RETTENS DOM (Anden Afdeling)

28. januar 2004 *

I de forenede sager T-146/02 — T-153/02,

Deutsche SiSi-Werke GmbH & Co. Betriebs KG, Eppelheim (Tyskland), ved Rechtsanwalt A. Franke,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) ved G. Schneider, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

* Processprog: tysk.

angående påstande om annullation af afgørelser, der blev truffet af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) den 28. februar 2002 (sag R 719/1999-2 — R 724/1999-2, R 747/1999-2 og R 748/1999-2) vedrørende registrering af tredimensionale varemærker (stående poser),

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, N.J. Forwood, og dommerne J. Pirrung og A.W.H. Meij,

justitssekretær: fuldmægtig D. Christensen,

på grundlag af stævningerne, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 8. maj 2002,

på grundlag af kendelsen af 9. juli 2002 om forening af sagerne T-146/02 — T-153/02,

på grundlag af svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 20. september 2002,

og efter retsmødet den 23. september 2003,

har

Dom

Sagens baggrund

1 Den 8. juli 1997 indgav sagsøgeren otte EF-varemærkeansøgninger til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret.

2 De tredimensionale varemærker, der ansøgtes registreret, bestod af forskellige stående poser til drikkevarer. Poserne har en buet form med en udvidet bund og ligner ifølge ansøgningerne fra siden en aflang trekant eller en oval, der i visse tilfælde har indsnævringer i kanten.

3 De varer og tjenesteydelser, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under 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, som revideret og ændret.

4 Ved afgørelser af 24. og 27. september 1999 afslog undersøgeren de otte ansøgninger i medfør af artikel 38 i forordning nr. 40/94 med den begrundelse, at de varemærker, der var ansøgt registreret, fuldstændig manglede fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

5 Den 11. november 1999 indgav sagsøgeren i medfør af artikel 59 i forordning nr. 40/94 otte klager til Harmoniseringskontoret over undersøgerens afgørelser, idet selskabet begrænsede sine varemærkeansøgninger til følgende varer:

— »øl, mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft, saft og andre præparater til fremstilling af drikke«, der henhører under klasse 32

— »alkoholholdige drikke (dog ikke øl)«, der henhører under klasse 33.

6 Ved afgørelser af 28. februar 2002 (herefter »de anfægtede afgørelser«), der blev meddelt sagsøgeren den 11. marts 2002, forkastede appelkammeret klagen med den begrundelse, at de ansøgte varemærker ikke havde særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

7 Appelkammeret fandt i det væsentlige, at forbrugerne ikke ville opfatte de stående poser som angivelse af en handelsmæssig oprindelse, men alene som en indpakningsform. Appelkammeret tilføjede, at denne type emballage — i konkurrenternes, emballagefabrikanternes og drikkevareproducenternes interesse — ikke kunne være omfattet af en eneret.

8 Ved ansøgning af 6. maj 2002 til Harmoniseringskontoret har sagsøgeren begrænset sine varemærkeansøgninger til følgende varer: »frugtdrikke og frugtsaft«, der henhører under klasse 32.

Parternes påstande

9 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— De anfægtede afgørelser annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

10 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

Retlige bemærkninger

Sagens genstand

11 Harmoniseringskontoret har på forespørgsel bekræftet, at begrænsningen af listen over de omhandlede varer, som sagsøgeren har foretaget den 6. maj 2002 — efter vedtagelsen af de anfægtede afgørelser — er lovlig og virksom.

12 Retten har under retsmødet fastslået, at parterne er blevet enige om at lægge til grund, at de foreliggende sager på grund af denne begrænsning skal forstås således, at der kun påstås annullation af de anfægtede afgørelser, i det omfang disse ikke efterkommer sagsøgerens ansøgninger med hensyn til »frugtdrikke og frugtsaft«, der henhører under klasse 32.

Om de anfægtede afgørelsers retsgrundlag

13 Sagsøgeren har anført, at appelkammeret derved, at det har begrundet sine afgørelser med nødvendigheden af at undgå, at der opstår en eneret, har støttet sig på friholdelsesbehovet med hensyn til visse tegn og følgelig på artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94.

14 Retten bemærker, at sagsøgerens påstand om, at friholdelsesbehovet er benyttet som retsgrundlag, er fejlagtigt. For det første er artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 det eneste retsgrundlag, der er angivet i de anfægtede afgørelser. For det andet kan der ikke bevises nogen direkte og speciel forbindelse mellem risikoen for, at der opstår en eneret, og en særlig absolut registreringshindring. Tværtimod fremgår det af fast retspraksis, at de absolutte registreringshindringer i artikel 7, stk. 1, litra b)-e), i forordning nr. 40/94 er udtryk for fællesskabslovgivers ønske om at undgå anerkendelse af enerettigheder for en erhvervsdrivende, der kan hindre konkurrence på markedet for de pågældende varer eller tjenesteydelser (jf. med hensyn til den relative registreringshindring vedrørende et varemærkes særpræg Domstolens dom af 6.5.2003, sag C-104/01, Libertel, Sml. I, s. 3793, præmis 60).

15 Af de samme grunde har forkastelsen af sagsøgerens anbringende, der er støttet på artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94, imidlertid ikke i sig selv til følge, at

selskabets klagepunkter vedrørende anvendelsen af friholdelsesbehovet i den foreliggende sag forkastes. Disse klagepunkter opretholdes, i det omfang de vedrører den ulovlige anvendelse af dette begreb inden for rammerne af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

Om de ansøgte varemærkers særpræg

Parternes argumenter

16 Sagsøgeren er i det væsentlige af den opfattelse, at indpakning af frugtdrikke og frugtsaft i stående poser ikke er sædvanlig. Den usædvanlige karakter af denne type emballage for de omhandlede varer fjerner behovet for at friholde de omhandlede tegn og tilfører de ansøgte varemærker særpræg.

17 Sagsøgeren har fremhævet, at forbrugeren er vant til, at drikkevareemballager anvendes under markedsføringskampagner. I en sådan situation opfatter forbrugeren således drikkevarernes emballager som angivelser af varens handelsmæssige oprindelse.

18 Sagsøgeren har erkendt, at der er en almen interesse i at friholde tegn, der — fordi de svarer til den normale måde at betegne de pågældende varer eller tjenesteydelser eller deres egenskaber på — ikke kan udfylde den funktion at identificere virksomheden, der bringer dem på markedet. Derimod skal alle usædvanlige tegn, og navnlig den grafiske gengivelse af en vares form, kunne registreres som EF-varemærke. Sagsøgeren har med hensyn til de kriterier, der blev fastlagt i Libertel-dommen, som er nævnt ovenfor i præmis 14, understreget, at den almene interesse, der forfølges ved friholdelsesbehovet, ikke er berørt i den foreliggende sag. For det første er den pågældende sektor nemlig særdeles snæver, da den kun

vedrører frugtdrikke og frugtsaft, og for det andet henhører de ansøgte tegn ikke under en begrænset kategori, da antallet af mulige former for emballage til drikkevarer er uendeligt.

19 Sagsøgeren har bemærket, at det i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er tilstrækkeligt med et minimum af særpræg for, at et varemærke kan registreres. Det kan derfor ikke nægtes, at en tredimensional form har særpræg, hvis den er usædvanlig i den pågældende sektor.

20 Hvad angår selve varen har sagsøgeren fremhævet, at indpakningen af frugtdrikke og frugtsaft i stående poser ikke er sædvanlig. Som appelkammeret nemlig har erkendt, indpakkes og sælges disse drikkevarer oftest i flasker eller — mindre hyppigt — i dåser eller papkartoner. Da det stadig forholder sig sådan på trods af den handelsmæssige succes, som sagsøgeren allerede længe har haft med hensyn til stående poser, beviser dette den manglende almene interesse i at anvende sådanne poser til drikkevarer. Ifølge sagsøgeren er de stående poser med det udseende, som der er indgivet registrering af, endvidere fuldstændig usædvanlige og kan ikke kvalificeres som en almindelig variant af denne posetype. Poserne er endvidere vanskelige at fremstille teknisk set, de er dyre, og de frembyder ingen fordele i forhold til normal emballage af drikkevarer. I øvrigt giver posernes originale fremtoning — hovedsaglig på grund af deres form og deres metalagtige udseende, der skyldes en særlig teknik — de ansøgte varemærker et enestående udseende.

21 For gennemsnitsforbrugeren er de stående poser, for hvilke varemærkerne ansøges registreret, tilstrækkeligt originale til, at han derved kan genkende en bestemt, ikke alkoholholdig drikkevare, som han kan henføre til en bestemt fabrikant.

22 Sagsøgeren er af den opfattelse, at de produkter, der er blevet fundet på internettet, og som appelkammeret har henvist til i de anfægtede afgørelser, ikke beviser, at stående poser er almindeligt anvendt til frugtdrikke og frugtsaft. Disse

produkter taler på ingen måde for, at der foreligger et aktuelt friholdelsesbehov, da ingen af dem vedrører det europæiske marked. Produkterne — hvoraf nogle allerede fandtes år tilbage — kan heller ikke begrunde, at et friholdelsesbehov gør sig gældende for fremtiden.

23 Sagsøgeren finder, at appelkammeret — henset til Harmoniseringskontorets praksis — i den foreliggende sag har anvendt et for strengt originalitetskrav med hensyn til et varemærke, der udgør en drikkevares indpakning. Sagsøgeren har i den forbindelse navnlig fremhævet to fællesskabsregistreringer vedrørende flasken »Granini« og »Brunnenflasche« og en registrering vedrørende en rillet metaldåse til drikkevarer.

24 Endelig har sagsøgeren henvist til, at Deutsches Patent- und Markenamt (det tyske patent- og varemærkekontor) har registreret fire af de varemærker, med hensyn til hvilke der er blevet indgivet ansøgning. Sagsøgeren har i den forbindelse præciseret, at selv om Harmoniseringskontoret ikke er bundet af disse registreringer, skal disse alligevel undersøges til bunds ved vurderingen af de ansøgte varemærker, da Deutsches Patent- und Markenamt har anvendt den lovgivning, der svarer til Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), hvilket direktiv fortolkes ensartet af Fællesskabets retsinstanser og med hensyn til det omhandlede punkt på samme måde som forordning nr. 40/94.

25 Harmoniseringskontoret har anført, at appelkammeret alene har suppleret sin vurdering af spørgsmålet om de ansøgte varemærkers særpræg med nogle yderligere bemærkninger om risikoen for, at der opstår en eneret, uden at gøre dette til en betingelse for anvendelsen af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

26 Med hensyn til varer, der ikke kan markedsføres uden emballage (væsker eller let fordærvelige varer), og navnlig varer, der forbruges løbende, forudsætter den funktion at angive den handelsmæssige oprindelse ifølge Harmoniseringskontoret,

at varens emballage klart skiller sig ud fra alle tilsvarende indpakninger, der bruges til denne vare. Hvad angår de i hovedsagen ansøgte varemærker er Harmoniseringskontoret af den opfattelse, at forskellene mellem poserne, hvis præsentation der er ansøgt om registrering af, og de andre stående poser, der forefindes på markedet, ikke er tilstrækkelige til at give dem særpræg. Den sædvanlige karakter af denne type emballage for levnedsmidler generelt og navnlig for drikkevarer bevises ved opslag på de internet-sider, som appelkammeret har nævnt, og bekræftes ved opslag på andre internet-sider.

27 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at det forhold, at sagsøgeren i lang tid har anvendt poserne, hvis præsentation der er ansøgt om registrering af, kun kan tages i betragtning i forbindelse med artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, hvilken bestemmelse sagsøgeren ikke har påberåbt sig.

28 Hvad angår de nationale registreringer og Harmoniseringskontorets afgørelser, som sagsøgeren har fremhævet, har Harmoniseringskontoret bl.a. anført, at disse ikke juridisk set er bindende for det.

Rettens bemærkninger

29 Ifølge artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er det udelukket at registrere »varemærker, som mangler fornødent særpræg«.

30 De varemærker, der er nævnt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 som varemærker, der savner fornødent særpræg, er varemærker, der er uegnede til at udføre varemærkets væsentligste funktion, nemlig at angive varens eller tjenesteydelsens handelsmæssige oprindelse.

31 Som det fremgår af retspraksis, er de af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 omfattede varemærker navnlig de varemærker, der ud fra den relevante kundekreds' synspunkt er almindeligt anvendt i omsætningen til at præsentere de pågældende varer eller tjenesteydelser, eller i forhold til hvilke der i det mindste findes konkrete forhold, der gør det muligt at konkludere, at de kan anvendes på denne måde (Rettens dom af 2.7.2002, sag T-323/00, SAT.1 mod KHIM (SAT.2), Sml. II, s. 2839, præmis 37, og af 5.3.2003, sag T-194/01, Unilever mod KHIM (ægformet tablet), Sml. II, s. 383, præmis 39).

32 Det bemærkes, at den interesse, som konkurrenterne til den, der har ansøgt om registrering af et tredimensionalt varemærke, der udgøres af en fremstilling af varen, kan have i frit at kunne vælge deres egen vares form og design, imidlertid i sig selv hverken kan være en begrundelse for at nægte registrering eller et kriterium, der i sig selv er tilstrækkeligt til at bedømme varemærkets fornødne særpræg. Ved at udelukke registrering af tegn, der mangler det fornødne særpræg, beskytter artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 kun interessen i, at forskellige varianter af en vares fremtræden holdes til rådighed, i det omfang varens fremtræden, for hvilken der er ansøgt om registrering, ikke umiddelbart og uafhængigt af brugen i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 kan udfylde et varemærkes funktion, dvs. at give den relevante omsætningskreds mulighed for at adskille den pågældende vare fra varer af en anden handelsmæssig oprindelse.

33 Spørgsmålet om, hvorvidt et tegn har fornødent særpræg, kan kun bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, registreringsansøgningen vedrører, og under hensyn til, hvorledes det opfattes af den relevante kundekreds.

34 Hvad angår de foreliggende sager skal det præciseres, at de ansøgte varemærker består i de nævnte varers emballages udseende, dvs. af præsentationen af forskellige stående poser, der er beregnet til at emballere frugtdrikke og frugtsaft.

35 Appelkammeret fandt i hver af de anfægtede afgørelser, at »en køber af drikkevarer, der konfronteres med disse stående poser, i første omgang ikke vil se dem som en henvisning til en fabrikant, men alene vil opfatte dem som en form for beholder, hvori den drikkevare, som han ønsker at købe, befinder sig« (de anfægtede afgørelser, punkt 16, in fine), at alle de ansøgte præsentationer er sædvanlige beholdere for de varer, for hvilke sagsøgeren har indgivet sin registreringsansøgning (de anfægtede afgørelser, punkt 22, afgørelse R 722/1999-2, punkt 21), og at gennemsnitsforbrugeren opfatter dem som yderligere varianter af stående poser (de anfægtede afgørelser, punkt 20, undtagen afgørelse R 722/1999-2). Appelkammeret fandt endvidere, at en enkelt fabrikant — i betragtning af den stigende betydning, som denne type poser har for indpaknings- og drikkevareindustrien — ikke kan have eneret til stående poser som dem, der er omhandlet i den foreliggende sag (de anfægtede afgørelser, punkt 20, afgørelse R 722/1999-2, punkt 19).

36 Den kundekreds, der er berørt af de ansøgte varemærker, er samtlige endelige forbrugere. Frugtdrikke og frugtsaft udgør nemlig dagligvarer. De ansøgte varemærkers fornødne særpræg skal således bedømmes under hensyntagen til den formodede forventning hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger (jf. analogt Domstolens dom af 16.7.1998, sag C-210/96, Gut Springenheide og Tusky, Sml. I, s. 4657, præmis 30-32).

37 I den forbindelse bemærkes, at opfattelsen i den relevante kundekreds ikke nødvendigvis er den samme ved tredimensionale varemærker, der består af selve varens ydre, som ved ordmærker, figurmærker eller tredimensionale varemærker, der ikke består af dette ydre. Mens forbrugerne er vant til umiddelbart at opfatte de sidstnævnte varemærker som tegn, der identificerer varen, gælder dette ikke nødvendigvis, når tegnet er sammenfaldende med selve varens fremtræden (jf. analogt Libertel-dommen, nævnt ovenfor i præmis 14, præmis 65, og dommen om den ægformede tablet, der er nævnt ovenfor i præmis 31, præmis 45).

38 Da emballeringen af en flydende vare er påkrævet for markedsføringen, tillægger gennemsnitsforbrugeren i første omgang emballagen en ren indpakningsfunktion. Et tegn, der har andre funktioner end som varemærke, har imidlertid kun fornødent særpræg i den i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 anvendte betydning, hvis det uden videre kan opfattes som en oplysning om den handelsmæssige oprindelse af de pågældende varer eller tjenesteydelser, således at den relevante kundekreds uden risiko for forveksling kan adskille varemærkeindehaverens varer eller tjenesteydelser fra dem, der har en anden handelsmæssig oprindelse (Rettens dom af 5.12.2002, sag T-130/01, Sykes Enterprises mod KHIM (REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS), Sml. II, s. 5179, præmis 20). Gennemsnitsforbrugeren opfatter derfor kun en drikkevares emballages form som en angivelse af varens handelsmæssige oprindelse, hvis denne form uden videre er egnet til at blive opfattet som en sådan angivelse.

39 Sagsøgeren har indledningsvis anført, at emballering af frugtdrikke og frugtsaft i stående poser som sådan ikke er sædvanlig.

40 I den forbindelse har appelkammeret — henset til de i de anfægtede afgørelser nævnte internet-sider — på et retligt tilstrækkeligt grundlag konstateret dels, at de stående poser allerede blev anvendt til indpakning af visse drikkevarer, dels, at denne anvendelse kunne udbredes til alle typer af drikkevarer (de anfægtede afgørelser, punkt 17-19).

41 Sagsøgerens kritik med hensyn til den geografiske og tidsmæssige relevans af de eksempler, der er blevet fundet på internettet, kan ikke svække disse eksemplers relevans. En sammenfatning af informationerne, der er fundet på de nævnte forskellige sider på internettet, beviser, at sådanne poser for tiden anvendes i hele verden som emballage for drikkevarer, bl.a. til frugtsaft, og at der i Fællesskabet findes sådanne poser til emballering af flydende levnedsmidler. De således

tilgængelige informationer udgør konkrete indicier for, at de stående poser i handelen er almindeligt anvendt til præsentationen af de omhandlede varer eller i det mindste, at de kan anvendes på denne måde.

42 Da denne indpakningsmåde anvendes til flydende levnedsmidler i almindelighed, herunder til drikkevarer, har den ikke en tilstrækkeligt udpræget, usædvanlig karakter til, at gennemsnitsforbrugeren opfatter indpakningen i sig selv som en angivelse af den særlige handelsmæssige oprindelse for en vare i denne kategori. Denne mangel på særpræg for denne emballagetype til flydende levnedsmidler gør sig gældende for alle de varer, der henhører under denne kategori, og navnlig de drikkevarer, der er omhandlet i den foreliggende sag. Den forventelige udvikling af denne indpakningsmåde bekræfter om nødvendigt dens almindelige udbredelse.

43 Med hensyn til sagsøgerens argument, der er støttet på selskabets tidligere og ikke efterlignende anvendelse af den omhandlede emballagetype for de nævnte varer, skal det understreges, at selv den udelukkende anvendelse af et tegn ikke tilfører dette et egentligt særpræg. I henhold til opbygningen af artikel 7 i forordning nr. 40/94 kan brugen af et tegn nemlig kun tages i betragtning i forbindelse med denne bestemmelses stk. 3 for at bevise, at der er opnået et særpræg. Da sagsøgeren ikke har påberåbt sig, at der er opnået særpræg for de ansøgte varemærker ved brug i hele Fællesskabet, kan selskabets argument ikke tages til følge.

44 Sagsøgeren har dernæst fremhævet, at de ansøgte præsentationer indeholder designelementer, der ikke er begrænset til normale eller funktionelle kendetegn. Selskabet har i den forbindelse — ud over en række elementer, der svarer til en minutiøs beskrivelse af de poser, hvis præsentation der er ansøgt om registrering af — hovedsaglig påberåbt sig originaliteten ved posernes grundlæggende form, der nemlig — alt efter, hvilken pose der er tale om — er oval eller trekantet og deres metalagtige udseende.

45 Det helhedsindtryk, som fremkaldes af de omhandlede posers ydre, skal derfor undersøges (jf. analogt Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 23), hvilket ikke er uforeneligt med en undersøgelse hver for sig af de forskellige ydre træk, der er anvendt (dommen om den ægformede tablet, nævnt ovenfor i præmis 31, præmis 54).

46 I den forbindelse skal det indledningsvis fastslås, at de ansøgte præsentationer svarer til en bestemt type indpakning af væsker. De eksempler på stående poser, der blev anført i de anfægtede afgørelser, viser meget generelt, at poserne består af tre overflader, der er sammenføjet ved en svejsning af de fem kanter, og som har en kvadratisk eller rektangulær for- og bagside.

47 De fleste af de designelementer, som sagsøgeren har fremhævet, svarer enten blot til de stående posers artstypiske form, eller også er de for ubetydelige til, at de kan huskes af den relevante kundekreds. Således kan den buede udformning, de parallelle linjer på kanten eller den øverste horisontale linje, der svarer til en svejsning, ikke give sagsøgerens posers fremtoning noget særpræg i forhold til den grundlæggende form, som stående poser har. I øvrigt kan halvcirklen eller V'et, som svejsningen i bunden af poserne former, den forskellige størrelse af for- og bagsiden, eller det forhold, at der mangler en linje øverst, ikke af den relevante kundekreds opfattes som kendetegn, der gør det muligt for dem at genkende poserne.

48 Der er herefter tre elementer tilbage, der kunne begrunde, at de omhandlede posers fremtoning synligt er anderledes i forhold til en almindelig form af en stående pose, nemlig posernes grundlæggende former, indsnævringerne i kanten og det metalagtige udseende.

49 Hvad for det første angår de forskellige omhandlede posers grundlæggende former består disse af et rektangel, en oval eller en trekant. De svarer til de grundlæggende geometriske former, sådan som de kan anvendes på stående poser. Endvidere løber de ovale eller trekantede former — fordi dette teknisk set er nødvendigt og på grund af formålet med denne emballage, nemlig at stå op — ud i lige rande nederst og øverst, der gør, at de ligner en firkant eller et rektangel. Som følge heraf kan disse grundlæggende former ikke i sig selv tilføre de ansøgte varemærker særpræg, da de sædvanligt anvendes til eller kan anvendes til stående poser.

50 Hvad for det andet angår indsnævringerne i kanten på fire af de ansøgte præsentationer bliver disse hos gennemsnitsforbrugeren opfattet således, at det er nemmere at gribe fat i poserne. Desuden er disse indsnævringer for ubetydelige til — eller udgør variationer af de lige kanter, der er for almindelige til — at de i sig selv kan give de omhandlede former særpræg.

51 Hvad for det tredje angår posernes metalagtige udseende, der følger af den grå farve, som lyset spiller i, bliver dette med urette eller med rette af den relevante kundekreds opfattet som en bestanddel af det materiale, der blev anvendt ved fremstillingen af poserne. Dette metalagtige udseende bliver derfor ikke af gennemsnitsforbrugeren opfattet som en angivelse af de omhandlede varers handelsmæssige oprindelse.

52 Hvad endelig angår helhedsindtrykket af hver af de omhandlede posers udseende fandt appelkammeret med rette, at forskellen mellem de ansøgte former og ydre træk og en stående poses artstypiske udseende er simple varianter af dette udseende. Summen af disse forskelle tilfører ikke hver af de omhandlede posers helhedsindtryk en tydelig forskel i forhold til en stående poses artstypiske

udseende. Sammensætningen af de forskellige små designelementer eller de forskellige posers udseende som helhed kan gennemsnitsforbrugeren — hvis opmærksomhed i den forbindelse ikke er særlig stor — ikke huske som en angivelse af de nævnte varers handelsmæssige oprindelse.

53 Det skal endvidere tilføjes, at de tekniske vanskeligheder eller omkostningerne ved at fremstille poserne i overensstemmelse med de ansøgte præsentationer ikke er relevante kriterier ved vurderingen af, om de ansøgte varemærker har fornødent særpræg. En form, der overhovedet ikke har særpræg, kan nemlig ikke opnå særpræg på grund af vanskelighederne eller omkostningerne ved fremstillingen.

54 Endvidere nævnte appelkammeret med rette risikoen for, at der skulle opstå en eneret med hensyn til de stående poser til de nævnte drikke, da undersøgelsen havde bekræftet, at poserne til disse varer ikke har særpræg, 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. Desuden er risikoen for, at der opstår en eneret i den foreliggende sag, så meget desto større som de foreliggende varemærkeansøgninger omfatter en stor del af de tænkelige variationer i forhold til den artstypiske form for stående poser.

55 Med hensyn til sagsøgerens påberåbelse af forskellige fællesskabsregistreringer af indpakning af drikkevarer bemærkes, at spørgsmålet om, hvorvidt et tegn kan registreres som EF-varemærke, i henhold til fast retspraksis udelukkende skal bedømmes på grundlag af de relevante fællesskabsbestemmelser som fortolket af Fællesskabets retsinstanser, og ikke på grundlag af appelkamrenes tidligere afgørelsespraksis (SAT.2-dommen, nævnt ovenfor i præmis 31, præmis 60, og dommen i sagen Sykes Enterprises mod KHIM (REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS), nævnt ovenfor i præmis 38).

56 For så vidt angår argumentet om de fire varemærker, som Deutsches Patent- und Markenamt har registreret, og hvoraf tre har stor lighed med nogle af de varemærker, der er ansøgt om registrering af i den foreliggende sag (sag T-148/02, T-149/02 og T-151/02), følger det af fast retspraksis, at registreringer, der allerede er foretaget i medlemsstaterne, er et forhold, som — uden at være bestemmende — alene kan tages i betragtning ved registreringen af et EF-varemærke (jf. dommen i sagen om den ægformede tablet, nævnt ovenfor i præmis 31, præmis 68 og den deri nævnte retspraksis). Appelkammeret har som følge heraf korrekt taget disse nationale registreringer i betragtning, idet det har præciseret, at registreringerne ikke førte til, at det ændrede sin vurdering.

57 Herefter var det med rette, at appelkammeret fandt, at de otte præsentationer af stående poser ikke havde særpræg med hensyn til de pågældende varer, herunder frugtdrikke og frugtsaft.

58 Harmoniseringskontoret må følgelig frifindes.

Sagsomkostningerne

59 I medfør af artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor dømmes til at betale sagsomkostningerne i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling)

1) **Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) frifindes.**

2) **Sagsøgeren betaler sagsomkostningerne.**

Forwood Pirrung Meij

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 28. januar 2004.

H. Jung

Justitssekretær

J. Pirrung

Afdelingsformand