FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)
28 januari 2004 *

I de förenade målen T-146/02–T-153/02,

Deutsche SiSi-Werke GmbH & Co. Betriebs KG, Eppelheim (Tyskland), företrätt av advokaten A. Franke,

sökande,

mot

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

svarande,

* Rättegångsspråk: tyska.

angående en talan om ogiltigförklaring av beslut som fattats av andra överklagandenämnden vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) den 28 februari 2002 (ärendena R 719/1999-2–R 724/199-2, R 747/1999-2 och R 748/1999-2) avseende registrering av tredimensionella varumärken (upprättstående påsar),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen),

sammansatt av ordföranden N.J. Forwood samt domarna J. Pirrung och A.W. H. Meij,

justitiesekreterare: byrådirektören D. Christensen,

med beaktande av de ansökningar som ingavs till förstainstansrättens kansli den 8 maj 2002,

med beaktande av beslutet av den 9 juli 2002 att förena mål T-146/02–T-153/02,

med beaktande av det svaromål som ingavs till förstainstansrättens kansli den 20 september 2002,

efter förhandlingen den 23 september 2003,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Sökanden ingav den 8 juli 1997 åtta ansökningar om registrering av gemenskapsvarumärken till Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (nedan kallad harmoniseringsbyrån) med stöd av rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3), i ändrad lydelse.

2 De tredimensionella varumärken som registreringsansökan avsåg utgjordes av olika upprättstående påsar för drycker. Påsarna hade rundad form med vid botten och hade enligt ansökningarna en sida som närmade sig en förlängd triangel eller en oval med i vissa fall fördjupningar på sidorna.

3 De varor och tjänster som ansökan om varumärkesregistrering avser omfattas av klasserna 1, 3, 5, 6, 16, 20, 29, 30, 32, 33, 39 och 40 i Niceöverenskommelsen av den 15 juni 1957 om internationell klassificering av varor och tjänster för varumärkesregistrering, med ändringar och tillägg.

4 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 ifrågavarande varumärkena saknade särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94.

5 Den 11 november 1999 ingav sökanden åtta överklaganden mot granskarens beslut till harmoniseringsbyrån i enlighet med artikel 59 i förordning nr 40/94. Sökanden begränsade härvid sina varumärkesansökningar till följande produkter:

— "Öl; mineral- och kolsyrat vatten samt andra icke alkoholhaltiga drycker; fruktdrycker och -juicer; safter och andra koncentrat för framställning av drycker" som ingår i klass 32.

— "Alkoholhaltiga drycker (ej öl)" som ingår i klass 33.

6 Genom beslut av den 28 februari 2002, vilka delgavs sökanden den 11 mars 2002, (nedan kallade de ifrågasatta besluten) ogillade överklagandenämnden överklagandena, med motiveringen att de ifrågavarande varumärkena saknade särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94.

7 Överklagandenämnden ansåg att konsumenterna inte uppfattar de upprättstående påsarna som en angivelse av det kommersiella ursprunget utan endast som en förpackningsform. Överklagandenämnden tillade att detta slags förpackning i konkurrenternas, förpackningstillverkarnas och dryckestillverkarnas intresse inte kunde göras till föremål för en ensamrätt.

8 I en ansökan till harmoniseringsbyrån av den 6 maj 2002 begränsade sökanden sina varumärkesansökningar till följande produkter: "fruktdrycker och -juicer" som ingår i klass 32.

Parternas yrkanden

9 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara de ifrågasatta besluten,

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

10 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan,

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

Föremålet för tvisten

11 När harmoniseringsbyrån tillfrågades på denna punkt bekräftade den att den begränsning av de varor som avsågs med ansökan som sökanden gjorde den 6 maj 2002, det vill säga efter det att de ifrågasatta besluten hade fattats, var rättsenlig och verkningsfull.

12 Förstainstansrätten finner att parterna under förhandlingen kommit överens om ståndpunkten att förevarande talan, på grund av den ovannämnda begränsningen skall förstås så att de ifrågasatta besluten begärs ogiltigförklarade endast till den del sökandens ansökan inte bifallits avseende "fruktdrycker och -juicer" som ingår i klass 32.

Den rättsliga grunden för de ifrågasatta besluten

13 Sökanden har hävdat att överklagandenämnden, genom att motivera sina beslut med behovet att undvika en ensamrätt, har grundat besluten på frihållningsbehovet för vissa kännetecken och därmed på artikel 7.1 c i förordning nr 40/94.

14 Förstainstansrätten anser att sökandens slutsats avseende den rättsliga grunden för frihållningsbehovet är felaktig. Artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 är den enda rättsliga grund som angetts i de ifrågasatta besluten. Vidare kan inte något direkt och uteslutande samband påvisas mellan risken för att en monopolsituation uppkommer och ett visst absolut registreringshinder. Enligt fast rättspraxis uttrycker de absoluta registreringshindren i artikel 7.1 b–7.1 e i förordning nr 40/94 gemenskapslagstiftarens strävan att undvika att en aktör får exklusiva rättigheter som kan hindra konkurrensen på marknaden för varorna eller tjänsterna i fråga (se, beträffande registreringshindret som avser varumärkets särskiljningsförmåga, domstolens dom av den 6 maj 2003 i mål C-104/01, Libertel, REG 2003, s. I-3793, punkt 60).

15 Den omständigheten att talan inte kan bifallas på den grund sökanden anfört i enlighet med artikel 7.1 c i förordning nr 40/94 innebär inte i sig att talan inte kan

bifallas på grundval av sökandens invändningar avseende tillämpningen av frihållningsbehovet i förevarande mål. Dessa invändningar kvarstår i den mån de avser att begreppet tillämpats på ett rättsstridigt sätt i samband med artikel 7.1 b i förordning nr 40/94.

Huruvida de sökta varumärkena har särskiljningsförmåga

Parternas argument

16 Sökanden anser att förpackning av fruktdrycker och juicer i upprättstående påsar inte är vanligt förekommande. Att detta slags förpackning är ovanlig i samband med de avsedda varorna medför att frihållningsbehov saknas med avseende på de ifrågavarande kännetecknen och att de varumärken som ansökan avser erhåller särskiljningsförmåga.

17 Sökanden har anfört att konsumenterna är vana vid att dryckesförpackningar används i marknadsföringskampanjer. Konsumenterna uppfattar därför dryckesförpackningarna som en angivelse av varans kommersiella ursprung.

18 Sökanden har medgett att det finns ett allmänt intresse av att hålla kännetecken tillgängliga, när de sammanfaller med det sedvanliga sättet att ange berörda varor eller tjänster eller vad som är kännetecknande för dessa, och de inte kan fylla funktionen att ange vilket företag som fört ut varorna eller tjänsterna på marknaden. Alla ovanliga kännetecken och särskilt en grafisk framställning av en varas form kan registreras som gemenskapsvarumärke. Med hänsyn till de kriterier som fastslogs i domen i det ovan i punkt 14 angivna målet Libertel har sökanden betonat att det allmänna intresset av ett frihållningsbehov, inte sätts i fråga i förevarande fall. Den berörda sektorn är nämligen synnerligen begränsad, eftersom den endast avser fruktdrycker och fruktjuicer. Vidare utgör de

kännetecken som ansökan avser inte en del av en begränsad kategori, eftersom det finns oändliga möjligheter att variera formen på dryckesförpackningar.

19 Sökanden har anmärkt att det i enlighet med artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 räcker med ett minimum av särskiljningsförmåga för att ett varumärke skall kunna registreras. En tredimensionell form som är ovanlig i den berörda sektorn kan därför inte sägas sakna särskiljningsförmåga.

20 Beträffande själva varan har sökanden anfört att förpackning av fruktdrycker och fruktjuicer i upprättstående påsar inte är vanligt förekommande. Såsom överklagandenämnden har medgivit förpackas och säljs sådana drycker vanligen i flaskor eller, mindre ofta, i burkar eller kartonger. Denna omständighet består, trots att sökanden sedan länge haft kommersiell framgång med upprättstående påsar, vilket visar att det inte finns något allmänt intresse av att använda sådana påsar för drycker. Enligt sökanden är dessutom upprättstående påsar med det utseende som ansökan avser mycket osedvanliga och de kan inte sägas bara utgöra en enkel variant av detta slags påse. De är i övrigt tekniskt komplicerade att göra. De är kostsamma och de har inga fördelar jämfört med sedvanliga dryckesförpackningar. Deras originella utseende, vilket huvudsakligen hänför sig till formen och det metalliska utseendet som beror på en särskild teknik, ger i övrigt de varumärken som ansökan avser ett unikt utseende.

21 De upprättstående påsar som avses med de varumärken som utgör de varumärken som ansökan avser är tillräckligt originella för att genomsnittskonsumenten skall kunna känna igen en viss alkoholfri dryck och hänföra den till en viss tillverkare.

22 Sökanden anser att den sedvanliga karaktären på upprättstående påsar för fruktjuicer och fruktdrycker inte framgår av de artiklar från Internet som överklagandenämnden åberopat. Dessa artiklar tillför inte någonting avseende det

aktuella frihållningsbehovet, eftersom ingen av dem avser den europeiska marknaden. Inte heller ett framtida frihållningsbehov kan anses befogat med stöd av dessa artiklar, varav vissa är flera år gamla.

23 Med beaktande av harmoniseringsbyråns praxis anser sökanden att överklagandenämnden i förevarande fall har tillämpat kravet på originalitet för strängt när det gäller ett varumärke bestående av en avbildning av en dryckesförpackning. Sökanden har härvid särskilt åberopat två gemenskapsregistreringar av flaskan "Granini" och av "Brunnenflasche" och en registrering av en vågig metallburk för drycker.

24 Sökanden har slutligen anfört att Deutsches Patent- und Markenamt (tyska patent- och varumärkesmyndigheten) registrerat fyra av de varumärken som nu är föremål för registreringsansökan. Sökanden har härvid preciserat att dessa registreringar, även om harmoniseringsbyrån inte är bunden av dem, borde undersökas vid bedömningen av de varumärken som ansökan avser, eftersom Deutsches Patent- und Markenamt tillämpar en lagstiftning som överensstämmer med rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT L 40, 1989, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178), som gemenskapsdomstolarna tolkat på ett enhetligt sätt och som är analogt med den berörda punkten i förordning nr 40/94.

25 Harmoniseringsbyrån har anfört att överklagandenämnden endast kompletterat bedömningen av de varumärken som ansökan avser med ytterligare anmärkningar avseende risken för att det uppkommer en monopolsituation, men att överklagandenämnden inte gjort detta till ett villkor för tillämpning av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94.

26 För att kunna ange det kommersiella ursprunget för varor som inte kan säljas utan förpackning (vätskor och färskvaror), och i synnerhet för dagligvaror, förutsätts enligt harmoniseringsbyrån att varans förpackning klart skiljer sig från

alla jämförbara förpackningar som används för den varan. Harmoniseringsbyrån anser beträffande de varumärken som ansökan avser i förevarande fall att skillnaderna mellan de påsar vars utseende ansökan avser och övriga upprättstående påsar på marknaden inte är tillräckliga för att de förstnämnda skall anses ha särskiljningsförmåga. Att detta slags förpackning är sedvanlig för livsmedel i allmänhet och för drycker i synnerhet framgår av en granskning av de internetsidor som överklagandenämnden angett och bekräftas av en granskning av andra internetsidor.

27 Harmoniseringsbyrån har hävdat att den omständigheten att sökanden sedan lång tid använder sådana påsar vars utseende ansökan avser inte kan beaktas med avseende på artikel 7.3 i förordning nr 40/94, vilken inte åberopats av sökanden.

28 Harmoniseringsbyrån har erinrat om att den inte är rättsligt bunden av de nationella registreringar och beslut från harmoniseringsbyrån som sökanden åberopat.

Förstainstansrättens bedömning

29 Enligt lydelsen i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 föreligger hinder för registrering av "[v]arumärken som saknar särskiljningsförmåga".

30 De varumärken som saknar särskiljningsförmåga enligt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 är sådana som inte kan fylla varumärkets huvudsakliga funktion, nämligen att identifiera varans eller tjänstens kommersiella ursprung.

31 Det framgår av rättspraxis att i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 avses bland annat sådana varumärken som ur målgruppens perspektiv är allmänt förekommande i handeln för att presentera de aktuella varorna eller tjänsterna eller i förhållande till vilka det åtminstone finns konkreta indikationer på att de kan användas på ett sådant sätt (förstainstansrättens dom av den 2 juli 2002 i mål T-323/00, SAT.1 mot harmoniseringsbyrån (SAT.2), REG 2002, s. II-2839, punkt 37, och av den 5 mars 2003 i mål T-194/01, Unilever mot harmoniseringsbyrån (äggformad tablett), REG 2003, s. II-383, punkt 39).

32 Förstainstansrätten erinrar om att det intresse som konkurrenterna till en sökande av ett tredimensionellt varumärke, som utgörs av en varas utförande, kan ha av att fritt kunna välja form och mönster på sina egna varor emellertid varken är ett skäl som kan motivera en vägran att registrera ett sådant varumärke eller ett tillräckligt kriterium i sig för bedömning av varumärkets särskiljningsförmåga. Förbudet i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 mot registrering av varumärken som saknar särskiljningsförmåga medför ett skydd för intresset av att olika varianter av en varas utförande hålls fria, endast i den mån som utförandet av den vara som ansökan om registrering avser inte kan fylla ett varumärkes funktion — från början och oberoende av dess användning i den mening som avses i artikel 7.3 i förordning nr 40/94 — det vill säga göra det möjligt för den relevanta målgruppen att särskilja den vara som bär varumärket, från andra med ett annat ursprung i handeln.

33 Frågan huruvida ett kännetecken har särskiljningsförmåga kan endast bedömas dels i förhållande till de varor eller tjänster för vilka registrering av kännetecknet har begärts, dels i förhållande till hur den relevanta målgruppen uppfattar kännetecknet.

34 Förstainstansrätten preciserar beträffande förevarande talan att de varumärken som ansökan avser utgörs av utseendet på förpackningen till de ifrågavarande varorna, nämligen av en avbildning av olika upprättstående påsar avsedda att användas som förpackningar för fruktdrycker och fruktjuicer.

35 Överklagandenämnden fann i vart och ett av de ifrågasatta besluten att "när någon köper drycker och ställs inför en sådan upprättstående påse ser köparen inte påsen som en hänvisning till tillverkaren, utan endast som ett slags behållare som innehåller den dryck han vill köpa" (de ifrågasatta besluten, punkt 16, slutet). Överklagandenämnden fann vidare att samtliga avbildningar som begärts registrerade motsvarade en sedvanlig behållare för sådana varor som dem för vilka sökanden har ansökt om registrering (de ifrågasatta besluten, punkt 22, beslut i ärende R 722/1999-2, punkt 21). Överklagandenämnden fann även att genomsnittskonsumenten skulle uppfatta dem som ytterligare varianter av upprättstående påsar (de ifrågasatta besluten, punkt 20, utom avseende beslutet i ärende R 722/1999-2). Med beaktande av den ökade betydelse som detta slags påsar har för förpacknings- och dryckesindustrierna ansåg överklagandenämnden även att en enda tillverkare inte kan ha ensamrätt till upprättstående påsar som dem som är i fråga i förevarande fall (de ifrågasatta besluten, punkt 20, beslut i ärende R 722/1999-2, punkt 19).

36 Den målgrupp som berörs av de varumärken som ansökan avser består av samtliga slutkonsumenter. Fruktdrycker och fruktjuicer är nämligen dagligvaror. Således skall särskiljningsförmågan hos de sökta varumärkena bedömas med hänsyn till de förväntningar som en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument kan tänkas ha (se analogt domstolens dom av den 16 juli 1998 i mål C-210/96, Gut Springenheide och Tusky, REG 1998, s. I-4657, punkterna 30–32).

37 Förstainstansrätten erinrar härvid om att den relevanta målgruppen inte nödvändigtvis uppfattar ett tredimensionellt varumärke som utgörs av själva varans utseende på samma sätt som ett ordmärke, ett figurmärke eller ett tredimensionellt varumärke som inte utgörs av detta utseende. Allmänheten är nämligen van vid att omedelbart uppfatta de sistnämnda varumärkena som kännetecken som anger en varas ursprung, vilket inte nödvändigtvis gäller för kännetecken som sammanfaller med själva varans utseende (se analogt domen i det ovan i punkt 14 nämnda målet Libertel, punkt 65, och domen i det ovan i punkt 31 nämnda målet äggformad tablett, punkt 45).

38 Eftersom det är nödvändigt att förpacka en vätska för att kunna sälja den ser genomsnittskonsumenten i första hand förpackningsfunktionen. Ett kännetecken som fyller andra funktioner än den funktion som varumärket fyller har emellertid endast särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 om tecknet omedelbart kan uppfattas som en upplysning om det kommersiella ursprunget för de berörda varorna eller tjänsterna, så att målgruppen utan risk för förväxling kan särskilja varumärkesinnehavarens varor eller tjänster från dem som har ett annat kommersiellt ursprung. (förstainstansrättens dom av den 5 december 2002 i mål T-130/01, Sykes Enterprises mot harmoniseringsbyrån (REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS), REG 2002, s. II-5179, punkt 20). Genomsnittskonsumenten uppfattar därför formen på en dryckesförpackning som en angivelse av varans kommersiella ursprung endast om formen omedelbart kan uppfattas som en sådan angivelse.

39 Sökanden har för det första hävdat att förpackning av fruktdrycker och fruktjuicer i upprättstående påsar inte är vanligt förekommande i sig.

40 Överklagandenämnden har i detta avseende, med beaktande av de i de ifrågasatta besluten angivna internetsidorna, styrkt dels att upprättstående påsar redan använts för att förpacka vissa drycker, dels att denna användning kunde spridas till alla slags drycker (de ifrågasatta besluten, punkterna 17–19).

41 Sökandens kritik mot de exempel som påträffats på Internet med avseende på deras relevans i geografiskt hänseende och i tiden påverkar inte exemplens relevans. När upplysningar som påträffats på olika internetsidor sammanförs framkommer det att påsar som de i förevarande mål aktuella påsarna för närvarande används i hela världen för att förpacka drycker, i synnerhet juicer, och att sådana påsar finns inom gemenskapen som förpackning för flytande livsmedel. De sålunda påträffade upplysningarna utgör konkreta indicier på att upprätt-

stående påsar är allmänt förekommande i handeln för att presentera de ifrågavarande varorna eller åtminstone för att upprättstående påsar kan användas på det sättet.

42 Eftersom det ifrågavarande förpackningssättet används för flytande livsmedel i allmänhet och däribland drycker, kan det inte anses vara osedvanligt på ett tillräckligt tydligt sätt för att genomsnittskonsumenten skall uppfatta förpackningen i sig som en angivelse av ett särskilt kommersiellt ursprung avseende en vara av detta slag. Bristen på särskiljningsförmåga hos detta slags förpackning för flytande livsmedel omfattar alla varor av det aktuella slaget och särskilt de drycker som avses i förevarande mål. Om så skulle vara nödvändigt bekräftas det allmänna bruket av detta förpackningssätt av den förutsebara utvecklingen av denna användning.

43 Beträffande sökandens argument att det sedan lång tid använt detta slags förpackning för de utpekade varorna och inte kopierat den, betonar förstainstansrätten att ett kännetecken inte får en inneboende särskiljningsförmåga även om det används av endast en näringsidkare. Enligt systematiken i artikel 7 i förordning nr 40/94 kan användningen av ett kännetecken endast beaktas med avseende på artikel 7.3 för att visa att varumärket till följd av användning har uppnått särskiljningsförmåga. Eftersom sökanden inte åberopat att de varumärken som ansökan avser har uppnått särskiljningsförmåga till följd av användning i hela gemenskapen kan detta argument inte godtas.

44 Sökanden har även hävdat att de avbildningar som avses i ansökningarna även innehåller designelement som inte begränsats till sedvanliga eller funktionella beståndsdelar. Utöver en rad beståndsdelar som motsvarar en ytterst noggrann beskrivning av de påsar för vilkas avbildning registrering har begärts, har sökanden härvid i huvudsak åberopat att påsarnas huvudsakliga form är originell, nämligen att de är ovala respektive triangulära och att de har ett metalliskt utseende.

45 Förstainstansrätten skall bedöma vilket helhetsintryck de ifrågavarande påsarnas utseende ger (se analogt domstolens dom av den 11 november 1997 i mål C-251/95, SABEL, REG 1997, s. I-6191, punkt 23), något som inte är oförenligt med en successiv genomgång av de olika beståndsdelarna i utförandet (domen i det ovan i punkt 31 nämnda målet äggformad tablett, punkt 54).

46 Förstainstansrätten konstaterar härvid att de avbildningar för vilka registrering har begärts motsvarar ett visst slags förpackning för vätskor. Exemplen på upprättstående påsar i de ifrågasatta besluten utvisar att sådana påsar i mycket allmänna termer utgörs av tre sidor sammanlödda genom fem kanter. Påsarna har kvadratisk eller rektangulär framsida och baksida.

47 De flesta av de designelement som sökanden åberopat motsvarar helt enkelt den allmänna formen hos upprättstående påsar eller är för obetydliga för att den relevanta målgruppen skall kunna minnas dem. Således medför inte vare sig en rundad form, parallella linjer längs sidan eller en horisontell linje överst, motsvarande en lödfog, att utseendet på sökandens påsar har någon som helst särskiljningsförmåga i förhållande till grundformen hos upprättstående påsar. En cirkelbåge, det V som bildas av lödfogen i påsarnas botten, fram- och baksidornas olika storlek eller den omständigheten att den översta linjen saknas kan i övrigt inte uppfattas av den relevanta målgruppen som sådana egenskaper som gör det möjligt att känna igen påsarna.

48 Därmed kvarstår tre beståndsdelar som kan utgöra förnimbara skillnader mellan utseendet på de ifrågavarande påsarna och grundformen hos upprättstående påsar, nämligen påsarnas huvudsakliga form, fördjupningar på sidorna och metalliska utseende.

49 För det första utgörs den huvudsakliga formen hos olika ifrågavarande påsar av en rektangel, en oval eller en triangel. Den huvudsakliga formen motsvarar de geometriska grundformer som kan användas för upprättstående påsar. På grund av tekniska begränsningar och på att förpackningen skall stå upprätt har de ovala och triangulära påsarna fasats av längs den nedre och övre raka kanten, varigenom dessa former närmar sig en kvadrat eller en rektangel. Dessa huvudsakliga former kan därför inte i sig ge de sökta varumärkena särskiljningsförmåga, eftersom de är eller kan vara i allmänt bruk med avseende på upprättstående påsar.

50 För det andra förknippar genomsnittskonsumenten fördjupningarna på sidorna hos fyra av de avbildningar för vilka registrering begärts med att påsarna är greppvänligare. Fördjupningarna är dessutom så obetydliga eller utgör så grundläggande variationer av de raka kanterna att de inte i sig medför att de ifrågavarande formerna erhåller särskiljningsförmåga.

51 Det metalliska utseendet hos påsarna åstadkoms för det tredje genom ljusspel i en grå färg. Den relevanta målgruppen kommer med rätt eller orätt att uppfatta att detta beror på materialet i det blad som använts för att tillverka påsarna. Genomsnittskonsumenten kommer därför inte att uppfatta det metalliska utseendet som en angivelse av de åsyftade varornas kommersiella ursprung.

52 Vad slutligen avser helhetsintrycket av var och en av de ifrågavarande påsarna hade överklagandenämnden fog för att anse att skillnaderna mellan formerna och utseendena enligt ansökningarna och det allmänna utseendet hos upprättstående påsar endast utgör enkla variationer av detta utseende. Dessa skillnader tillsammans medför inte att helhetsintrycket av var och en av de ifrågavarande

påsarna blir väsentligt annorlunda jämfört med en upprättstående påses normala utseende. Genomsnittskonsumenten är inte så uppmärksam i detta avseende och han kan inte lägga en sammansättning av obetydliga designelement eller helhetsintrycket av olika påsar på minnet som en angivelse av de åsyftade varornas kommersiella ursprung.

53 Förstainstansrätten tillägger att tekniska svårigheter och tillverkningskostnader för påsar med det utseende som ansökan avser inte utgör relevanta kriterier för att avgöra om de sökta varumärkena har särskiljningsförmåga. En form som fullständigt saknar särskiljningsförmåga får inte särskiljningsförmåga på grund av svårigheterna eller kostnaderna för att tillverka den.

54 Överklagandenämnden hade i övrigt fog för att åberopa risken för att det skall uppkomma en monopolsituation för upprättstående påsar för de åsyftade dryckerna, eftersom det genom utredningen ovan framgår att 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. Risken för att det skall uppkomma en monopolsituation är ännu tydligare i förevarande mål, eftersom de aktuella varumärkesansökningarna omfattar en stor del av de tänkbara variationerna av den allmänna formen hos upprättstående påsar.

55 Sökanden har åberopat olika dryckesförpackningar som registrerats som gemenskapsvarumärken. Förstainstansrätten erinrar härvid om att frågan huruvida ett kännetecken kan registreras som gemenskapsvarumärke enligt fast rättspraxis enbart skall bedömas på grundval av tillämpliga gemenskapsbestämmelser, såsom de tolkas av gemenskapsdomstolarna, och inte mot bakgrund av en tidigare beslutspraxis från överklagandenämnderna (domen i det ovan i punkt 31 nämnda målet SAT.2, punkt 60, och i det ovan i punkt 38 nämnda målet Sykes Enterprises mot harmoniseringsbyrån (REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS)).

56 Beträffande det argument sökanden åberopat med avseende på att Deutsches Patent- und Markenamt registrerat fyra varumärken, varav tre är mycket lika vissa av de varumärken som ansökan avser i förevarande mål (mål T-148/02, T-149/02 och T-151/02), framgår det av fast rättspraxis att registreringar som redan ägt rum i medlemsstaterna enbart utgör omständigheter som, utan att vara avgörande, endast kan beaktas vid registrering av ett gemenskapsvarumärke (se domen i det ovan i punkt 31 nämnda målet äggformad tablett, punkt 68, och anförd rättspraxis). Överklagandenämnden beaktade därför de nationella registreringarna på ett riktigt sätt när den angav att de inte innebar att dess bedömning skulle ändras.

57 Med hänsyn till vad som anförts hade överklagandenämnden fog för att anse att de åtta avbildningarna av upprättstående påsar saknade särskiljningsförmåga med avseende på de åsyftade varorna, inbegripet fruktdrycker och fruktjuicer.

58 Talan i målen skall således ogillas.

Rättegångskostnader

59 Enligt artikel 87.2 i förstainstansrättens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Harmoniseringsbyrån har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, skall harmoniseringsbyråns yrkande bifallas.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN

följande dom:

1) **Talan i målen ogillas.**

2) **Sökanden förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.**

Forwood Pirrung Meij

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 28 januari 2004.

H. Jung

Justitiesekreterare

J. Pirrung

Ordförande