varumärke emellertid inte medför att kännetecken av detta slag nödvändigtvis har särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordningen och att särskiljningsförmågan endast kan bedömas i förhållande till de varor eller tjänster som registreringsansökan avser och i förhållande till hur den relevanta målgruppen uppfattar kännetecknet¹³.

17. Förstainstansrätten anförde vidare att även om det i artikel 7.1 b i förordningen inte görs någon åtskillnad mellan kännetecken av skilda slag, är "den relevanta målgruppens uppfattning inte nödvändigtvis densamma när ett kännetecken utgörs av en färg eller en färgkombination som sådan som när ett ord- eller figurmärke består av ett kännetecken som är oberoende av det slags vara som det avser. I själva verket är det så att om allmänheten vanligtvis uppfattar ord- eller figurmärken som kännetecken som anger en varas kommersiella ursprung behöver det inte nödvändigtvis vara på det viset när ett kännetecken sammanfaller med varans utseende eller när kännetecknet endast består av en eller flera färger för att ange tjänster"¹⁴.

11 — Den överklagade domen, punkterna 16–19.

12 — *Ibidem*, punkt 25.

13 — *Ibidem*, punkterna 26 och 27.

14 — *Ibidem*, punkt 29.

18. Rätten preciserade att den relevanta målgruppen i förevarande fall utgörs av en specifik grupp av människor som besitter större kunskap och är mer uppmärksamma än människor i allmänhet, utan att för den skull vara specialister på varje individuell vara¹⁵.

19. När det gäller jordbruks-, trädgårds- och skogsprodukter i klas. 31, av vilka sådana som avser utsäde särskilt framhölls av sökanden, anförde förstainstansrätten att den relevanta målgruppen kan uppfatta varornas färgnyans, eftersom den skiljer sig från dessa varors naturliga färg, som en ursprungsbeteckning. Detta gäller i ännu högre grad med tanke på att varornas storlek inte tillåter att ett ord- eller figurmärke anbringas på dem och då utsädet skall sås, eftersom målgruppen inte har anledning att tro att färgnyansen har en dekorativ funktion¹⁶.

20. Förstainstansrätten anförde vidare följande:

"33 Som harmoniseringsbyrån har konstaterat i punkt 18 i det ifrågasatta beslutet är det emellertid inte ovanligt att färger används för detta slag av varor, både den aktuella nyansen av färgen orange och andra närliggande nyanser. Följaktligen gör det aktuella kännetecknet inte det

möjligt för den relevanta målgruppen att omedelbart och på ett säkert sätt särskilja sökandens varor från andra företags varor som har färglagts med andra nyanser av färgen orange.

34. Även om man antar att denna färg inte är allmänt förekommande för vissa typer av utsäde, exempelvis majs eller betor som sökanden hänvisade till under förhandlingen, skall det för övrigt beaktas att vissa företag använder även andra färger för att ange att utsädet har behandlats.

35. I detta avseende skall det erinras om att den relevanta målgruppen besitter en viss grad av specifik kunskap, såsom påpekats i punkt 31 ovan, som åtminstone är tillräcklig för att målgruppen inte skall vara ovetande om att utsädets färg bland annat kan ange att utsädet har behandlats. Som harmoniseringsbyrån har uppgivit kommer således inte den relevanta målgruppen att uppfatta den aktuella färgen som angivelse av det aktuella utsädets kommersiella ursprung.

36. Denna slutsats vederläggs inte av sökandens argument att den aktuella färgen på dennes varor inte har någon teknisk funktion i samband med tillverkningen av utsädet.

15 — Ibidem, punkt 31.

16 — Ibidem, punkt 32.

37. Med beaktande av hur färger allmänt sett används i tekniskt hänseende inom den aktuella sektorn kan den relevanta målgruppen nämligen inte omedelbart bortse från möjligheten att färgen orange anger, eller kan ange, att utsädet har behandlats. Om det inte tidigare har uppgivits kan den relevanta målgruppen följaktligen inte dra slutsatsen att den aktuella färgen orange anger utsädets kommersiella ursprung.
38. För övrigt begränsas inte varumärkesansökan till utsäde för sockerbetor och majs och skall följaktligen bedömas i förhållande till utsäde i allmänhet, en kategori som i varumärkesansökan nämns som exempel på berörda jordbruksprodukter, och inte i förhållande till utsäde av ett specifikt slag som uttryckligen har angivits.”
21. När det gäller behandlingsanläggningarna i klasserna 7 och 11, ansåg förstainstansrätten att dessa varor hör till den allmänna kategorin jordbruksmaskiner, att sökanden inte hade framfört några omständigheter som medförde att dessa anläggningar skulle utgöra en särskild kategori varor för vilka vissa färger inte vanligtvis används och att den relevanta målgruppen utgörs av den genomsnittlige konsumenten av samtliga jordbruksmaskiner¹⁷.
22. Av det ovan anförda drog förstainstansrätten följande slutsats:
- ”40 Mot bakgrund av detta har överklagandenämnden i punkt 21 i det ifrågasatta beslutet helt korrekt konstaterat att det inte är ovanligt med maskiner som har denna färg eller en liknande färgskiftning. Det skall konstateras att eftersom färgen orange följaktligen är vanligt förekommande kan den relevanta målgruppen inte omedelbart och på ett säkert sätt särskilja sökandens anläggningar från maskiner som har en liknande orange färg och ett annat kommersiellt ursprung. Följaktligen uppfattar den relevanta målgruppen snarare den aktuella färgen som enbart ett inslag i den aktuella varans utseende.”
23. När det gäller tjänster påpekade förstainstansrätten för det första att en färg inte kan tillämpas på själva tjänsten, som av naturliga skäl saknar färg, och inte heller ger tjänsten något substantiellt värde. Den relevanta målgruppen kan därför skilja mellan användandet av en färg som ett enkelt dekorativt inslag och användandet av den som en angivelse av tjänstens kommersiella ursprung¹⁸. Förstainstansrätten konstaterade för det andra att i den mån det inte har visats att färgen fyller andra funktioner kan den på ett enkelt och direkt sätt ihågkommas av den berörda målgruppen som ett särskiljande kännetecken för de aktuella tjänsterna. Förstainstansrätten ansåg

17 — Ibidem, punkt 39.

18 — Ibidem, punkt 42.

slutligen att då den färg som ansökan avser är en specifik nyans finns det många färger kvar för identiska eller liknande tjänster. Förstainstansrätten drog slutsatsen att den ifrågavarande färgen gör det möjligt för den berörda målgruppen att särskilja de aktuella tjänsterna från tjänster med ett annat kommersiellt ursprung¹⁹.

24. Vad avser grunden om en överträdelse av artikel 7.1 b i förordningen, beslutade förstainstansrätten att bifalla den del av talan som avsåg tjänster och att ogilla den del som avsåg samtliga varor.

B — Den andra grunden: Överträdelse av artiklarna 73 och 74 i förordningen

25. Förstainstansrätten återgav sökandens argument på följande sätt:

"48 Sökanden har understrukit att det i artikel 73 ... i förordning nr 40/94 föreskrivs att harmoniseringsbyrån är skyldig att redovisa grunderna för sina beslut. Denna motiveringskyldighet syftar till att tvinga administrationen att basera sina beslut på en noggrann utredning av sakomständigheterna.

49 Sökanden har gjort gällande att den inte har erhållit de handlingar som harmoniseringsbyrån har baserat sitt beslut på, och detta har gjort det omöjligt att kontrollera relevansen av byråns efterforskningar, inklusive att förstå argumenteringen och grunderna samt att eventuellt kunna bestrida de slutsatser som dragits därav. På grund av detta har sökanden gjort gällande att dennes rätt att yttra sig och möjligheten att begränsa förteckningen över varor och tjänster i ansökan har åsidosatts.

50 I enlighet med artikel 74.1 i förordning nr 40/94 skall enligt sökanden dessutom varje beslut grundas på konkreta sakförhållanden. I förevarande mål innebär inte förekomsten av beslut som liknar det ifrågasatta beslutet att motiveringskyldigheten bortfaller i detta fall."

26. I sin bedömning påpekade förstainstansrätten inledningsvis att skyldigheten för harmoniseringsbyrån att motivera sina beslut föreskrivs i artikel 73 första meningen i förordningen och att denna motivering skall göra det möjligt att i förekommande fall få kännedom om skälen för avslaget på registreringsansökan och på ett ändamålsenligt sätt ifrågasätta det omtvistade beslutet²⁰. Förstainstansrätten ansåg att det ifrågasatta beslutet innehöll de uppgifter som var nödvändiga för att sökanden skulle förstå beslutet och kunna bestrida dess laglighet²¹.

19 — Ibidem, punkt 46.

20 — Ibidem, punkterna 54 och 55.

21 — Ibidem, punkt 56.

27. Förstainstansrätten påpekade vidare att harmoniseringsbyråns beslut enligt artikel 73 i förordningen inte kan baseras på andra grunder än sådana som parterna har haft tillfälle att yttra sig över. Förstainstansrätten ansåg emellertid inte att de handlingar som sökanden inte hade tagit del av var nödvändiga för att denne skulle förstå det ifrågasatta beslutet och eventuellt utöva sin rätt att begränsa förteckningen över berörda varor och tjänster. Förstainstansrätten konstaterade att det av motiveringen till sökandens talan inför överklagandenämnden framgick att den i sak kände till de argument och de omständigheter som skulle undersökas av nämnden för att vederlägga eller bekräfta granskarens beslut och att sökanden alltså haft möjlighet att yttra sig i denna sak. Förstainstansrätten drog av det ovan anförda slutsatsen att överklagandenämnden inte hade överträtt artikel 73 i förordningen²².

28. Slutligen, när det gäller harmoniseringsbyråns skyldighet att i enlighet med artikel 74.1 i förordningen pröva sakförhållandena ex officio, konstaterade förstainstansrätten att överklagandenämnden faktiskt hade prövat och använt en del av de relevanta sakomständigheterna för att bedöma kännetecknets särskiljningsförmåga med avseende på de olika varor och tjänster som varumärkesansökan avsåg²³.

29. Förstainstansrätten ogiltigförklarade det ifrågasatta beslutet beträffande tjänsterna i klas. 42 och ogillade talan i övrigt.

22 — Ibidem, punkterna 58 och 59.

23 — Ibidem, punkt 60.

IV — Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

30. KWS har, genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 11 december 2002, överklagat den ifrågasatta domen. Harmoniseringsbyrån ingav sin svarsinlaga den 3 mars 2003. Replik och duplik ansågs, i enlighet med artikel 117 i domstolens rättegångsregler, inte erforderliga. Parterna hördes emellertid muntligen vid förhandlingen den 4 mars 2004. Under denna förhandling gavs parterna tillfälle att ta ställning till de konsekvenser som domen i det ovannämnda målet Libertel får inom ramen för förevarande överklagande.

31. KWS har yrkat att domstolen skall

— upphäva den överklagade domen i den del som talan ogillas,

— ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet i den mån det inte redan ogiltigförklarats genom den överklagade domen; och

— förplikta motparten att ersätta rättegångskostnaderna.

A — *Åsidosättande av motiveringsskyldigheten*

32. Harmoniseringsbyrån, som i sin svarsinlaga²⁴ påpekade att förstainstansrätten borde ha ogillat talan även i den del som gällde tjänster, har inte ingett något anslutningsöverklagande. Harmoniseringsbyrån har yrkat att domstolen skall

— ogilla överklagandet, och

— förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

V — Överklagandet

33. KWS har till stöd för överklagandet åberopat flera grunder. För det första har KWS gjort gällande att motiveringsskyldigheten åsidosattes, för det andra att rätten att yttra sig åsidosattes, för det tredje att förordningens artikel 74, som avser prövning av sakförhållandena på eget initiativ, överträdde och för det fjärde att artikel 7.1 b i förordningen överträdde. Grunderna skall bedömas i den ordning som angivits ovan.

1. Parternas argument

34. Inom ramen för denna grund har KWS till att börja med anfört att förstainstansrätten åsidosatte bestämmelserna i artikel 73 första meningen i förordningen, enligt vilken harmoniseringsbyråns beslut skall innehålla beslutets grunder. KWS har gjort gällande att harmoniseringsbyrån, till följd av denna skyldighet, inte kan begränsa sig till att rent formellt ange grunderna, utan att den skall analysera alla relevanta omständigheter. Förstainstansrätten underskattade därmed omfattningen av en sådan skyldighet. Enligt KWS satte det ifrågasatta beslutet den grundläggande immaterialrätten på spel, varmed KWS hade extra intresse av att grunderna för nämnda beslut var begripliga. Beslutets sammanhang erbjöd inte heller någon förklaring. När det gäller utsädet, har KWS anfört att harmoniseringsbyrån endast grundade beslutet på ett utdrag från en hemsida tillhörande en tillverkare av färg för utsäde. Detta räcker inte för beslut om att färgen saknade särskiljningsförmåga. Harmoniseringsbyrån tog inte heller hänsyn till de delar av denna hemsida som var till registreringens fördel. Även när det gäller färgen på maskiner stod harmoniseringsbyrån fast vid sin tidigare bedömning, utan att beakta de faktiska omständigheterna.

35. Vidare har KWS anfört att även förstainstansrätten åsidosatte motiveringsskyldighe-

²⁴ — Punkt 9.

ten. KWS förebrår förstainstansrätten för att inte ha motiverat sitt påstående, i punkt 56 i den överklagade domen, enligt vilket det ifrågasatta beslutet möjliggjorde för sökanden att få kännedom om skälen för avslaget på registreringsansökan.

vilken det föreskrivs att domar skall ange skälen för domsluten och vilken tillämpas på förstainstansrättens domar med stöd av artikel 53 i denna stadga.

36. Harmoniseringsbyrån har i huvudsak gjort gällande att dessa invändningar, liksom samtliga av de andra grunderna som gäller förfarandet, inte kan tas upp till sakprövning eftersom de endast syftar till att domstolen på nytt skall pröva den talan som väcktes vid förstainstansrätten. I andra hand har harmoniseringsbyrån anfört att invändningarna saknar grund eftersom den överklagade domen är tillräckligt motiverad och förstainstansrätten med rätta bedömde att det ifrågasatta beslutet innehöll de väsentliga överväganden som låg till grund för beslutet.

38. Inom ramen för denna grund har KWS invänt att förstainstansrätten inte motiverade sitt påstående i punkt 56 i den överklagade domen, enligt vilket "sökanden fått tillgång till de omständigheter som är nödvändiga för att förstå det ifrågasatta beslutet och för att kunna bestrida dess laglighet inför gemenskapsdomstolarna". Denna invändning saknar grund. Vid läsning av den omtvistade punkten framgår nämligen att förstainstansrätten låtit detta påstående föregås av en sammanfattning av innehållet i det ifrågasatta beslutet och förklarat varför den ansåg att dessa uppgifter i det ifrågasatta beslutet var tillräckliga för att sökanden skulle ha kännedom om skälen för avslaget på registreringsansökan för var och en av de i ansökan åsyftade varorna och tjänsterna.

2. Bedömning

37. KWS argumentation i grunden om åsidosättande av motiveringsskyldigheten utgörs egentligen av två skilda grunder. Vad gäller argumentet att förstainstansrätten själv åsidosatte motiveringsskyldigheten i den överklagade domen, har detta samband med det formella kravet på motivering av domen. Kravet grundas inte på artikel 73 första meningen i förordningen, vilket KWS har angett i överklagandet, utan på bestämmelserna i artikel 36 i domstolens stadga, i

39. KWS har vidare, i en andra grund, invänt att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning då den i den överklagade domen bedömde att det ifrågasatta beslutet var tillräckligt motiverat. Det följer av fast rättspraxis att förstainstansrättens uppskattning av motiveringsskyldighetens räckvidd i det ifrågasatta beslutet utgör en

rättsfråga som skall prövas av domstolen i mål om överklagande²⁵. Jag anser emellertid, i likhet med harmoniseringsbyrån, att även denna invändning saknar grund.

ningen av om motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel 253 EG inte skall ske endast utifrån rättsaktens lydelse utan även utifrån sammanhanget och reglerna på det ifrågavarande området²⁶.

40. Det skall erinras om att, enligt artikel 73 första meningen i förordningen, skall "[b]yråns beslut ... innehålla beslutets grunder". I denna artikel utsträcks således den motiveringsskyldighet som föreskrivs i artikel 253 EG för alla gemenskapsrättsliga rättsakter till att gälla harmoniseringsbyrån. Jag ser ingen anledning till att den motiveringsskyldighet som föreskrivs i artikel 73 i förordningen skulle ha en annan räckvidd än den som föreskrivs i artikel 253 EG. Enligt fast rättspraxis skall den motivering som erfordras enligt artikel 253 EG vara anpassad till rättsaktens beskaffenhet. Av motiveringen skall klart och tydligt framgå hur den institution som antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den viktiga åtgärden och den behöriga domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt. Kravet på motivering skall bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, särskilt rättsaktens innehåll, de anförda skälens karaktär och det intresse som de till vilka rättsakten är riktad, eller andra personer som direkt eller personligen berörs av den, kan ha av att få förklaringar. Det krävs inte att alla relevanta faktiska eller rättsliga omständigheter anges i motiveringen, eftersom bedöm-

41. När ett beslut från harmoniseringsbyrån innebär avslag på en registreringsansökan innebär iakttagandet av de ovannämnda villkoren att grunden eller grunderna för avslaget enligt förordningen tydligt skall anges i beslutet. I beslutet skall också anges varför grunden eller grunderna är tillämpliga på var och en av de kategorier av varor och tjänster som ansökan om varumärkesregistrering avser. Frågan huruvida de angivna skälen räcker för att uppfylla motiveringsskyldighetens dubbla syften, det vill säga ge sökanden kännedom om skälen till avslaget och ge domstolen möjlighet att utöva sin prövningsrätt, skall bedömas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet, särskilt mot bakgrund av föregående kommunikation mellan sökanden och harmoniseringsbyrån, det aktuella varumärket och de varor och tjänster som ansökan avser. Det är mot bakgrund av dessa överväganden som frågan huruvida förstainstansrätten i förevarande fall med rätta bedömde att det ifrågassetta beslutet inte åsidosatte motiveringsskyldigheten som föreskrivs i artikel 73 i förordningen skall bedömas.

25 — Dom av den 20 februari 1997 i mål C-166/95 P, kommissionen mot Daffix (REG 1997, s. I-983), punkterna 24 och 33-38, och av den 20 november 1997 i mål C-188/96 P, kommissionen mot V (REG 1997, s. I-6561, punkt 24.

26 — Dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France (REG 1998, s. I-1719), punkt 63, och av den 30 mars 2000 i mål C-265/97 P, VBA mot Florimex m.fl. (REG 2000, s. I-2061), punkt 93.

42. Det framgår av det ifrågavarande beslutet att överklagandenämnden ansåg att registreringsansökan stred mot artikel 7.1 b i förordningen²⁷. Överklagandenämnden förklarade även varför detta absoluta registreringshinder var tillämpligt i förevarande fall. Överklagandenämnden hänvisade i första hand till allmänna överväganden. Å ena sidan har inte en färg i sig särskiljningsförmåga, såvida det inte kan visas att den erhållit en sådan förmåga genom inarbetning, å andra sidan skall färger vara tillgängliga för alla företag. Enligt överklagandenämnden är det således endast under vissa omständigheter som en färg i sig kan anses ha särskiljningsförmåga²⁸.

43. Överklagandenämnden angav vidare varför sådana särskilda omständigheter inte föreligger i det förevarande fallet beträffande de i registreringsansökan avsedda varorna. Den ifrågavarande färgen, vilken till sin natur är en vanligt förekommande "basfärg", såsom den beskrivits i ansökan eller i närliggande nyanser, är inte ovanlig i samband med dessa varor²⁹. Överklagandenämnden preciserade, vad gäller utsäde, att tillverkarna sedan en tid tillbaka färgar denna typ av varor för att visa att de är behandlade. Överklagandenämnden nämnde som exempel ett utdrag ur en text från en hemsida tillhörande en tillverkare av färg för utsäde. Överklagandenämnden påpekade att de färger som används i denna

bransch även omfattar färgen orange och att de relevanta konsumenterna, mot bakgrund av dessa omständigheter, inte skulle uppfatta en sådan färg som en angivelse av varans ursprung utan som ett tecken på att utsädet i fråga hade behandlats³⁰. När det gäller behandlingsanläggningar för utsäde uppgav överklagandenämnden att det, såsom granskaren hade konstaterat, inte är ovanligt att maskiner har denna färg³¹.

44. Överklagandenämnden hävdade slutligen att konkurrenterna har ett intresse av att kunna använda också denna färg, att besluten av de på området behöriga tyska myndigheterna som sökanden hade hänvisat till inte är bindande för harmoniseringsbyrån och att den senare inte har gjort gällande att den ifrågavarande färgen hade uppnått särskiljningsförmåga genom inarbetning³².

45. Mot bakgrund av det ovan anförda, anser jag att motiveringen i det ifrågasatta beslutet var tillräcklig för att sökanden skulle kunna förstå de faktiska och rättsliga skälen till avslaget på ansökan om registrering av färgen orange i sig för var och en av kategorierna av de avsedda varorna och för att förstainstansrätten skulle kunna utöva sin rätt till prövning av lagligheten av detta beslut. Förstainstansrätten gjorde sig därmed

27 — Punkt 25.

28 — Punkt 14.

29 — Punkterna 16 och 17.

30 — Punkterna 18–20.

31 — Punkt 21.

32 — Punkterna 22–24.

inte skyldig till felaktig rättstillämpning då den bedömde att motiveringen i det ifrågasatta beslutet uppfyllde kraven i artikel 73 i förordningen.

vilken den myndighet som fattar det omtvistade beslutet skall ge den berörda parten möjlighet att ta ställning till samtliga omständigheter som kan ha inflytande på innehållet i detta beslut. För att ett åsidosättande av rätten att yttra sig skall anses föreligga krävs endast att ett annorlunda beslut skulle ha varit möjligt om åsidosättandet inte hade ägt rum.

46. Grunderna om åsidosättande av motiveringskyldigheten skall därmed ogillas.

B — *Åsidosättande av rätten att yttra sig*

1. Parternas argument

47. KWS har hävdad att överklagandenämnden i förevarande fall grundade det ifrågasatta beslutet på ett enda dokument, nämligen ett utdrag från en hemsida tillhörande en tillverkare av färgmedel för utsäde, och att detta nämndes för första gången i beslutet. Överklagandenämnden åsidosatte därmed rätten att yttra sig. Förstainstansrätten nämnde emellertid inte detta åsidosättande och tog endast upp frågan huruvida dokumenten var nödvändiga för att förstå det ifrågasatta beslutet. Förstainstansrätten antog även felaktigt att sökanden hade kännedom om innehållet i de dokument som skulle undersökas av överklagandenämnden och att sökanden således haft möjlighet att uttala sig i frågan. Förstainstansrätten åsidosatte därmed regeln enligt

48. KWS har även anfört att om bolaget hade fått ta del av dokumentet i fråga skulle det ha kunnat yttra sig över innehållet. I synnerhet skulle KWS ha kunnat påpeka att det på den aktuella hemsidan förklaras att färgning av utsäde uppfattas som en ursprungsbeteckning.

49. Dessutom underlät förstainstansrätten att ta upp detta argument i den överklagade domen, vilket innebär att även förstainstansrätten åsidosatte rätten att yttra sig. KWS har hävdad att överklagandenämndens och förstainstansrättens åsidosättanden gjorde det omöjligt för KWS att begränsa förteckningen över avsedda varor i registreringsansökan till att gälla endast utsäde och på detta sätt få ansökan godkänd.

50. Harmoniseringsbyrån har svarat att förstainstansrätten inte åsidosatte KWS rätt att yttra sig eftersom denne hade tillfälle att göra gällande samtliga sina argument, bland annat i repliken. Harmoniseringsbyrån har vidare anfört att hänvisningen i det ifrågasatta beslutet till hemsidan tillhörande en till-

verkare av färg för utsäde inte utgör grunden för beslutet utan endast är en omständighet till stöd för denna. Det ifrågasatta beslutet skulle inte heller ha påverkats av att KWS reducerade listan över avsedda varor i registreringsansökan.

2. Bedömning

51. KWS argumentation inom ramen för grunden om åsidosättande av rätten att yttra sig består också av två skilda grunder.

52. Inledningsvis, när det gäller invändningen att förstainstansrätten åsidosatte sökandens rätt att yttra sig, syftar denna till att visa att förstainstansrätten, inom ramen för det rättsliga förfarandet, åsidosatte sökandens rätt till försvar. Denna grund stöder sig inte på artikel 73 andra meningen i förordningen, utan på den grundläggande gemenskapsrättsliga principen om rätten till försvar, enligt vilken varje part i ett förfarande vid förstainstansrätten skall ges möjlighet att yttra sig över alla omständigheter som är relevanta för dess försvar. KWS har, inom ramen för denna grund, anmärkt att förstainstansrätten inte, i den överklagade domen, återgav KWS argumentation beträffande avsaknaden av tidigare kommunikation angående innehållet på hemsidan i fråga.

53. Det bör erinras om att enligt fast rättspraxis innebär rätten att yttra sig i domstol inte att domstolen måste ta ställning till samtliga påståenden som parterna framför³³. Efter att ha hört parterna och prövat bevisningen skall domstolen bifalla eller ogilla yrkandena och motivera sitt avgörande³⁴. Det framgår av den överklagade domen att även om förstainstansrätten inte återgav den aktuella argumentationen i detalj förde den in en sammanfattning av denna i domen³⁵ och gav ett motiverat svar i punkterna 58 och 59. KWS saknar därmed stöd för påståendet att förstainstansrätten åsidosatte KWS rätt att yttra sig i det rättsliga förfarandet.

54. Inom ramen för en andra grund har KWS gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning då den bedömde att överklagandenämnden inte hade åsidosatt KWS rätt att yttra sig. Förstainstansrätten missbedömde räckvidden av den skyldighet som åligger harmoniseringsbyrån enligt artikel 73 andra meningen i förordningen. Det skall erinras

33 — Dom av den 10 december 1998 i mål C-221/97 P, Schröder m.fl. mot kommissionen (REG 1998, s. I-8255), punkt 24.

34 — *Ibidem*.

35 — Det skall erinras om att förstainstansrätten sammanfattade sökandens argumentation på följande sätt: "Sökanden har gjort gällande att den inte har erhållit de handlingar som harmoniseringsbyrån har baserat sitt beslut på och detta har gjort det omöjligt att kontrollera relevansen av byråns efterforskningar, inklusive att förstå argumenteringen och grunderna samt att eventuellt kunna bestrida de slutsatser som dragits därav. På grund av detta har sökanden gjort gällande att dennes rätt att yttra sig och möjligheten att begränsa förteckningen över varor och tjänster i ansökan har åsidosatts" (punkt 49 i den överklagade domen).

om att frågan huruvida förstainstansrätten på ett riktigt sätt tillämpade principen om rätten till försvar och särskilt principen om rätten att yttra sig utgör en rättsfråga som det ankommer på domstolen att pröva³⁶.

som särskilt gäller förfarandet inför överklagandenämnden⁴⁰.

55. Enligt artikel 73 andra meningen i förordningen får harmoniseringsbyråns beslut "endast grunda sig på omständigheter som parterna har haft tillfälle att yttra sig över". I denna artikel föreskrivs därmed, inom ramen för harmoniseringsbyråns förfarande, den grundläggande gemenskapsrättsliga principen enligt vilken rätten till försvar skall iakttas i alla förfaranden, även myndighetsförfaranden³⁷. Det skall påpekas att lagstiftaren har varit noga med att nämna denna princip, inte bara allmänt i artikel 73 i förordningen, utan även i bestämmelserna för varje etapp som skulle kunna leda till ett beslut som strider mot en näringsidkares intresse, såväl i förordningen som i reglerna om genomförandet av denna³⁸. Det hänvisas således till denna princip bland annat i bestämmelserna om prövning av absoluta registreringshinder³⁹ och i bestämmelserna

56. Enligt denna princip kan inte en överklagandenämnd grunda ett beslut om registreringshinder för ett varumärke på faktiska eller rättsliga omständigheter utan att först ge sökanden möjlighet att ta ställning till dessa⁴¹. Jag anser att så är fallet med de faktiska och rättsliga omständigheter som utgör motivering till granskarens beslut, vilket överklagats till överklagandenämnden. KWS har, på granskarens eget initiativ, beretts tillfälle att yttra sig över dessa omständigheter och på nytt bestrida dessa inom ramen för överklagandet till överklagandenämnden. Artikel 73 i förordningen skall inte tolkas som ett tvång för harmoniseringsbyrån att i förväg inhämta sökandens synpunkter på de faktiska och rättsliga omständigheter som denne har framställt i meddelande till granskaren eller i sitt överklagande av dennes beslut⁴². När överklagandenämnden, i enlighet med artikel 74 i förordningen, beslutar att på eget initiativ inhämta faktauppgifter till stöd för ett beslut att avslå en ansökan om registrering av ett varumärke och dessa uppgifter inte före-

36 — Dom av den 21 september 2000 i mål C-462/98 P, *Mediocurso* mot kommissionen (REG 2000, s. I-7183), punkt 35.

37 — Dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80–103/80, *Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen* (REG 1983, s. 1825; svensk specialutgåva, volym 7, s. 133), punkt 9, och av den 24 oktober 1996 i mål C-32/95 P, *kommissionen mot Lisrestal m.fl.* (REG 1996, s. I-5373), punkt 21.

38 — Kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av rådets förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärke (EGT L 303, s. 1).

39 — Artikel 38.3 i förordningen och regel 11 i artikel 1 i förordning nr 2868/95.

40 — Artikel 61.2 i förordningen.

41 — Dom av den 5 juni 2002 i mål T 198/00, *Hershey Foods mot harmoniseringsbyrån (Kiss Device with Plume)* (REG 2002, s. II-2567), punkt 25, och av den 3 december 2003 i mål T-16/02, *Audi mot harmoniseringsbyrån* (REG 2003, s. II-5167), punkterna 71 och 75.

42 — I domen i det ovannämnda målet *Hershey Foods mot harmoniseringsbyrån (Kiss Device with plume)* fastställde förstainstansrätten att överklagandenämnden, inom ramen för ett överklagande av granskarens beslut, kunde hänvisa till alla uppgifter i formuläret för registreringsansökan, utan att i förväg ge sökanden möjlighet att ta ställning till dessa (punkt 20).

kommer vare sig i granskarens beslut eller i sökandens skrivelser, är den däremot skyldig att meddela dessa uppgifter till sökanden så att denne har möjlighet att ta ställning till dessa.

att denne hade kunnat förbereda ett bättre försvar om inte det felaktiga handlandet hade förelagat⁴⁴.

57. I förevarande fall framgår det av handlingarna i målet att överklagandenämnden varken underrättade KWS om resultaten av de efterforskningar som hade gjorts angående användningen av den aktuella färgen i förhållande till de berörda varorna, till vilka det hänvisas i det ifrågasatta beslutet, eller om innehållet på hemsidan tillhörande en tillverkare av färg, från vilken ett utdrag citerats i beslutet. Jag anser emellertid inte att det var åsidosättandet av rätten till försvar som föranledde förstainstansrätten att ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet.

59. Jag anser emellertid inte att dessa villkor är uppfyllda i det förevarande fallet. Inledningsvis, när det gäller överklagandenämndens ovannämnda efterforskningar i samband med det ifrågasatta beslutet, motsäger dessa visserligen sökandens påstående att den ifrågavarande färgen inte används av dennes konkurrenter till färgning av varorna i fråga⁴⁵. Påståendet att färgen orange redan används för de nämnda varorna utgjorde dock inte en nödvändig beståndsdel i motiveringen till avslaget på registreringsansökan. Som nämnts ovan ansåg överklagandenämnden, i enlighet med granskarens beslut, att den ifrågavarande färgen inte hade särskiljningsförmåga beträffande de berörda varorna eftersom en färg i sig i princip saknar denna egenskap och att orange är en mycket vanlig färg. Överklagandenämnden påpekade även att utsäde vanligtvis ges en annan färg än den naturliga, särskilt för att visa att det är behandlat, vilket medför att färgen inte uppfattas som en ursprungsbeteckning och att maskiner i orange eller liknande nyanser inte är ovanliga. Slutligen anförde över-

58. I enlighet med formuleringen i artikel 58 i domstolens stadga kan grunden om felaktig rättstillämpning endast anses giltig om handlandet i fråga har kränkt klagandens intressen. Det fordras således, för att rätten till försvar skall anses åsidosatt, att förfarandet skulle ha kunnat leda till ett annat resultat om inte felet hade begåtts⁴³. Åtminstone ankommer det på klaganden att visa

43 — Dom av den 10 juli 1980 i mål 30/78, Distillers Company mot kommissionen (REG 1980, s. 2229), punkt 26, och av den 2 oktober 2003 i mål C-194/99 P (REG 2003, s. I-10821), punkt 31.

44 — Dom av den 8 juli 1999 i mål C-51/92 P, Hercules Chemicals mot kommissionen (REG 1999, s. I-4235), punkt 81, och av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen (REG 2002, s. I-8375), punkt 318.

45 — Se motiveringen till överklagandet som framställdes av KWS mot granskarens beslut (punkt 8 i det ifrågasatta beslutet).

klagandenämnden att klagandens konkurrenser också kan ha ett intresse av att använda den ifrågavarande färgen.

förändrats om denna ansökan endast hade avsett utsäde. Överklagandenämndens motivering för avslaget gällde nämligen i synnerhet utsäde.

60. Såsom framgått av prövningen av den sista grunden i överklagandet räcker dessa omständigheter för att avslag på registreringsansökan skall vara befogat. Påståendet att färgen orange även används för färgning av utsäde och behandlingsmaskiner för utsäde, bekräftar därmed endast slutsatsen att den ifrågavarande färgen inte skulle uppfattas av den berörda målgruppen såsom en ursprungsbeteckning för KWS varor.

63. Av detta följer att förstainstansrätten inte åsidosatte artikel 73 i förordningen, när den bedömde att sökandens rätt till försvar inte hade åsidosatts under omständigheter som motiverade att det ifrågasatta beslutet ogiltigförklarades dels eftersom KWS redan kände till motiven till avslaget på ansökan, vilka förekom i granskarens beslut eller i överklagandet av detta, dels eftersom den omständigheten att de omtvistade dokumenten inte hade tillhandahållits sökanden tidigare inte skadade försvaret av dennes intressen. Mot bakgrund av dessa omständigheter anser jag att det saknas stöd för grunden om åsidosättande av rätten att yttra sig.

61. Vidare, när det gäller innehållet på den hemsida som nämns i det ifrågasatta beslutet, bekräftar detta endast ett av de argument som KWS åberopat till stöd för överklagandet av granskarens beslut, nämligen att tillverkare av utsäde färgar sina varor⁴⁶.

C — Överträdelse av artikel 74, avseende prövning av sakförhållandena på eget initiativ, i förordningen

62. Under alla omständigheter har KWS inte visat att ett tidigare tillhandahållande av dessa handlingar skulle ha hade kunnat leda till att bolaget begränsade listan över varor i registreringsansökan eller, i synnerhet, visat hur överklagandenämndens beslut skulle ha

64. KWS har hävdat att förstainstansrätten, genom att begränsa sig till att konstatera att överklagandenämnden "faktiskt prövat och använt en del av de relevanta sakomständigheterna", åsidosatte kravet i artikel 74 i förordningen, enligt vilket "byrån skall pröva sakförhållandena utan särskilt yrkande". Enligt klaganden handlar det därmed inte om huruvida sakomständigheterna har prövats, utan huruvida denna prövning varit

⁴⁶ — Ibidem.

fullständig. En sådan prövning skall göra det möjligt för harmoniseringsbyrån att med säkerhet konstatera att registreringshinder enligt artikel 7 i förordningen föreligger, eller inte föreligger, eftersom beslutet att registrera eller inte registrera ett kännetecken som varumärke omfattas av en begränsad behörighet och inte av en befogenhet att företa skönsmässiga bedömningar.

dens och förstainstansrättens bedömning av sakomständigheterna. Det följer emellertid av fast rättspraxis, med stöd av artikel 225 EG och artikel 58 i domstolens stadga, att ett överklagande endast kan avse en prövning av huruvida rättsregler har överträtts, och inte en bedömning av de faktiska omständigheterna⁴⁷.

65. I förevarande fall hänvisas det, trots att "överklagandenämndens efterforskningar" nämns i det ifrågasatta beslutet, endast till en hemsida tillhörande en tillverkare av färg för utsäde, vilket inte kan anses räcka för avslag. Denna hänvisning utgör än mindre ett skäl för avslag då hemsidan i fråga tillhör ett amerikanskt företag och då det inte är fastställt att handelsbruket på den amerikanska marknaden utgör relevant bevisning i förhållande till handelsbruket inom gemenskapen. Slutligen är det, då denna hemsida är författad på engelska, varken givet eller bevisat att den berörda målgruppen inom gemenskapen har kunnat tillgodogöra sig dess innehåll.

66. Jag anser i likhet med harmoniseringsbyrån att denna grund inte kan tas upp till sakprövning. Under sken av en överträdelse av artikel 74 i förordningen och genom att framhålla att en mer djupgående prövning av sakomständigheterna skulle ha lett till att harmoniseringsbyrån hade godkänt registreringsansökan, har klaganden försökt få till stånd en ny prövning av överklagandenäm-

D — Överträdelse av artikel 7.1 b i förordningen

1. Parternas argument

67. KWS har erinrat om att harmoniseringsbyrån och förstainstansrätten enbart grundade avslaget på registreringsansökan på artikel 7.1 b i förordningen, enligt vilken varumärken som saknar särskiljningsförmåga inte får registreras.

68. KWS har anfört att ett kännetecken enligt rättspraxis har särskiljningsförmåga när det kan anses ange varans eller tjänstens ursprung, att det i detta avseende är tillräckligt att kännetecknet besitter en sådan förmåga, att bedömningen skall ske i förhållande till de avsedda varorna och tjänsterna och inte på abstrakta grunder, att hänsyn

⁴⁷ — Se bland annat domen i det ovan, i fotnot 26, nämnda målet VBA mot Florimex m.fl, punkt 138.

skall tas till alla omständigheter i det enskilda fallet och, i synnerhet, till användningen och, avslutningsvis, att hänvisning till de konkret berörda målgrupperna skall ske.

69. KWS har invänt att förstainstansrätten åsidosatte dessa principer dels genom att ställa högre krav på varumärken som utgörs av en färg än på andra varumärken, dels genom att grunda sig på sin egen uppfattning i stället för på den berörda målgruppens och slutligen genom att missta sig beträffande kriteriet särskiljningsförmåga.

70. Förstainstansrätten begick därmed ett misstag då den angav att, då det gäller en färg, är den relevanta målgruppens uppfattning "inte nödvändigtvis densamma ... som när ett ord- eller figurmärke består av ett kännetecken som är oberoende av det slags vara som det avser"⁴⁸. Vidare fann förstainstansrätten felaktigt att den ifrågavarande färgen saknar särskiljningsförmåga beträffande de avsedda varorna, trots att dessa riktas till en kundkrets bestående av specialister. När det gäller jordbruksprodukter, i synnerhet utsäde, är klaganden ensam om att använda den ifrågavarande orange nyansen för färgning av sina varor. Förstainstansrätten uppgav således felaktigt att konkurrenters användning av andra färgnyanser utsluter att den ifrågavarande orange nyansen kan anses utgöra en ursprungsbeteckning. Denna bedömning är extra felaktig då det i

branschen inte förekommer någon enhetlig användning av färger. När det gäller behandlingsanläggningarna för utsäde, rör det sig om speciella maskiner avsedda för industri-företag som är gjorda för att placeras i verkstäder. Förstainstansrätten begick därför ett fel när den bedömde att det är vanligt att färga dessa maskiner och i synnerhet att färga dem orange.

71. Harmoniseringsbyrån har anfört att det saknas stöd för denna grund.

2. Bedömning

72. Domstolen uppgav i det ovannämnda målet Libertel att en färg i sig kan utgöra ett varumärke i den mening som avses i artikel 2 i direktivet när det, såsom i förevarande fall, beskrivits genom en internationellt erkänd färgidentifieringskod⁴⁹. Domstolen preciserade dessutom de kriterier som skall beaktas i varje konkret fall för att avgöra huruvida en färg i sig har särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 3.1 b i direktivet och som därmed kan registreras som varumärke för vissa bestämda varor och tjänster.

48 — Den överklagade domen, punkt 29.

49 — Punkterna 27–42.

73. Eftersom ordalydelsen i artiklarna 2, 3.1 b och 3.3 i direktivet är jämförbar med den i artiklarna 4, 7.1 b och 7.3 i förordningen är domstolens tolkning i det ovannämnda målet *Libertel* tillämplig på förordningen. Det följer av rättspraxis att domstolens tolkning av en rättsregel begränsar sig till att klargöra och precisera verkningarna av bestämmelsen i fråga, såsom den skulle ha tolkats och tillämpats från och med ikraftträdandet⁵⁰. Den retroaktiva verkan av det ovannämnda målet *Libertel* beträffande tolkningen av direktivets bestämmelser skall således tillämpas i tillämpliga delar på motsvarande bestämmelser i förordningen.

74. I mitt förslag till avgörande i de ovannämnda målen *Libertel* och *Heidelberger Bauchemie* förklarade jag varför jag inte anser att en färg i sig uppfyller villkoren i artikel 2 i direktivet för att kunna anses som ett kännetecken som kan utgöra ett varumärke. Denna fråga är dock inte omtvistad i förevarande mål. Jag skall därför inte återge de synpunkter som jag framfört på denna punkt, utan jag kommer att pröva grunden om överträdelse av artikel 7.1 b i förordningen utifrån de villkor som fastställdes av domstolen i det ovannämnda målet *Libertel*.

50 — Se bland annat domen av den 20 september 2001 i mål C-184/99, *Gizelczyk* (REG 2001, s. I-6193), punkt 50.

75. Det skall erinras om att varumärkets grundläggande funktion enligt fast rättspraxis är att för konsumenten eller slutanvändaren av en vara eller tjänst som täcks av varumärket garantera dess ursprungsidentitet, så att denne utan risk för förväxling kan särskilja denna vara eller tjänst från andra med ett annat ursprung⁵¹. Härav följer att harmoniseringsbyrån, då den mottar en ansökan om registrering av ett varumärke, skall kontrollera huruvida kännetecknet i fråga kan upplysa den relevanta målgruppen om att de berörda varorna eller tjänsterna härrör från ett bestämt företag. Därför föreskrivs det i artikel 7.1 b i förordningen att "varumärken som saknar särskiljningsförmåga" inte får registreras. Det är även etablerat att ett varumärkes särskiljningsförmåga skall bedömas dels med hänsyn till de varor eller tjänster som avses med ansökan, dels med hänsyn till den relevanta målgruppens uppfattning av varumärket⁵².

76. I det ovannämnda målet *Libertel* preciserade domstolen att när den relevanta målgruppen utgörs av en normalt informerad samt skäligen upplyst genomsnittskonsument, skall hänsyn tas till den omständigheten att genomsnittskonsumenten sällan har möjlighet att göra en direkt jämförelse mellan de olika varumärkena utan måste förlita sig på en oklar minnesbild. Domstolen

51 — Dom av den 29 september 1998 i mål C-39/97, *Canon* (REG 1998, s. I-5507), punkt 28, av den 4 oktober 2001 i mål C-517/99, *Merz & Krell* (REG 2001, s. I-6959), punkt 22, och av den 12 februari 2004 i mål C-218/01, *Henkel* (REG 2004, s. I-1725), punkt 30.

52 — Se bland annat domarna i de ovannämnda målen *Libertel*, punkt 75, och *Henkel*, punkt 50.

påpekade att målgruppen inte nödvändigtvis uppfattar ett tecken som består av en färg på samma sätt som ett ord- eller figurmärke, som består av ett kännetecken som är oberoende av utformningen av de varor som det avser. Allmänheten är nämligen, enligt domstolen, van vid att omedelbart uppfatta ord- eller figurmärken som utmärkande kännetecken för varans ursprung, vilket inte nödvändigtvis gäller för kännetecken som sammanfaller med utseendet hos den vara som omfattas av varumärkesansökan. Eftersom själva färgen i nuvarande handelsbruk i princip inte används som utmärkande kännetecken, är konsumenterna inte vana vid att grunda antaganden om varors ursprung på varornas eller förpackningarnas färg, utan någon grafisk eller textmässig beståndsdel. Färgen i sig saknar vanligen den inneboende förmågan att särskilja ett visst företags varor⁵³.

77. Med hänsyn till detta och i motsats till vad klaganden har gjort gällande gjorde förstainstansrätten således inte en felaktig tolkning av artikel 7.1 b i förordningen när den framhöll att även om det i denna bestämmelse inte görs någon åtskillnad mellan kännetecken av skilda slag, är den relevanta målgruppens uppfattning inte nödvändigtvis densamma när ett kännetecken utgörs av en färg som sådan som när ett ord-

eller figurmärke består av ett kännetecken som är oberoende av den slags vara som det avser⁵⁴.

78. Det finns inte heller grund för påståendet att förstainstansrätten inte skulle ha bedömt färgens särskiljningsförmåga med hänsyn till den relevanta målgruppen, utan i förhållande till sina egna kriterier.

79. Förstainstansrätten uppgav att den relevanta målgruppen utgörs av en specifik grupp människor som besitter större kunskap och är mer uppmärksamma än människor i allmänhet, utan att för den skull vara vare sig specialister på varje individuell vara eller tjänst eller lekmän⁵⁵. När det gäller jordbruks-, trädgårds- och skogsbruksprodukter i klas. 31, särskilt utsäde, ansåg förstainstansrätten att målgruppen kan uppfatta varornas färg, då denna skiljer sig från varornas naturliga färg, som ett tecken på dess kommersiella ursprung⁵⁶. Förstainstansrätten ansåg emellertid att eftersom användningen av färger, inklusive den aktuella nyansen av orange, inte är ovanlig för detta slags varor, gör inte denna färg det möjligt för den relevanta målgruppen att särskilja sökandens varor från andra företags varor⁵⁷. Förstainstansrätten tillade att då den relevanta målgruppen besitter en viss grad av

54 — Den överklagade domen, punkt 29.

55 — *Ibidem*, punkt 31.

56 — *Ibidem*, punkt 32.

57 — *Ibidem*, punkt 33.

53 — Domen i det ovannämnda målet *Libertel*, punkterna 63–65.

specifik kunskap och inte är ovetande om att utsädets färg bland annat kan ange att utsädet behandlats, kommer inte denna grupp att uppfatta den aktuella färgen som en angivelse av det aktuella utsädets kommersiella ursprung⁵⁸.

den ifrågavarande färgen inte har särskiljningsförmåga för de varor som avses i registreringsansökan.

80. Även beträffande behandlingsanläggningarna i klasserna 7 och 11 konstaterade förstainstansrätten att den relevanta målgruppen utgörs av den genomsnittlige konsumenten av samtliga jordbruksmaskiner. Förstainstansrätten ansåg att då det inte är ovanligt med maskiner som har denna färg eller en liknande färgskiftning, skulle den relevanta målgruppen uppfatta den aktuella färgen enbart som ett inslag i den aktuella varans utseende⁵⁹.

81. Dessa domskäl i den överklagade domen visar således tydligt att det var med hänsyn till den relevanta målgruppens uppfattning, definierad i förhållande till var och en av de varor och tjänster som avses i registreringsansökan, som förstainstansrätten bedömde den ifrågavarande färgens särskiljningsförmåga.

82. Avslutningsvis anser jag att KWS saknar grund för invändningen att förstainstansrätten begick ett fel vid tillämpningen av artikel 7.1 b i förordningen när den bedömde att

83. I det ovannämnda målet Libertel uppgav domstolen att särskiljningsförmåga för en färg i sig före bruk är tänkbar endast i undantagsfall, och särskilt när registrering av ett varumärke söks för ett mycket begränsat antal varor eller tjänster och den relevanta marknaden är mycket särpräglad⁶⁰. Vidare bedömde domstolen att det finns ett allmänt intresse av att inte otillbörligen begränsa tillgången på färger för andra aktörer som utbjuder varor eller tjänster av samma slag som dem som registreringsansökan avser, med tanke på det begränsade antalet tillgängliga färger, vilket medför att möjligheten att registrera en färg minskar ju mer omfattande antalet avsedda varor eller tjänster är⁶¹.

84. I den överklagade domen ansåg förstainstansrätten att den ifrågavarande färgen saknade särskiljningsförmåga för varorna i klas. 31, eftersom dessa är färgade och eftersom, då det rör sig om utsäde, färgen ibland är ett tecken på att de genomgått en behandling. Förstainstansrätten anförde, beträffande behandlingsanläggningarna för

58 — Ibidem, punkt 35.

59 — Ibidem, punkterna 39 och 40.

60 — Punkt 66.

61 — Ibidem, punkterna 54–56.

utsäde i klasserna 7 och 11, att sökanden inte visat att dessa skulle tillhöra en speciell kategori av maskiner som inte färgas och att färgen orange och liknande nyanser ofta används på maskiner i allmänhet.

harmoniseringsbyrån inte har inlämnat något anslutningsöverklagande, och domen kan därför inte prövas av domstolen på denna punkt.

85. I den mån som talan i den överklagade domen ogillades beträffande varorna, saknas det anledning att kritisera förstainstansrätten för att inte, utöver de ovannämnda grunderna, ha prövat de kriterier som domstolen utvecklade i det ovannämnda målet *Libertel* beträffande antalet avsedda produkter, marknadens särpräglighet och nödvändigheten av tillgänglighet av den ifrågasatta färgen för konkurrenterna. Det förefaller sannolikt att ett beaktande av dessa kriterier i förevarande fall endast hade bekräftat beslutet att ogilla KWS talan..

86. Den överklagade domen har däremot brister vad gäller ogiltigförklaringen av det ifrågasatta beslutet i den del som det avser tjänsterna i klas. 42, eftersom förstainstansrätten fastställde att den ifrågasatta färgen inte saknade särskiljningsförmåga beträffande dessa varor, utan att pröva samtliga kriterier, eller tillämpade dessa kriterier i strid med den bedömning som domstolen gjorde i det ovannämnda målet *Libertel*⁶². Jag har emellertid redan konstaterat att

87. Beträffande frågan huruvida förstainstansrätten gjorde en riktig bedömning av omständigheterna i förevarande fall då den uppskattade att den relevanta målgruppen inte kommer att uppfatta den ifrågasatta färgen som en angivelse om utsädet eller maskinernas kommersiella ursprung, aktualiseras rent faktiska bedömningar. Det är fastställt att bedömning av de faktiska omständigheterna inte, med undantag för då förstainstansrätten har missuppfattat bevisningen, utgör en sådan rättsfråga som är underställd domstolens kontroll i ett mål om överklagande⁶³. På området gemenskapsvarumärken tillämpar domstolen denna regel beträffande verbala varumärken, när den ombeds att kontrollera förstainstansrättens bedömning av huruvida varumärket konkret har särskiljningsförmåga med hänsyn till de avsedda varorna och tjänsterna i den mening som avses i artikel 7.1 c i förordningen, eller saknar sådan förmåga enligt artikel 7.1 b i samma bestämmelse.⁶⁴

62 — Förstainstansrätten uppgav i den överklagade domen att "det finns många färger kvar för identiska eller liknande tjänster då den färg som ansökan avser ... utgör en specifik nyans" (punkt 45), medan domstolen i det ovannämnda målet *Libertel* ansåg att "den omständigheten att det antal färger som är faktiskt tillgängliga är begränsat medför att ett litet antal varumärkesregistreringar för särskilda varor och tjänster skulle kunna innebära att hela det tillgängliga färgspektrumet skulle uttömmas" (punkt 54).

63 — Dom av den 21 juni 2001 i de förenade målen C-280/99 P–C-282/99, *Moccia Irme* m.fl. mot kommissionen (REG 2001, s. I-4717), punkt 78, och beslut av den 25 april 2002 i mål C-323/00 P, *DSG* mot kommissionen (REG 2002, s. I-3919), punkt 34.

64 — Dom av den 19 september 2002 i mål C-104/00 P, *DKV* mot harmoniseringsbyrån (REG 2002, s. I-7561), punkt 22, och beslut av den 5 februari 2004 i mål C-326/01 P, *Telefon & Buch* mot harmoniseringsbyrån (REG 2004, s. I-1371), punkt 35.

Jag anser inte att det finns skäl att ändra inställning beträffande kontrollen av förstainstansrättens praktiska bedömning av de kriterier som domstolen fastställt skall beaktas vid varumärkesregistrering av färger i sig. Klaganden har för övrigt inte hävdats att förstainstansrätten skulle ha missuppfattat de omständigheter som den haft att bedöma.

VI — Förslag till avgörande

88. Med hänsyn till det ovan anförda föreslår jag att domstolen ogillar överklagandet och förpliktar KWS Saat AG att ersätta rättegångskostnaderna.