FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 14 juli 2005 [1]

1. Genom förevarande talan överklagas förstainstansrättens dom av den 28 januari 2004 [2] om fastställande av beslutet av andra överklagandenämnden vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (nedan kallad harmoniseringsbyrån) att avslå ansökan om registrering av åtta former av tredimensionella upprättstående påsar för drycker, avsedda att särskilja fruktdrycker och -juicer.

I — Förordningen om gemenskapsvarumärken

2. Återigen aktualiseras frågan om tredimensionella teckens särskiljningsförmåga och därmed frågan om tolkningen av artikel 7.1 b i förordningen om gemenskapsvarumärken. [3] Med undantag för den grund som gäller den geografiska och objektiva avgränsningen av det sammanhang som skall ligga till grund för bedömningen av ett tredimensionellt teckens förmåga att fullgöra huvudfunktionen hos denna typ av immateriell äganderätt, avser de flesta grunderna för överklagandet frågor som redan har prövats ingående i gemenskapens rättspraxis.

3. Förordning nr 40/94 innehåller de bestämmelser som skall tillämpas vid avgörandet av målet.

4. Enligt artikel 4 kan ett gemenskapsvarumärke utgöras av "alla kännetecken som kan återges grafiskt, särskilt ord, inbegripet personnamn, figurer, bokstäver, siffror, formen på en vara eller dess utstyrsel, förutsatt att kännetecknet i fråga kan särskilja ett företags varor eller tjänster från andra företags".

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Dom av den 28 januari 2004 i de förenade målen T-146/02–T-153/02, Deutsche SiSi-Werke mot harmoniseringsbyrån (REG 2004, s. I-447).

3 — Rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3), i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 3288/94 av den 22 december 1994 om ändring av förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärken för genomförande av de avtal som ingåtts inom ramen för Uruguayrundan (EGT L 349, s. 83; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 37).

5. Enligt artikel 7.1, som har rubriken "Absoluta registreringshinder", är det inte möjligt att registrera:

"a) Kännetecken som inte uppfyller kraven i artikel 4.

b) Varumärken som saknar särskiljningsförmåga.

c) Varumärken som endast består av kännetecken eller upplysningar vilka i handeln visar varornas eller tjänsternas art, kvalitet, kvantitet, avsedda användning, värde, geografiska ursprung, tiden för deras framställande eller andra egenskaper hos varorna eller tjänsterna.

...

e) Kännetecken som endast består av

i) en form som följer av varans art, eller

ii) en form på en vara som krävs för att uppnå ett tekniskt resultat, eller

iii) en form som ger varan ett betydande värde.

..."

6. Enligt artikel 7.3 skall punkt 1 b, c och d 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".

II — Bakgrunden till överklagandet

A — *Bakgrunden till tvisten i målet*

7. Den 8 juli 1997 lämnade Deutsche SiSi-Werke GmbH & Co. Betriebs KG (nedan kallat SiSi-Werke) in åtta ansökningar om registrering av gemenskapsvarumärken till harmoniseringsbyrån för varor i klasserna 1, 3, 5, 6, 16, 20, 29, 30, 32, 33, 39 och 40 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster för varumärkesregistrering av den 15 juni 1957.

8. Ansökningarna avsåg olika former av upprättstående påsar avsedda för dryck som särskiljer sig genom sin rundade form, sin triangulära eller ovala botten och, i vissa fall, sina konkava sidor.

9. Genom beslut av den 24 och den 27 september 1999 avslog granskaren de åtta ansökningarna i enlighet med artikel 38 i förordning nr 40/94, med motiveringen att de saknade särskiljningsförmåga.

10. Den 11 november 1999 överklagade SiSi-Werke med stöd av artikel 59 i nämnda förordning dessa beslut, varvid ansökningarna begränsades till klasserna 32 och 33. Genom beslut av den 28 februari 2002 ogillade andra överklagandenämnden överklagandena, med motiveringen att konsumenterna inte skulle uppfatta de upprättstående påsarna som en angivelse av det kommersiella ursprunget utan endast som en förpackningsform, med tillägget att detta slags förpackning i konkurrenternas, förpackningstillverkarnas och dryckestillverkarnas intresse inte kunde göras till föremål för en ensamrätt.

11. Sedan de administrativa möjligheterna uttömts och innan talan hade väckts begränsade sökanden i en skrivelse av den 6 maj 2002 sina varumärkesansökningar till följande produkter: fruktdrycker och -juicer som ingår i klass 32.

B — *Den överklagade domen*

12. Sedan talan om ogiltigförklaring av besluten av den 28 februari 2002 väckts, och målen förenats, ogillades talan i målen genom förstainstansrättens dom av den 28 januari 2004, som nu överklagas.

13. I förstainstansrättens dom avgränsades föremålet för talan med utgångspunkt från den avgränsning som gjordes den 6 maj 2002 (punkterna 11 och 12) och den rättsliga prövningen inskränktes till artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. medan artikel 7.1 c, som också åberopades i ansökningarna (punkterna 13–15), lämnades åt sidan.

14. Med hänvisning till förstainstansrättens dom av den 2 juli 2002 i mål T-323/00, SAT.1 mot harmoniseringsbyrån (SAT.2), [4] och av den 5 mars 2003 i mål T-194/01, Unilever mot harmoniseringsbyrån, [5] fastställdes i punkt 31 att artikel 7.1 b bland annat avser sådana varumärken som ur omsättningskretsens perspektiv är allmänt förekommande i handeln för att presentera de aktuella varorna eller tjänsterna.

15. Efter att i punkt 33 ha erinrat om att frågan om ett kännetecken har särskiljningsförmåga endast kan bedömas dels i förhållande till de varor eller tjänster för vilka registrering av kännetecknet har begärts, dels i förhållande till hur omsättningskretsen uppfattar kännetecknet, konstaterades i punkt 36 i domen att ansökan avser fruktjuicer och att omsättningskretsen består av samtliga slutkonsumenter.

16. Därefter redovisades vad som är utmärkande för hur allmänheten uppfattar ett tredimensionellt tecken som sammanfaller med varans utseende, varvid det fastställdes att genomsnittskonsumenten, eftersom det är nödvändigt att förpacka en vätska för att kunna sälja den, i första hand ser förpackningsfunktionen. Formen kan därför endast godkännas som varumärke om den omedelbart kan uppfattas som en upplysning om det kommersiella ursprunget (punkterna 37 och 38).

17. I linje med ovanstående övervägande konstaterades i domen att den undersökning som gjorts av harmoniseringsbyrån av vissa Internetsidor visade att de ifrågavarande påsarna användes i hela världen för att förpacka drycker, särskilt juicer, och att sådana påsar finns inom gemenskapen som förpackning för flytande livsmedel. Påsarna används således allmänt för denna typ av varor, och i avsaknad av tillräckligt särskiljande egenskaper kan inte konsumenten uppfatta dem som en angivelse av ett särskilt ursprung (punkterna 40–42).

18. I punkterna 44–52 behandlas de tredimensionella former för vilka registrering begärts av SiSi-Werke i förhållande till den allmänna formen hos upprättstående påsar, varvid det konstaterades att de endast utgör enkla variationer av detta utseende och att helhetsintrycket inte skiljer sig väsentligt från en liknande behållare, samt att genomsnittskonsumenten inte kan lägga sammansättningen av de olika designelement som behövs för att särskilja varan på minnet.

19. I domen ogillas klagandebolagets yrkande med hänvisning till ett andra argument, som grundas på den risk för monopolisering som skulle följa av en registrering av de omtvistade tredimensionella formerna, även om det intresse som konkurrenterna kan ha av att fritt kunna välja form och mönster på sina egna varor vare sig är skäl nog för avslag på ansökan om registrering av ett sådant varumärke eller ett tillräckligt kriterium för att bedöma varu-

4 — Dom av den 2 juli 2002 i mål T 323/00, SAT.1 mot harmoniseringsbyrån (SAT.2) (REG 2002, s. II-2839).

5 — Dom av den 5 mars 2003 i mål T-194/01, Unilever mot harmoniseringsbyrån (REG 2003, s. II-383).

märkets särskiljningsförmåga (punkt 32). Förstainstansrätten fann således att överklagandenämnden hade fog för att åberopa denna risk och konstaterade att de omtvistade påsarna inte hade sådan förmåga (punkt 54).

uppräkning av anmärkningar, som är fem till antalet, följer en ström av argument som inte hänförs till någon särskild grund, vilket tvingar domstolen till en komplicerad analys för att utreda överklagandets egentliga innebörd.

III — Förfarandet vid domstolen

20. SiSi-Werkes överklagande inkom till domstolens kansli den 8 april 2004 och besvarades av harmoniseringsbyrån den 28 juni samma år. En replik av den 22 oktober har inkommit, vilken inte på sedvanligt sätt har bemötts med en duplik.

21. Vid förhandlingen som hölls den 16 juni 2004 infann sig företrädarna för båda parter.

IV — Bedömning av grunderna för överklagandet

A — *Referensramen för bedömningen av tecknens särskiljningsförmåga (den första grundens första del)*

22. Klagandebolaget har i en undermåligt strukturerad skrivelse anfört fyra grunder, som avser tolkningen av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Efter en osorterad

23. SiSi-Werke har kritiserat förstainstansrätten för att vid avgränsningen av den varugrupp för vilken de berörda behållarna används och som skall beaktas vid bedömningen av varumärkenas särskiljningsförmåga felaktigt ha valt på världsmarknaden förekommande förpackningsformer för flytande livsmedel i allmänhet. Enligt bolagets uppfattning skall den geografiska ytan inskränkas till gemenskapen och det materiella området till förpackningar för drycker och fruktjuicer.

24. I själva verket vill klaganden få utrett om man vid bedömningen av särskiljningsförmågan hos denna typ av tecken endast skall ta hänsyn till de specifika förpackningarnas utseende med avseende på de berörda varorna eller till förpackningar för liknande varor. Det senare alternativet är mer lämpligt.

25. Formen på en vara kan i princip utgöra ett varumärke, under förutsättning att det enligt artikel 4 i förordning nr 40/94 kan återges grafiskt och fylla den särskiljande funktion som är kännetecknande för varumärket. [6]

26. Om särskiljningsförmåga saknas skall enligt artiklarna 7.1 b, 38.1 och 51.1 a i förordningen ansökan om registrering avslås eller ett redan registrerat varumärke ogiltigförklaras.

27. "Särskiljningsförmågan" framstår således som ett obestämt rättsligt begrepp som är relaterat till varumärkets huvudsakliga funktion, nämligen att för konsumenten eller slutanvändaren av en vara eller tjänst som täcks av varumärket garantera dess ursprung, så att denne utan risk för förväxling kan särskilja denna vara eller tjänst från andra med ett annat ursprung. Följaktligen innebär detta att varumärket skall kunna fylla denna funktion och utgöra en garanti för att alla produkter som bär det har framställts av ett bestämt företag. [7]

28. För att i ett visst fall konkretisera denna vaga idé är det nödvändigt att pröva två kompletterande aspekter. Bedömningen skall dels utgå från de varor eller tjänster som registreringsansökan avser, dels från hur konsumenterna uppfattar varumärket, varvid utgångspunkten är en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument. [8]

29. Dessa bedömningskriterier skiljer sig inte från dem som skall tillämpas på andra kategorier av varumärken, [9] men givetvis har typen av kännetecken avgörande betydelse vid bedömningen. Graden och räckvidden av människans förmåga att uppfatta ett meddelande beror naturligtvis på meddelandets karaktär och det sinne med vilket det uppfattas, [10] och i fråga om synen är det inte detsamma att se ett tvådimensionellt som ett tredimensionellt föremål.

30. Skillnaden blir ännu större om det senare tecknets form sammanfaller med

6 — Se dom av den 18 juni 2002 i mål C-299/99, Philips (REG 2002, s. I-5475), punkt 73, av den 8 april 2003 i de förenade målen C-53/01–C-55/01, Linde m.fl. (REG 2003, s. I-3161), punkt 38, och av den 12 februari 2004 i mål C-218/01, Henkel (REG 2004, I-1725), punkt 29, som gäller tolkningen av rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT L 40, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178).

7 — Liknande formuleringar återfinns i domen i det ovannämnda målet Henkel, punkt 30, och i de ovannämnda förenade målen Linde m.fl., punkt 40. Se även dom av den 23 september 2004 i mål C-107/03 P, Procter & Gamble (inte publicerat i rättsfallssamlingen), punkt 28.

8 — Domen i de ovannämnda förenade målen Linde m.fl., punkt 41, och i det ovannämnda målet Procter & Gamble, punkt 29. Ett liknande uttalande finns i dom av den 7 oktober 2004 i mål C-136/02 P, Mag Instrument (REG 2004, s. I-9165), punkt 19.

9 — Som konstateras i domen i det ovannämnda målet Philips, punkt 48, och i de ovannämnda förenade målen Linde m.fl., punkt 42.

10 — I förslaget till avgörande inför dom av den 12 december 2002 i mål C-273/00, Shieckmann (REG 2002, s. I-11737), fick jag tillfälle att analysera uppfattningsförmågan hos kroppens olika sinnen (punkt 22 och följande punkter).

formen hos varan eller varans förpackning, [11] eftersom det i fråga om en volym som helt saknar ett grafiskt inslag eller en struktur är svårare att göra en bedömning av dess särskiljningsförmåga eftersom genomsnittskonsumenten inte har för vana att förknippa varans utseende med ett visst ursprung. [12]

31. Under dessa omständigheter hade SiSi-Werkes kritik kunnat vara befogad, om den inte hade grundats på en grovt förenklad analys av domstolens rättspraxis. Det är givetvis nödvändigt att granska de varor eller tjänster som registreringsansökan avser, men inte bara de som särskilt berörs utan även sådana som är av samma art, typ eller slag, det vill säga sådana med vilka registreringen på grund av att de distribueras via liknande kanaler och riktas till samma konsumenter kan komma i konflikt.

32. I förslaget till avgörande av den 18 januari 2001 i målet Merz & Krell [13] föreslog jag, med hänvisning till att de rättigheter som innehavet av ett varumärke medför är av instrumentell karaktär, att man vid bedömningen av dess särskiljningsförmåga skall ta hänsyn till det "intryck denna gör på en genomsnittskonsument av det aktuella slaget av vara eller tjänst" (punkterna 43 och 44). Jag framhöll vidare i mitt förslag till avgörande av den 2 juli 2002 i målet Ansul [14] att denna särskilda egenskap utgörs av föreningen mellan kännetecknet och varan eller tjänsten, med vars hjälp innehavaren, genom att varumärket uppfattas av konsumenterna och dessa följaktligen identifierar detta med varan eller tjänsten, kan placera sig på marknaden (punkt 64). Följaktligen är det för att fastställa om varumärket har särskiljningsförmåga och således fullgör sin huvudfunktion relevant att ta hänsyn till sektorns struktur och försäljningskanalerna. I det ovannämnda förslaget till avgörande i målet Ansul nämnde jag exempelvis att användningen av ett varumärke för livsmedelskonserver inte har något samband med användningen av ett varumärke för elektronikkomponenter för informationssystem.

33. För att kontrollera om en angivelse av tillverkningsplatsen har särskiljningsförmåga är det således lämpligt att granska det produktsortiment som konsumenten står inför vid valtillfället. Det är då rimligt att i fråga om formen på förpackningen av fruktdrycker och -juicer avgränsa bedömningsområdet till livsmedel i flytande form, som genom att de riktas till konsumenter av

11 — I förslaget till avgörande av den 14 januari 2003 i det ovannämnda målet Henkel förklarade jag att i fråga om vätskor, gaser och vissa ämnen som är gryniga eller sköra, som saknar bestämd storlek och form, förväxlas förpackningen med varan eftersom förpackningen är den enda form som kan uppfattas av konsumenterna och som kan återges grafiskt (punkt 12). Domen följde denna linje och det konstaterades att valet av förpackning i dessa fall ger varan dess form och att den valda förpackningen skall jämställas med varans form (punkt 33).

12 — Domen i målet Procter & Gamble, punkt 50, och domen i målet Mag Instrument, punkt 30. Som jag förklarade i förslaget till avgörande inför domen i de förenade målen Linde m.fl., som föredrogs den 24 oktober 2002, innebär dock inte ovan sagda att strängare kriterier skall tillämpas vid bedömningen av särskiljningsförmågan hos tredimensionella varumärken som består av en varas form än de som gäller för andra slags varumärken (se även punkt 46 i domen).

13 — Dom av den 4 oktober 2001 i mål C-517/99, Merz & Krell (REG 2001, s. I-6959).

14 — Dom i mål C-40/95 meddelades den 11 mars 2003 (REG 2003, s. I-2439).

samma typ och distribueras på liknande sätt är lämpade för att bedöma ett teckens förmåga att särskilja en vara. SiSi-Werkes begränsande synsätt får absurda konsekvenser, eftersom avgränsningen av prövningen till de varor som registreringsansökan avser skulle göra det omöjligt att avgöra om varumärket på ett riktigt sätt fullgör uppgiften att identifiera varorna med avseende på vilket företag de härstammar från.

36. Sammanfattningsvis saknas rättsregler enligt vilka förstainstansrätten åläggs att göra en sådan avgränsning som SiSi-Werke har föreslagit. Förstainstansrätten har således inte gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning.

B — *Beteckningen av påsarna som "grundformer" (den första grundens andra del)*

34. Harmoniseringsbyrån har helt riktigt påpekat att en person som är van vid en viss typ av förpackning för en viss vara, och som för första gången stöter på samma typ av förpackning för en annan vara, kommer att utgå ifrån att det är fråga om en förpackningstyp och inte om en ursprungsangivelse. Därför är det inte rimligt att undersöka vilket intryck de berörda konsumenterna får enbart med utgångspunkt från de förpackningar som används för den kategori av varor som omfattas av registreringsansökan.

37. Klaganden har även gjort gällande att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att beteckna de omtvistade påsarna som "geometriska grundformer". SiSi-Werke är nämligen det enda företag som har lanserat dem för fruktjuicer på den europeiska marknaden varför de inte kan betecknas som typiska förpackningar för denna typ av drycker. Bolaget anser att det är felaktigt att frånkänna dem särskiljningsförmåga med hänvisning till att de används allmänt inom handeln för dessa drycker. Detta innebär nämligen att ansökan om registrering har avslagits med stöd av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 för att skydda ett allmänt intresse som inte omfattas av denna punkt utan av punkt c i samma artikel.

35. Även i fråga om den geografiska avgränsningen saknar klagandebolagets kritik grund. Begränsningen till gemenskapens territorium är visserligen relevant med avseende på det relativa registreringshindret i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 och prövningen av huruvida det föreligger en förväxlingsrisk mellan två gemenskapsvarumärken, men inte vid bedömningen av ett teckens abstrakta särskiljningsförmåga.

38. I den mån denna grund rör övervägandena i punkt 46 och följande punkter i domen, i vilka de sökta formerna och deras egenskaper behandlas, kan den inte tas upp

till sakprövning. Den syftar nämligen till att förmå domstolen att behandla ett område som inte kan tas upp vid ett överklagande, det vill säga bevisvärderingen, som inte hör hemma inom ramen för detta särskilda medel för prövning av rättsliga avgöranden.

39. Klagomålet blir inte heller mer befogat om man, såsom SiSi-Werke har förordat, medger att förstainstansrätten ansåg att de former för vilka registrering begärdes saknade särskiljningsförmåga därför att de allmänt kan användas för fruktjuicer, eftersom detta konstaterande, som återfinns i punkt 41 *in fine* i domen inte utgör ett ifrågasättande av denna förmåga med hänvisning till ett allmänt intresse som inte omfattas av artikel 7.1 b i förordningen. [15] Om man läser domen noga framgår tvärtom att det har en helt annan räckvidd.

40. Detta konstaterande får stöd av det argument som används för att motivera den objektiva kontext som valts för att bedöma särskiljningsförmågan, det vill säga att, eftersom förpackningssättet används för flytande livsmedel i allmänhet, tecknet inte kan anses vara osedvanligt på ett tillräckligt tydligt sätt för att genomsnittskonsumenten skall uppfatta förpackningen som en angivelse av ett särskilt kommersiellt ursprung (punkt 42). Denna fråga knyter dessutom an till nästa grund för överklagande, som gäller frågan huruvida de varumärken för vilka registrering begärts i tillräcklig mån skiljer sig från den grundläggande utformningen av en upprättstående påse avsedd för juice.

41. Förstainstansrätten har således inte frånkänt förpackningen särskiljningsförmåga med hänvisning till konkurrenternas intresse av att vissa former inte monopoliseras, vilket kommer att förklaras längre fram, i samband med prövningen av den sista överklagandegrunden. Förstainstansrätten har i stället hänvisat till att de omtvistade förpackningarna används allmänt på marknaden för att betona att det är svårt för en köpare att uppfatta dem som representativa för vissa produkter. Följaktligen skall även den första grundens andra delgrund underkännas.

C — *Den påstått striktare bedömningen av tredimensionella varumärken (den andra grundens första del)*

42. SiSi-Werke har kritiserat den överklagade domen för att det i denna uppställs mycket höga krav för att tredimensionella varumärken bestående av en varas förpackning skall tillerkännas särskiljningsförmåga,

15 — Man bör erinra sig att allmänintresset skiftar beroende på vilket absolut registreringshinder som tillämpas (dom av den 29 april 2004 i de förenade målen C-456/01 P och C-457/01 P, Henkel mot harmoniseringsbyrån, REG 2004, s. I-5089), och att artikel 7.1 b i förordningen inte kan tolkas som ett förbud mot registrering av varumärken som kan användas allmänt i handeln för de berörda varorna eller tjänsterna. Detta kriterium är däremot relevant vid tillämpningen av artikel 7.1 c (dom av den 16 september 2004 i mål C-329/02 P, SAT.1 mot harmoniseringsbyrån, REG 2004, s. I-8317, punkt 36).

medan registrering av tvådimensionella tecken beviljas för sådana som avviker marginellt från de enkla geometriska formerna. SiSi-Werke anser att förstainstansrätten har åsidosatt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94, genom att inte göra en liknande bedömning.

43. Inte heller detta argument kan godtas. Som jag har påpekat bedöms visserligen ett varumärkes särskiljningsförmåga enligt samma kriterier oberoende av vilken typ av varumärke det är fråga om, men detta hindrar dock inte att bedömningen, beroende på varumärkets särart, kompliceras i fråga om vissa tecken, såsom de tredimensionella (punkterna 29 och 30 i detta förslag till avgörande). [16] Som jag också påpekat har nämligen inte genomsnittskonsumenten för vana att förknippa en vara med ett visst ursprung på grundval av dess form, och därvid helt bortse från grafiska och strukturella inslag.

44. Under dessa omständigheter blir särskiljningsförmågan hos den form som avses med begäran om registrering mindre, ju mer denna form överensstämmer med den berörda produktens form. [17] Förpackningen av en vätska återger denna, varför bilden av förpackningen inte lämpar sig som varumärke och enkla varianter av den gängse utformningen inte är tillräckligt för att den skall få särskiljningsförmåga. Det krävs i stället att konsumenten kan särskilja varan utan att göra en djupare analys eller jämförelse eller vara särskilt uppmärksam. [18]

45. Det är härvid lämpligt att stödja sig på erfarenhet och avgränsa de befintliga formerna och förpackningarna på marknaden med hjälp av empiriska principer, vilket innebär att förekomsten av en av dessa på marknaden skulle vara ett giltigt kriterium för att fastställa särskiljningsförmågan, [19] eftersom spridningsgraden kan påverka konsumenternas känslighet, som i fråga om denna typ av kännetecken inte tycks vara särskilt hög, [20] framför allt i fråga om varor som används dagligen och vars utseende skiljer sig ytterst lite från andra liknande varor. I denna situation uppmärksammar köparen märkningen snarare än utformningen. [21] Även bedömningen av förpackningar som används allmänt eller har vissa grundläggande former är av intresse, vilket inte är detsamma som att fastställa mer strikta kriterier för denna typ av varumärken, utan handlar om att ta hänsyn till deras särdrag.

16 — I Ströbele, P.: *Absolute Eintragungshindernisse im Markenrecht, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2001, s. 665, förklaras att det inte finns någon rättslig grund för att ändra de regler som är bestämmande för särskiljningsförmågan hos tredimensionella varor och förpackningar.

17 — Domen i det ovannämnda målet Mag Instrument, punkterna 31 och 32.

18 — *Ibidem*, punkt 32.

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

20 — Hetzelt, N., nämnd i föregående fotnot, aa., s. 141.

21 — Ströbele, P., nämnd ovan, s. 666, och Ketzelt, N., aa., s. 146.

46. Det test som tillämpas i domen överensstämmer med dessa mönster, genom att de omtvistade påsarna betecknas som vanliga i handeln för flytande livsmedel i allmänhet, till vilka sådana drycker som fruktjuicer hör, vilket innebär att genomsnittskonsumenten inte uppfattar förpackningen som en angivelse av varans kommersiella ursprung. Klagandebolaget har vidare begärt registrering av designelement som motsvarar den allmänna formen hos denna typ av förpackningar eller som är för obetydliga för att den berörda allmänheten skall lägga dem på minnet. Därpå prövas i domen de tre komponenter vari de visuellt konstaterbara skillnaderna består, nämligen påsarnas huvudsakliga form (rektangulär, oval eller triangulär), de konkava sidorna och det metalliska utseendet, både individuellt och gemensamt [22] (punkterna 41, 42 och 46–52).

47. Förstainstansrätten stöder sig således på adekvata informationskällor som ur objektiv synvinkel inte föranleder något tvivel på den valda metodens lagenlighet. Hänsyn tas till faktorer som typen av vara och formens komplexitet, med beaktande av nämnda parametrar, och avgörandet förtjänar i detta avseende ingen som helst kritik. Överklagandet kan således inte vinna bifall på denna grund.

48. Grunden skall dessutom underkännas av det skälet att den innebär ett ifrågasättande av fastställelsen av de faktiska omständigheterna i nämnda punkter i den överklagade domen. Överklagandets karaktär medger, som jag redan nämnt, nämligen inte att de omständigheter som fastställts av förstainstansrätten omprövas.

D — *Bristande motivering (den andra grundens andra del)*

49. Klagandebolaget har gjort gällande att harmoniseringsbyrån och vissa nationella organ har registrerat varumärken liknande det omtvistade för varor inom samma handelssektor. Förstainstansrätten och harmoniseringsbyrån skulle under dessa omständigheter ha en skyldighet att motivera varumärkenas bristande lämplighet att fullgöra huvudfunktionen hos denna typ av immaterialrättslig egendom.

50. Fokus för denna grund varierar beroende på om den tidigare registreringen av liknande tecken har ägt rum inom ett nationellt system eller inom ramen för gemenskapssystemet.

51. Inom det första området följer lösningen indirekt av domen i det flera gånger nämnda målet C-218/01, Henkel, där det i punkterna 63 och 64 påpekas att ett beslut om

22 — I dom av den 11 november 1997 i mål C-251/95, Sabel mot Puma (REG 1997, s. I-6191), punkt 23, tillämpades en liknande metod vid jämförelsen av två varumärken för att utreda om de innehöll oacceptabla likheter. En bedömning gjordes av det samlade intrycket av varumärket med hänsyn tagen till dess särskiljande och dominerande inslag.

registrering av ett varumärke i en medlemsstat inte är avgörande för frågan om en ansökan om registrering för en identisk eller liknande vara skall avslås eller beviljas i en annan medlemsstat.

52. Detta är, som jag påpekade i förslaget till avgörande i det målet (punkt 24), en följd av avsaknaden av organiska band mellan de statliga systemen, som inte är skyldiga att uppnå identiska resultat, [23] vilket gäller även i förhållandet mellan harmoniseringsbyrån och en nationell myndighet. Det betyder att beslut som fattas internt i medlemsstaterna inte är bindande vid harmoniseringsbyrån i Alicante.

53. Registreringen av ett varumärke är underkastad särskilda mönster som är tillämpliga under konkreta omständigheter, vilket innebär att ett tecken som har särskiljningsförmåga inom ett visst territorium kan vara olämpligt för samma uppgift inom ett annat geografiskt område.

54. Detta är svaret i punkt 56 i den överklagade domen, där det slås fast att registreringar som redan ägt rum i medlemsstaterna "utgör omständigheter som, utan att vara avgörande, endast kan beaktas vid registrering av ett gemenskapsvarumärke", med tillägget att "överklagandenämnden ... därför [beaktade]de nationella registreringarna på ett riktigt sätt när den angav att de inte innebar att dess bedömning skulle ändras". Det kan således konstateras att harmoniseringsbyrån dels har rätt att avvika från beslut fattade av andra organ utan motivering dels inte underlät att motivera sitt beslut.

55. I fråga om tidigare registreringar vid harmoniseringsbyrån i Alicante innehåller den överklagade domen, i punkt 55, en tillräcklig motivering i form av konstaterandet att tidigare beslutspraxis från överklagandenämnderna enligt domstolens rättspraxis inte är bindande, eftersom frågan huruvida ett kännetecken kan registreras som gemenskapsvarumärke enbart skall bedömas på grundval av tillämpliga gemenskapsbestämmelser. Klaganden har godtagit detta.

56. Även om detta svar skulle befinnas vara otillfredsställande skulle bristen sakna betydelse på grund av att de registreringar som SiSi-Werke har hänvisat till i överklagandet

23 — Vilket inte hindrar att de delvis harmoniserade effekterna av varumärkesdirektivet innebär att de nationella reglerna skall tolkas mot bakgrund av direktivets lydelse och syfte.

är av senare datum [24] än de ifrågasatta administrativa besluten, och att harmoniseringsbyrån inte kan vara bunden av rättsakter som vid den aktuella tidpunkten inte existerade.

E — *Konkurrenternas intresse som grund för beslutet (den tredje grunden)*

57. SiSi-Werke har gjort gällande att artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 i den överklagade domen enbart har tillämpats med utgångspunkt från konkurrenternas allmänna intresse, utan att vederbörlig hänsyn har tagits till konsumentintresset och till att företaget sedan många år obehindrat använt förpackningarna.

58. Denna kritik bygger på en feltolkning av den överklagade domen. En läsning av punkterna 32 och 54 tillsammans leder till den motsatta slutsatsen, eftersom det i den första anges att nämnda intresse inte är ett tillräckligt kriterium i sig för att neka registrering av ett varumärke eller för bedömningen av varumärkets särskiljningsförmåga. Bristen på särskiljningsförmåga behandlas i påföljande punkter (punkterna 33–53), och i punkt 54 betonas att överklagandenämnden hade fog för att åberopa risken för att det skall uppkomma en monopolsituation för upprättstående påsar för de åsyftade dryckerna, eftersom sådana påsar för drycker saknar särskiljningsförmåga ”i enlighet med det allmänna intresse som ligger till grund för det absoluta registreringshinder som föreskrivs i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94”.

59. Det kan således inte konstateras att förstainstansrätten har förklarat att de varumärken för vilka registrering begärts saknar särskiljningsförmåga enbart med utgångspunkt från konkurrenterna, eftersom kärnan i dess uttalande är att det är omöjligt för konsumenterna att vid valet av juicerna vara säkra på deras ursprung, då kännetecknet inte på ett tillfredsställande sätt upplyser dem om juicernas kommersiella ursprung. Konsumentnyttan motiverar de facto att varumärken som saknar särskiljningsförmåga nekas registrering.

60. Mot bakgrund av ovan sagda skall även den sista grunden för överklagandet underkännas.

24 — Ansökan om varumärken nr 2662781 och nr 2662765 ingavs den 22 april 2002 och beviljades den 1 respektive den 19 mars 2004; den sista ansökan, nr 2899078, ingavs den 21 oktober 2002 och registrerades den 23 januari 2004.

V — Rättegångskostnader

61. Enligt artikel 122, jämförd med artikel 69.2 i rättegångsreglerna, som är tillämplig i mål om överklagande enligt artikel 118, skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Följaktligen skall klaganden, om de grunder som denne har åberopat i enlighet med mitt förslag underkänns, förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

VI — Förslag till avgörande

62. Av ovan angivna skäl föreslår jag att domstolen skall ogilla SiSi-Werkes överklagande av förstainstansrättens dom av den 28 januari 2004 i de förenade målen T-146/02–T-153/02 och förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.