FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 14. juli 2005 [1]

1. Denne appelsag er anlagt til prøvelse af dom afsagt den 28. januar 2004 af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans [2], hvorved Retten stadfæstede afslaget fra Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) på at registrere otte tredimensionale former på stående poser til drikkevarer som angivelse for frugtdrikke og frugtsaft.

I — Forordningen om EF-varemærker

2. Sagen rejser på ny spørgsmålet om tredimensionale tegns evne til at have fornødent særpræg og følgelig spørgsmålet om fortolkningen af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordningen om EF-varemærker [3]. Størstedelen af de anbringender, der er gjort gældende i sagen, vedrører spørgsmål, der allerede udførligt er behandlet i fællesskabsretspraksis, med undtagelse af spørgsmålet om den geografiske og objektive afgrænsning af den sammenhæng, der ligger til grund for efterprøvelsen af, om en angivelse i tre dimensioner er egnet til at opfylde den grundlæggende funktion for denne type industriel ejendomsret.

3. Forordning nr. 40/94 indeholder de bestemmelser, der skal finde anvendelse med henblik på afgørelsen af tvisten.

4. Ifølge artikel 4 kan EF-varemærker bestå af »alle tegn, der kan gengives grafisk, navnlig ord, herunder personnavne, afbildninger, bogstaver, tal, varens form eller emballage, for så vidt disse tegn er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders«.

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Forenede sager T-146/02 — T-153/02, Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, Sml. II, s. 447.

3 — Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20.12.1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 3288/94 af 22.12.1994 om gennemførelse af de aftaler, der er indgået i forbindelse med Uruguay-runden (EFT L 349, s. 83).

5. Artikel 7, stk. 1, der har overskriften »Absolutte hindringer for registrering« bestemmer, at udelukket fra registrering er:

»a) tegn, som ikke opfylder betingelserne i artikel 4

b) varemærker, som mangler fornødent særpræg

c) varemærker, som udelukkende består af tegn eller angivelser, der i omsætningen kan tjene til at betegne varens eller tjenesteydelsens art, beskaffenhed, mængde, anvendelse, værdi, geografiske oprindelse, tidspunktet for varens fremstilling eller for præstationen af tjenesteydelsen eller andre egenskaber ved disse

[...]

e) tegn, som udelukkende består af:

i) en udformning, der følger af varens egen karakter

ii) en udformning af varen, som er nødvendigt for at opnå et teknisk resultat, eller

iii) en udformning, hvorved varen får en væsentlig værdi

[...]«

6. Artikel 7, stk. 3, bestemmer, at stk. 1, litra b), c) og d), ikke finder anvendelse, »hvis mærket som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret«.

II — Baggrunden for appellen

A — *Sagens faktiske omstændigheder*

7. Den 8. juli 1997 indgav Deutsche SiSi-Werke GmbH & Co. Betriebs KG (herefter »SiSi-Werke«) otte EF-varemærkeansøgninger til Harmoniseringskontoret for varer i klasse 1, 3, 5, 6, 16, 20, 29, 30, 32, 33, 39 og 40 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker.

8. Ansøgningerne vedrørte forskellige former for stående poser til drikkevarer, som var kendetegnet ved en buet form med en udvidet bund, og som havde en trekantet eller oval side med — for så vidt angik visse af dem — indsnævringer i kanten.

9. Ved afgørelser af 24. og 27. september 1999 afslog Harmoniseringskontorets undersøger i medfør af artikel 38 i forordning nr. 40/94 de otte ansøgninger som følge af mangel på fornødent særpræg.

10. Den 11. november 1999 påklagede SiSi-Werke i medfør af artikel 59 i nævnte forordning disse afgørelser, idet selskabet begrænsede sin ansøgning til klasse 32 og 33. Ved afgørelser af 28. februar 2002 afslog Andet Appelkammer klagerne med den begrundelse, at forbrugerne ikke i de ansøgte tegn ville opfatte nogen angivelse af deres handelsmæssige oprindelse, men udelukkende ville se dem som et design af en beholder, og appelkammeret tilføjede, at denne type indpakning — i konkurrenternes og emballage- og drikkevarefabrikanternes interesse — ikke skulle være omfattet af en eneret.

11. Efter at have udtømt den administrative klageadgang og før anlæggelsen af en retssag begrænsede appellanten ved skrivelse af 6. maj 2002 sin ansøgning til følgende varer i klasse 32: »frugtdrikke og frugtsaft«.

B — *Den anfægtede afgørelse*

12. Annullationssøgsmålene anlagt til prøvelse af de nævnte afgørelser af 28. februar 2002 blev forenede, hvorefter Retten den 28. januar 2004 frifandt Harmoniseringskontoret ved den nu appellerede dom.

13. I den appellerede dom afgrænsede Retten tvistens genstand i overensstemmelse med begrænsningen af 6. maj 2002 (præmis 11 og 12) og indskrænkede den retlige bedømmelse til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, idet den så bort fra litra c), der ligeledes var påberåbt i stævningerne (præmis 13-15).

14. På baggrund af Rettens dom af 2. juli 2002 i sagen SAT.1 mod KHIM (SAT.2) [4] og af 5. marts 2003 i sagen Unilever mod KHIM [5] anførte Retten i præmis 31, at artikel 7, stk. 1, litra b), finder anvendelse på tegn, der ud fra adressaternes synspunkt er almindeligt anvendt til at udbyde de varer eller tjenesteydelser, som de søger at betegne.

15. Efter i præmis 33 at have henvist til, at et varemærkes fornødne særpræg kun kan bedømmes dels i forhold til de varer eller tjenesteydelser, registreringsansøgningen vedrører, dels i forhold til adressaternes opfattelse heraf, anførte Retten i præmis 36, at registreringsansøgningen i det foreliggende tilfælde vedrørte frugtsaft, og at adressaterne var de endelige forbrugere.

16. Dernæst henviste Retten til de særlige omstændigheder ved kundekredsens opfattelse af et tredimensionalt tegn, der består af selve varens ydre, og den fandt, at gennemsnitsforbrugeren i betragtning af den omstændighed, at emballeringen af en flydende vare er påkrævet for markedsføringen heraf, i første omgang tillægger emballagen en ren indpakningsfunktion. Emballagen kan kun registreres som varemærke, hvis den uden videre kan opfattes som en angivelse af dens handelsmæssige oprindelse (præmis 37 og 38).

17. Under hensyntagen til de kriterier, som Retten havde opstillet tidligere i dommen, fandt Retten, at den efterprøvelse, der var foretaget af Harmoniseringskontoret på en række sider på internettet, beviste, at de omhandlede poser bliver anvendt i hele verden til emballering af drikkevarer, og særligt til frugtsaft, og at de bliver anvendt i Fællesskabet til flydende levnedsmidler. Poserne finder således almindelig anvendelse for denne type varer, og i mangel af tilstrækkeligt usædvanlige kendetegn vil forbrugerne ikke tilskrive dem nogen konkret oprindelse (præmis 40-42).

18. I præmis 44-52 undersøgte Retten de tredimensionale former, der var søgt registreret af SiSi-Werke, i forhold til en stående poses artstypiske udseende og bemærkede, at disse former kun var simple varianter heraf, hvis særegenheder ud fra en samlet vurdering ikke tilførte helhedsindtrykket en tydelig forskel i forhold til en lignende beholders sædvanlige udseende, så meget des mindre som gennemsnitsforbrugeren ville være ude af stand til at huske sammensætningen af de forskellige designelementer, der er nødvendige for at skelne mellem helhedsindtrykkene.

19. Retten forkastede appellantens påstand med et andet argument, der var støttet på den risiko for, at der skulle opstå en eneret, som registreringen af de omhandlede tredimensionale former kunne give anledning til, selv om varemærkeansøgerens konkurrenters interesse i frit at kunne vælge deres egne varers form, ikke kan være en begrundelse for at nægte registrering eller et kriterium for

4 — Sag T-323/00, Sml. II, s. 2839.
5 — Sag T-194/01, Sml. II, s. 383.

at bedømme tegnets fornødne særpræg (præmis 32). Følgelig fandt Retten, at det var med rette, at appelkammeret ved Harmoniseringskontoret havde nævnt denne risiko, og Retten bekræftede, at poserne ikke havde det fornødne særpræg (præmis 54).

III — Retsforhandlingerne ved Domstolen

20. SiSi-Werkes appelskrift blev registreret på Domstolens Justitskontor den 8. april 2004. Harmoniseringskontoret indgav svarskrift den 28. juni 2004, og replikken blev indleveret ved skrivelse af 22. oktober 2004, der ikke blev efterfulgt af den sædvanlige duplik.

21. Retsmødet blev afholdt den 16. juni 2004 under deltagelse af repræsentanter for de to parter.

IV — Vurdering af appelanbringenderne

22. I et skriftligt indlæg, der ikke er tilstrækkeligt struktureret, har appellanten gjort tre klagepunkter gældende vedrørende fortolkningen af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Efter at have opregnet grundene til uenigheden — i alt fem — har appellanten anført en række argumenter i vilkårlig rækkefølge uden at præcisere, hvilken grund argumenterne vedrører, hvilket medfører, at Domstolen skal igennem en kompliceret proces for at nå frem til appellens egentlige indhold.

A — *Referencerammen for bedømmelsen af tegnenes fornødne særpræg (det første anbringendes første led)*

23. Ved afgrænsningen af sektoren for de omhandlede varer, dvs. beholdere, der skal foretages med henblik på at bedømme varemærkernes særpræg, har SiSi-Werke kritiseret Retten for med urette at have valgt de emballageformer, der findes på verdensmarkedet for flydende levnedsmidler generelt set. Ifølge selskabet skulle det geografiske område have været afgrænset til Fællesskabets område, og det materielle område til frugtdrikke- og frugtsaftemballage.

24. Appellanten ønsker reelt oplyst, om der for at bedømme denne type tegns fornødne særpræg alene skal tages hensyn til udseendet af den specifikke indpakning af de varer, tegnene vedrører, eller til udseendet af lignende varer. Den sidstnævnte mulighed er den mest relevante.

25. I overensstemmelse med artikel 4 i forordning nr. 40/94 kan en vares udformning eller profil udgøre et varemærke på betingelse af, at det kan gengives grafisk, og at det opfylder det krav om individualiseringsevne, der er gældende for denne type rettighed [6].

26. Foreligger denne individualiseringsevne ikke, medfører dette i henhold til forordningens artikel 7, stk. 1, litra b), artikel 38, stk. 1, og artikel 51, stk. 1, litra a), at registreringen afslås, eller at en allerede foretaget registrering erklæres ugyldig.

27. »Fornødent særpræg« fremstår derfor som et ubestemt juridisk begreb, der vedrører denne særlige ejendomsrettigheds væsentligste funktion, som består i at garantere oprindelsen af en vare eller tjenesteydelse over for forbrugeren eller den endelige bruger, og at gøre identifikationen heraf lettere ved at udelukke risiko for forveksling med varer eller tjenesteydelser, der har en anden oprindelse. Følgelig betyder et sådant begreb, at varemærket skal være egnet til at opfylde denne funktion ved entydigt at angive den handelsmæssige oprindelse for de varer, der er omfattet af varemærket [7].

28. Konkretiseringen af dette upræcise begreb i en konkret sag kræver en analyse af to elementer, der supplerer hinanden. Der skal dels tages udgangspunkt i de varer eller tjenesteydelser, tegnet søger at betegne, dels opfattelsen heraf hos adressaterne med henvisning til normen for en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger [8].

29. Sådanne kriterier for bedømmelsen varierer ikke [9], men det er utvivlsomt, at karakteren af angivelsen har en afgørende indflydelse på vurderingen i henhold til kriterierne. Det forekommer åbenbart, at intensiteten og rækkevidden af et menneskes modtagelse af et budskab afhænger af dettes natur, og af hvilken af sine sanser mennesket anvender for at modtage det [10]. Hvad angår synssansen er opfattelsen af en todimensional figur ikke den samme som opfattelsen af en genstand i tre dimensioner.

30. Forskellen er endnu større, når denne tredimensionale gengivelse er formen på en

6 — Jf. dom af 18.6.2002, sag C-299/99, Philips, Sml. I, s. 5475, præmis 73, af 8.4.2003, forenede sager C-53/01 — C-55/01, Linde m.fl., Sml. I, s. 3161, præmis 38, og af 12.2.2004, sag C-218/01, Henkel, Sml. I, s. 1725, præmis 29, hvori Domstolen fortolkede Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1).

7 — En lignende ordlyd er anvendt i Henkel-dommen, præmis 30, og dommen i sagen Linde m.fl., præmis 40. Jf. ligeledes dom af 23.9.2004, sag C-107/03 P, Procter & Gamble mod KHIM, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 28.

8 — Dommen i sagen Linde m.fl., præmis 41, og Procter & Gamble-dommen, præmis 29. Se i samme retning dom af 7.10.2004, sag C-136/02 P, Mag Instrument, Sml. I, s. 9165, præmis 19.

9 — Dette følger af de domme, der allerede flere gange er nævnt — Philips-dommen, præmis 48, og dommen i sagen Linde m.fl., præmis 42.

10 — I forslaget til afgørelse i den sag, der gav anledning til dommen af 12.12.2002, sag C-273/00, Sieckmann, Sml. I, s. 11737, havde jeg lejlighed til at analysere kroppens forskellige sansers opfattelsesevne (punkt 22 ff.).

vare eller dennes indpakning [11], fordi afvejningen med hensyn til dens fornødne særpræg forekommer vanskeligere når der tale om et rumfang, der savner enhver grafisk eller tekstmæssig bestanddel, eftersom gennemsnitsforbrugerne ikke har for vane at danne sig en mening om en vares oprindelse på grundlag af dens udseende [12].

31. Under disse omstændigheder måtte SiSi-Werke gives medhold i klagepunktet, hvis det ikke var støttet på en alt for forenklet analyse af Domstolens praksis. Selvfølgelig skal de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af registreringsansøgningen, undersøges, men ikke udelukkende dem, der konkret er berørt, men også dem, der henhører under samme klasse, samme type eller samme art, dvs. dem, der kan give anledning til konflikt ved valget af varen, fordi de distribueres via lignende kanaler og henvender sig til samme forbrugere.

32. I forslaget til afgørelse af 18. januar 2001 i Merz & Krell-sagen [13] foreslog jeg under henvisning til den instrumentale art af de rettigheder, som varemærkerettigheden giver, at der ved bedømmelsen af varemærkets særpræg skulle tages hensyn til »hvordan gennemsnitsforbrugeren af de[n] pågældende type [vare] eller tjenesteydelse opfatter varemærket« (punkt 44 og 43). I forslaget til afgørelse af 2. juli 2002 [14] i Ansul-sagen påpegede jeg i øvrigt, at denne særlige rettighed kræver, at der er en forbindelse mellem tegnet og den vare, som det betegner, for at den gennem kundernes opfattelse heraf og identificeringen mellem tegnet og varen kan trænge ind på markedet (punkt 64). Det følger heraf, at det er nødvendigt for afgørelsen af spørgsmålet om, hvorvidt varemærket har fornødent særpræg, og følgelig om, hvorvidt det opfylder sit hovedformål, at tage hensyn til strukturen i sektoren og til distributionskanalerne. I forslaget til afgørelse i Ansul-sagen anførte jeg som eksempel, at brugen af et varemærke for fødevarekonserves intet har at gøre med brugen af et varemærke for elektroniske komponenter til edb-systemer.

33. Med det formål at efterprøve, om angivelsen af fabrikationsstedet gør det muligt at skelne mellem varemærkerne, skal det sortiment af varer, som forbrugeren står over for, når han træffer sit valg, således undersøges. I denne sammenhæng forekom-

11 — I forslaget til afgørelse af 14.1.2003 i Henkel-sagen forklarede jeg, at hvad angår væsker, gasser og visse stoffer i korn- eller løsform, der ikke har en bestemt størrelse eller udformning, er emballagen den eneste form, som forbrugeren kan opfatte, og som lader sig afbilde grafisk (punkt 12). I dommen fulgte Domstolen dette synspunkt og påpegede, at den valgte emballage i sådanne tilfælde giver varen form og derfor må sidestilles med denne (præmis 33).

12 — Procter & Gamble-dommen, præmis 50, og Mag Instrument-dommen, præmis 30. Som jeg anførte i forslaget til afgørelse af 24.10.2002 i dommen i sagen Linde m.fl., indebærer dette imidlertid ikke, at vurderingen af tredimensionale varemærkers fornødne særpræg er strengere end vurderingen af enhver anden type tegn (dommens præmis 46 er affattet på denne måde).

13 — Dommen blev afsagt den 4.10.2001 (sag C-517/99, Sml. I, s. 6959).

14 — Domstolen traf afgørelse ved dom af 11.3.2003, sag C-40/01, Ansul, Sml. I, s. 2439.

mer det logisk at anføre, at når der er tale om formen på en emballage til frugtdrikke og frugtsaft, er området for bedømmelsen begrænset til flydende levnedsmidler, der som følge af, at de henvender sig til den samme forbrugerprofil og benytter de samme distributionskanaler, er relevante kriterier for bedømmelsen af et tegns kvaliteter i forbindelse med individualiseringen af en vare. SiSi-Werkes indskrænkende fortolkning fører til et absurd resultat, idet en begrænsning af bedømmelsen til de omfattede varer ikke gør det muligt at afgøre, om varemærket på korrekt vis opfylder sin funktion som en identifikation af varerne i forhold til deres handelsmæssige oprindelse.

34. Harmoniseringskontoret har med rette anført, at en person, som er vant til en bestemt type emballage for en given vare, og som for første gang bliver stillet over for den samme type beholder, der indeholder en anden vare, vil antage, at der er tale om en indpakningsform og ikke om en angivelse af varens oprindelse. Det ville derfor ikke være berettiget at undersøge forbrugernes indtryk ved alene at tage udgangspunkt i de beholdere, der anvendes til den kategori af varer, der er omfattet af registreringsansøgningen.

35. Appellantens klagepunkt er ligeledes ubegrundet med hensyn til den geografiske afgrænsning, for selv om afgrænsningen til Fællesskabets område er relevant for så vidt angår virkningerne af den relative registreringshindring, der er indeholdt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, med henblik på at efterprøve, om der foreligger en risiko for forveksling mellem to varemærker, er denne afgrænsning til gengæld ikke relevant, når det drejer sig om at måle et tegns abstrakte fornødne særpræg.

36. Der er altså ingen retsregel, der forpligter Retten til at træffe en afgørelse med det indhold, der er foreslået af SiSi-Werke, hvilket udelukker, at der blev begået en retlig fejl i Rettens dom.

B — *Betegnelsen af poserne som »grundlæggende former« (første anbringendes andet led)*

37. Appellanten har ligeledes gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved at betegne de omtvistede poser som »grundlæggende geometriske former«, idet SiSi-Werke er det eneste selskab, der har lanceret dem på det europæiske marked for frugtsaft, og disse former derfor ikke kan betegnes som standardemballage for denne type drikkevare. Appellanten er af den opfattelse, at afvisningen af, at de omhandlede former har fornødent særpræg, støttet på den omstændighed, at formerne er almindeligt anvendt i handelen med frugtsaft, ikke er berettiget, og at Retten på dette grundlag gav afslag på registrering i medfør af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 begrundet i beskyttelsen af en almen interesse, der ikke er omfattet af denne bestemmelse, men af artikel 7, stk. 1, litra c).

38. Klagepunktet må, for så vidt som det anfægter de i dommens præmis 46 ff. indeholdte bemærkninger vedrørende de ansøgte former og deres kendetegn, afvises, da det

vedrører et spørgsmål, som ikke er omfattet af appel, dvs. spørgsmålet om gennemgang af beviser, og som ikke kan tillades inden for rammerne af det særlige retsmiddel mod retsafgørelser, som appel er.

39. Selv hvis det medgives, at Retten — som SiSi-Werke har anført — har afvist at anerkende, at de omhandlede former har fornødent særpræg, fordi de ofte kan anvendes til frugtsaft, bliver klagepunktet ikke mere relevant, eftersom Rettens konstatering heraf, som fremgår af dommens præmis 41 in fine, ikke stiller spørgsmålstegn ved dette særpræg med henvisning til en almen interesse, der ikke er omfattet af forordningens artikel 7, stk. 1, litra b) [15]. Det fremgår faktisk af en opmærksom læsning af dommen, at den har en helt anden rækkevidde.

40. Den pågældende konstatering er således støttet på det argument, som har til formål at begrunde den objektive sammenhæng, der er valgt med henblik på at bedømme det fornødne særpræg, dvs. at tegnet — eftersom det er almindeligt anvendt som indpakning til flydende levnedsmidler — ikke besidder den nødvendige originalitet til, at forbrugeren vil kunne opfatte det som udtryk for en bestemt handelsmæssig oprindelse (præmis 42). Desuden står dette problem i forbindelse med det næste kassationsanbringende, hvori spørgsmålet om, hvorvidt de ansøgte varemærker i tilstrækkelig grad er forskellig fra grundformen på en stående pose til frugtsaft, er behandlet.

41. Som jeg vil gøre rede for længere fremme ved gennemgangen af det sidste appelanbringende, var Rettens afvisning af, at der er fornødent særpræg, således ikke støttet på en henvisning til konkurrenternes interesse i at undgå en eneret til visse former, men på den omstændighed, at den omtvistede emballage er almindeligt anvendt på markedet, idet formålet hermed var at fremhæve de vanskeligheder, som en forbruger står over for, når han skal identificere disse indpakninger som repræsentative for visse bestemte varer. Det første anbringendes andet led må følgelig ligeledes forkastes.

C — *De påståede strengere krav ved sammenligningen af tredimensionale varemærker (det andet anbringendes første led)*

42. SiSi-Werke har anført, at Retten i den appellerede dom har stillet meget høje krav til, at tredimensionale varemærker, der består af en vares emballage, har fornødent særpræg, mens der i forbindelse med todi-

15 — Der skal bemærkes, at den almene interesse varierer alt efter hvilken absolut registreringshindring, der er tale om (dom af 29.4.2004, forenede sager C-456/01 P og C-457/01 P, Henkel mod KHIM, Sml. I, s. 5089, præmis 45 og 46), og at forordningens artikel 7, stk. 1, litra b), ikke kan fortolkes således, at den forbyder registrering af varemærker, der er egnede til at blive anvendt almindeligt i handelen til at præsentere de berørte varer eller tjenesteydelser, hvilket derimod er tilfældet for så vidt angår samme bestemmelses litra c) (dom af 16.9.2004, sag C-329/02 P, SAT.1 mod KHIM, Sml. I, s. 8317, præmis 36).

mensionale varemærker kan ske registrering af tegn, der kun afviger ganske lidt fra simple geometriske figurer. Ved ikke at tage hensyn hertil har Retten ifølge appellanten tilsidesat artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

43. Dette klagepunkt må også tilbagevises. Selv om det som allerede anført er rigtigt, at et varemærkes fornødne særpræg uanset varemærkets karakter bedømmes ud fra de samme kriterier, forholder det sig ikke desto mindre således, at bedømmelsen henset til varemærkets særlige karakter er mere kompliceret i forbindelse med visse tegn, såsom f.eks. tredimensionelle tegn (punkt 29 og 30 ovenfor) [16], fordi gennemsnitsforbrugerne — som jeg også har påpeget ovenfor — ikke er vant til at udlede en vares oprindelse af dens form uden hensyntagen til nogen grafisk eller tekstmæssig bestanddel.

44. Heraf følger, at jo mere den form, der søges registreret, ligner formen på den omhandlede vare, desto mere reduceres den pågældende forms evne til at have fornødent særpræg [17]. En flydende vares emballage afspejler dens udseende, hvorfor et design af en beholder ikke vil kunne udgøre et varemærke, og simple variationer af det sædvanlige design ikke er tilstrækkeligt til at give det fornødent særpræg henset til, at forbrugeren skal kunne adskille varen uden at foretage undersøgelser eller sammenligninger og uden at udvise særlig opmærksomhed [18].

45. Det er herved at foretrække at gøre brug af erfaringen og henholde sig til empiriske principper, med henblik på at sammenligne de former og de beholdere, der findes på markedet, således at forekomsten af én af disse på markedet er et gyldigt kriterium for at afgøre, om den pågældende form eller beholder har fornødent særpræg [19], idet dens udbredelsesgrad kan påvirke forbrugernes opmærksomhed, der ikke synes at være særligt høj ved denne type tegn [20], især ikke når de vedrører dagligvarer, hvis udseende er meget lidt forskellig fra lignende varers udseende, hvorfor køberen i denne situation snarere vil koncentrere sig om etiketten end om formen [21]. Ligeledes har undersøgelsen af almindeligt anvendte beholdere eller af visse grundlæggende former en interesse, og dette betyder ikke, at der anvendes strengere kriterier i forhold til denne type varemærker, men at der tages hensyn til disse varemærkers særegenheder.

16 — P. Ströbele: *Absolute Eintragungshindernisse im Markenrecht, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2001, s. 665, præciserer, at der ikke foreligger noget lovligt grundlag for at ændre de regler, som er bestemmende for, hvornår tredimensionale varer og emballager har fornødent særpræg.

17 — Mag Instrument-dommen, præmis 31 og 32.

18 — Ibid. præmis 32.

19 — F. Pollaud-Dulian: »Les marques tridimensionnelles en droit communautaire«, *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, nr. 8-9 (2003), s. 712, og N. Hetzelt: *Dreidimensionale Marken — Freihaltebedürftigkeit, Unterscheidungskraft und Schutzumfang*, Köln, 2004, s. 146.

20 — N. Hetzelt, *op.cit.*, s. 141.

21 — P. Ströbele: *op.cit.*, s. 666, og N. Hetzelt, *op. cit.*, s. 146.

46. Den efterprøvelse, der blev foretaget i dommen, overholder de ovenfor anførte regler, eftersom det i dommen anføres, at de omtvistede poser i handelen almindeligvis bliver anvendt til flydende levnedsmidler generelt set, herunder til drikkevarer såsom frugtsaft, og at gennemsnitsforbrugeren derfor ikke kan opfatte emballagen som en angivelse af varens handelsmæssige oprindelse. Dertil kommer, at appellanten har søgt registrering af et design, som svarer til denne type emballages artstypiske udseende, og som indeholder designelementer, der er for ubetydelige til, at den relevante kundekreds kan huske dem. I umiddelbar forlængelse heraf undersøgte Retten de tre bestanddele, hvori de visuelt synlige forskelle består, nemlig posernes grundlæggende former (rektangulære, ovale, trekantede), indsnævringerne i kanten og det metalagtige udseende, og Retten foretog først en individuel undersøgelse og derefter en helhedsvurdering af dem [22] (præmis 41, 42 og 46-52).

47. Retten har dermed støttet sig på behørige informationskilder, der ud fra en objektiv synsvinkel ikke giver anledning til tvivl med hensyn til lovligheden af den anvendte metode. Retten tog hensyn til en række faktorer, såsom varernes art og designets kompleksitet, som falder inden for de ovenfor nævnte parametre, uden at dommen i denne henseende kan kritiseres. Appellantens klagepunkt må derfor forkastes.

48. Endelig skal klagepunktet afvises, i det omfang det må antages, at det vedrører den bedømmelse af de faktiske omstændigheder, der er foretaget i ovennævnte præmisser, da karakteren af appel, som allerede nævnt, udelukker en prøvelse af de faktiske omstændigheder, således som de blev lagt til grund i første instans.

D — *Manglende begrundelse (andet anbringendes andet led)*

49. Appellanten har gjort gældende, at Harmoniseringskontoret samt visse nationale organer har registreret varemærker, der ligner det omhandlede varemærke, for varer i samme handelssektor. Det følger heraf, at Retten og Harmoniseringskontoret under disse omstændigheder var forpligtet til at begrunde deres afvisning af, at varemærket var egnet til at opfylde den grundlæggende funktion for denne type immaterialret.

50. Måden, hvorpå dette anbringende skal bedømmes, varierer, alt efter om den ældre registrering af lignende tegn har fundet sted inden for et nationalt system eller inden for den fællesskabsretlige ordning.

51. I førstnævnte tilfælde følger løsningen indirekte af præmis 63 og 64 i Henkel-dommen (sag C-218/01), der er nævnt gentagne gange ovenfor, hvori Domstolen

22 — I dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 23, benyttede Domstolen sig af en lignende metode, da den sammenlignede to varemærker for at afgøre, om ligheden mellem dem var til hinder for registrering, og henviste til helhedsindtrykket af varemærket under hensyntagen til de af varemærkets bestanddele, der har særpræg og dominans.

fastslog, at den omstændighed, at et varemærke er registreret for bestemte varer i en medlemsstat, ikke indebærer, at registreringen af et identisk eller lignende tegn for varer af samme eller lignende art i en anden medlemsstat skal tillades eller afslås.

52. Som jeg understregede i mit forslag til afgørelse i den pågældende sag (punkt 24), finder denne løsning, der er en følge af den manglende organisatoriske forbindelse mellem staternes retsordener, som ikke har pligt til at opnå samme resultat[23], ligeledes anvendelse på forbindelsen mellem Harmoniseringskontoret og et nationalt organ. De afgørelser, der træffes internt i medlemslandene, er følgelig ikke bindende i Alicante.

53. Registreringen af et varemærke er underlagt specifikke regler, der finder anvendelse under visse konkrete omstændigheder, således at et tegn, der på et givet område er egnet til at adskille et varemærke fra et andet, ikke vil kunne spille denne rolle, såfremt den geografiske afgrænsning var en anden.

54. Dette er den besvarelse, der er givet i den appellerede doms præmis 56, hvori Retten fastslog, at de registreringer, der er foretaget i medlemsstaterne, »er et forhold, som — uden at være bestemmende — alene kan tages i betragtning ved registreringen af et EF-varemærke«. Retten tilføjede, at »[a]ppelkammeret [...] korrekt [har] taget disse nationale registreringer i betragtning, idet det har præciseret, at registreringerne ikke førte til, at det ændrede sin vurdering«. Det kan således konstateres dels, at Harmoniseringskontoret lovligt kunne se bort fra de ældre nationale registreringer uden at skulle begrunde det, dels at Retten ikke undlod at begrunde sin afgørelse.

55. Hvad angår de registreringer, der er foretaget i Alicante, anførte Retten i den appellerede doms præmis 55 en tilstrækkeligt underbygget argumentation, da den præciserede, at ældre registreringer i overensstemmelse med Rettens egen praksis ikke var bindende for Harmoniseringskontoret, eftersom spørgsmålet om, hvorvidt et tegn kunne registreres, skulle afgøres i forhold til de relevante bestemmelser og ikke på grundlag af appelkamrenes tidligere praksis. Appellanten erklærede sig enig på dette punkt.

56. Selv hvis denne besvarelse måtte blive anset for utilstrækkelig, er klagepunktet alligevel uden relevans som følge af, at de registreringer, som SiSi-Werke har påberåbt

23 — Med forbehold af, at virkningerne af den delvise harmonisering som følge af varemærkedirektivet indebærer, at de nationale bestemmelser skal fortolkes i lyset af denne fællesskabsretsakts ordlyd og formål.

sig i appelskriftet, er af en senere dato [24] end de anfægtede administrative afgørelser. Harmoniseringskontoret kunne følgelig ikke være bundet af afgørelser, der på det daværende tidspunkt ikke forelå.

E — *Konkurrenternes interesse som grundlag for dommen (tredje anbringende)*

57. SiSi-Werke har kritiseret Retten for i den appellerede dom at have anvendt artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 alene under hensyntagen til konkurrenternes almene interesse uden — som den skulle have gjort — at tage hensyn til forbrugernes interesse, og for at have set bort fra, at appellanten i en årrække har anvendt disse beholdere uden problemer.

58. Dette klagepunkt beror på en fejlagtig analyse af den appellerede dom. En læsning af præmis 32 sammenholdt med præmis 54 gør det muligt at udlede det modsatte af denne påstand, for så vidt som det i den første af disse præmisser er anført, at nævnte interesse hverken kan være en begrundelse for at nægte registrering af et varemærke eller være tilstrækkeligt til at bedømme varemærkets fornødne særpræg. Mangelen på fornødent særpræg konstateres i de følgende præmisser (præmis 33-53). I præmis 54 er det understreget, at henvisningen i appelkammerets afgørelse til risikoen for, at der skulle opstå en eneret med hensyn til de stående poser, var begrundet derved, at den bekræftede, at formen på poserne ikke kunne opfylde varemærkernes grundlæggende funktion, »hvorved appelkammeret tog hensyn til den almene interesse, der danner grundlaget for den absolutte registreringshindring i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94«.

59. Det kan således ikke hævdes, at Retten udelukkende i konkurrenternes interesse har afvist at anerkende de ansøgte varemærkers evne til at betegne varerne, eftersom dommen er baseret på, at det er umuligt for forbrugerne ved valget af frugtsaft at være sikre på frugtsaftens oprindelse, fordi tegnet ikke på korrekt vis oplyser dem om frugtsaftens handelsmæssige oprindelse. Det er netop forbrugernes interesse, der begrunder afslaget på registrering af varemærker, der ikke er egnede til at adskille varerne fra andre varer.

60. Henset til samtlige ovennævnte betragtninger skal det sidste anbringende ligeledes forkastes.

24 — Varemærke nr. 2662781 og varemærke nr. 2662765 har ansøgningsdato den 22.4.2002 og blev bevilget henholdsvis den 1.3.2004 og den 19.3.2004. Det sidste varemærke, der har nr. 2899078, har ansøgningsdato den 21.10.2002 og blev registreret den 23.1.2004.

V — Sagens omkostninger

61. Ifølge procesreglementets artikel 122, sammenholdt med artikel 69, stk. 2, der i henhold til artikel 118 finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger. Hvis Domstolen i overensstemmelse med mit forslag forkaster de anbringender, som appellanten har fremført, bør appellanten, således som jeg foreslår, pålægges at betale sagens omkostninger.

VI — Forslag til afgørelse

62. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at forkaste appellen iværksat af SiSi-Werke til prøvelse af dom afsagt den 28. januar 2004 af Retten i Første Instans i de forenede sager T-146/02 — T-153/02 og at pålægge appellanten at betale sagens omkostninger.