YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (neljäs jaosto)

30 päivänä huhtikuuta 2003 *

Yhdistetyissä asioissa T-324/01 ja T-110/02,

Axions SA, kotipaikka Geneve (Sveitsi), ja

Christian Belce, kotipaikka Veyrier (Sveitsi),

edustajanaan asianajaja C. Eckhartt,

kantajina,

vastaan

sisämarkkinoiden harmonisointivirasto (tavaramerkit ja mallit) (SMHV), asiamiehenään G. Schneider,

vastaajana,

jossa kantajat ovat nostaneet kanteet sisämarkkinoiden harmonisointiviraston (tavaramerkit ja mallit) kolmannen valituslautakunnan 26.9.2001 tekemästä päätöksestä (asia R 599/2001-3) ja sen 16.1.2002 tekemästä päätöksestä (asia

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

R 538/2001-3), joista ensimmäinen koski ruskeaa sikaria esittävän kolmiulotteisen muodon (asia T-324/01) ja toinen kultaharkkoa esittävän kolmiulotteisen muodon (asia T-110/02) rekisteröintiä yhteisön tavaramerkeiksi,

EUROOPAN YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN (neljäs jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja V. Tiili sekä tuomarit P. Mengozzi ja M. Vilaras,

kirjaaja: hallintovirkamies D. Christensen,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 15.1.2003 pidetyssä istunnossa esitetyn,

on antanut seuraavan

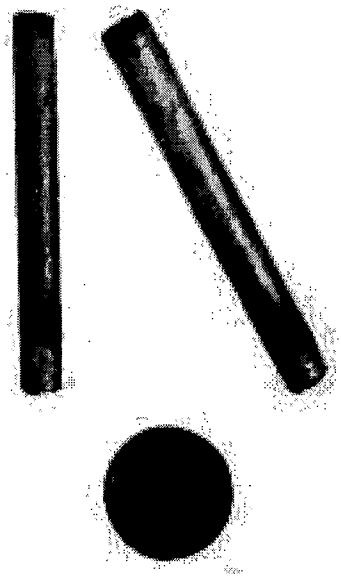
tuomion

Asian tausta

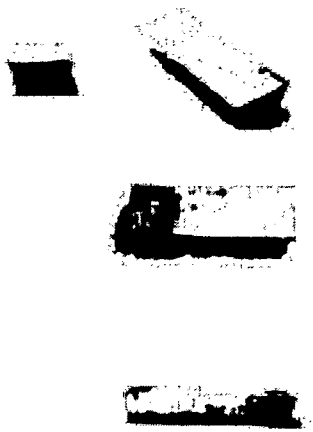
1 Kantajat tekivät 20.3.2000 ja 3.12.1999 kaksi numeroilla 1 565 589 ja 1 408 889 kirjattua yhteisöjen tavaramerkkejä koskevaa hakemusta sisämarkkinoiden har-

monisointivirastolle (tavaramerkit ja mallit) (SMHV) yhteisön tavaramerkistä 20 päivänä joulukuuta 1993 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 40/94 (EYVL 1994, L 11, s. 1) perusteella, sellaisena kuin tämä asetus on muutettuna.

2 Tavaramerkit, joiden rekisteröintiä on haettu, ovat toisaalta ruskeaa sikaria esittävä kolmiulotteinen muoto (tavaramerkkihakemus nro 1 565 589) ja toisaalta kultaharkkoa esittävä kolmiulotteinen muoto (tavaramerkkihakemus nro 1 408 889). Hakemuksissa tarkoitettujen kolmiulotteisten tavaramerkkien graafiset jäljennökset, sellaisina kuin ne esiintyvät tavaramerkkihakemusten liitteessä, ovat seuraavat:



Tavaramerkkihakemus nro 1 565 589



Tavaramerkkihakemus nro 1 408 889

3 Tavarat ja tuotteet, joita varten tavaramerkkien rekisteröintiä on haettu, kuuluvat tavaroiden ja palvelujen kansainvälistä luokitusta tavaramerkkien rekisteröimistä varten koskevan 15 päivänä kesäkuuta 1957 tehdyn Nizzan sopimuksen, sellaisena kuin se on tarkistettuna ja muutettuna, luokkaan 30 (tavaramerkkihakemus nro 1 565 589) ja luokkiin 16 ja 30 (tavaramerkkihakemus nro 1 408 889), ja ne vastaavat seuraavaa kuvausta:

— "Suklaa, suklaatuotteet; leivonnaiset ja makeiset", jotka kuuluvat luokkaan 30,

— "Suklaa, suklaatuotteet", jotka kuuluvat luokkaan 30,

— "Pahviset (kartonkiset) [kultaisen harkon] muotoiset pakkaukset suklaalle ja suklaatuotteille", jotka kuuluvat luokkaan 16.

4 Tutkija hylkäsi 12.4. ja 23.3.2001 tekemillään päätöksillä tavaramerkkihakemukset nro 1 565 589 ja 1 408 889 asetuksen N:o 40/94 38 artiklan perusteella, koska hakemuksissa tarkoitetuilta tavaramerkeiltä puuttui täysin erottamiskyky asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitetulla tavalla.

5 Kantajat tekivät asetuksen N:o 40/94 59 artiklan perusteella 12.6. ja 22.5.2001 valitukset SMHV:lle tutkijan edellä mainituista 12.4. ja 23.3.2001 tekemistä päätöksistä.

6 Kolmas valituslautakunta hylkäsi valitukset 26.9.2001 (asia R 599/2001-3) (jäljempänä riidanalainen päätös asiassa T-324/01) ja 16.1.2002 (asia R 538/2001-3) (jäljempänä riidanalainen päätös asiassa T-110/02) tekemillään päätöksillä, jotka annettiin 11.10.2001 ja 7.4.2002 tiedoksi kantajille. Valituslautakunta katsoi lähinnä, että hakemuksissa tarkoitettujen tavaramerkkien rekisteröinti oli evättävä asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan perusteella. Se katsoi tämän osalta, että hakemuksissa tarkoitettujen tavaramerkkien muotoihin verrattavissa olevat muodot ovat yleisiä kyseessä olevien tavaroiden ja tuotteiden markkinoilla ja että hakemuksissa tarkoitetut tavaramerkit eroavat liian vähän näistä muodoista, jotta voitaisiin katsoa, että niillä on edellytetty vähimmäiserottamiskyky sanaelementtien tai graafisten elementtien kaltaisten muiden elementtien puuttuessa. Se totesi tässä yhteydessä, että keskivertokuluttaja ei tarkastele kyseessä olevien tavaroiden ja tuotteiden muotoa ja väriä yksityiskohtaisesti ottaen huomioon, että tämän tarkkaavaisuusaste niiden osalta on lähinnä vain heikko.

Menettely ja asianosaisten vaatimukset

7 Kantajat ovat nostaneet käsiteltävänä olevat kanteet ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 11.12.2001 ja 5.4.2002 jättämillään kannekirjelmillä, jotka on kirjattu numeroilla T-324/01 ja T-110/02.

8 SMHV jätti vastineensa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 5.4. ja 5.7.2002.

9 Asiat T-324/01 ja T-110/02 yhdistettiin neljännen jaoston puheenjohtajan 18.11.2002 antamalla määräyksellä suullista käsittelyä ja tuomion antamista varten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 50 artiklan mukaisesti.

10 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin (neljäs jaosto) päätti esittelevän tuomarin kertomuksen perusteella aloittaa suullisen käsittelyn.

11 Asianosaisten suulliset lausumat ja näiden vastaukset ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämiin suullisiin kysymyksiin kuultiin 15.1.2003 pidetyssä istunnossa.

12 Kantajat vaativat, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— asiassa T-324/01 kumoaa valituslautakunnan 26.9.2001 tekemän päätöksen (asia R 599/2001-3) ja velvoittaa SMHV:n korvaamaan oikeudenkäyntikulut

— asiassa T-110/02 kumoaa valituslautakunnan 16.1.2002 tekemän päätöksen (asia R 538/2001-3) ja velvoittaa SMHV:n korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

13 SMHV vaatii asioissa T-324/01 ja T-110/02, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— hylkää kanteet

— velvoittaa kantajat korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Oikeudellinen arviointi

14 Kantajat esittävät kanteittensa tueksi kaksi kanneperustetta, jotka koskevat ensinnäkin asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan rikkomista ja toiseksi yhdenvertaisen kohtelun periaatteen loukkaamista.

Asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan rikkomista koskeva ensimmäinen kanneperuste

Asianosaisten lausumat

15 Kantajat väittävät aluksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asiassa T-335/99, Henkel vastaan SMHV (punavalkoinen suorakulmainen tabletti), 19.9.2001 antaman tuomion (Kok. 2001, s. II-2581) 44 kohtaan viitaten, että tavaramerkin rekisteröitävyys edellyttää pelkästään, että sillä on vähimmäiserottamiskyky. Kantajien mukaan asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa ei lisäksi tehdä eroa eri tavaramerkkiryhmien välillä, joten itse tavaran muodosta muodostuvien kolmiulotteisten tavaramerkkien erottamiskykyä koskevat arviointiperusteet eivät eroa muihin tavaramerkkiryhmiin sovellettavista arviointiperusteista.

16 Kantajien mukaan valituslautakunta katsoi virheellisesti riidanalaisen päätöksen 21 kohdassa asiassa T-110/02, että kolmiulotteisen tavaramerkin on oltava riittävän omaperäinen ominaisuuksiltaan ja että näiden ominaisuuksien on poikettava tavaroiden luonteeseen tai markkinointiin ja niiden tavanomaiseen muotoon tai pakkaukseen perustuvista ominaisuuksista, jotta siltä ei evätä rekisteröintiä asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan perusteella. Toisin kuin valituslautakunta katsoi, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei kantajien mukaan vahvistanut yleisesti tällaisia perusteita kolmiulotteisten tavaramerkkien erottamiskyvyn arvioimiseksi asiassa T-117/00, Procter & Gamble vastaan SMHV (valkoinen ja vaaleanvihreä neliönmuotoinen tabletti), 19.9.2001 antamassaan tuomiossa (Kok. 2001, s. II-2723, julkaistu lyhennelmänä). Tämän osalta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kyseisen tuomion 73 kohdassa esittämä toteamus, jonka mukaan valituslautakunta oli käsiteltävänä olleessa asiassa soveltanut perustellusti tällaisia arviointiperusteita, ei merkitse, että kolmiulotteisilla tavaramerkeillä on yleisesti ja suhteessa kilpaileviin tavaroihin oltava tietty ja huomattava muoto.

17 Kantajat väittävät hakemuksissa tarkoitettujen tavaramerkkien kattamien tavaroiden ja tuotteiden kohdeyleisön määritelmän osalta, että tämä yleisö muodostuu yleisesti lopullisista kuluttajista. Niiden mukaan valituslautakunnan päätelmä, jonka mukaan lopullinen kuluttaja kiinnittää pikemminkin huomiota tavaran nimilappuun, pakkaukseen ja nimeen tai siihen painettuun kuvaan kuin sen "puhtaaseen" muotoon, ei kuitenkaan ole perusteltavissa tällä väitteellä. Kantajien mukaan on päinvastoin asianmukaista katsoa, että kun kyseessä ovat tavalliset suklaatuotteet ja leivonnaiset, lopullinen keskivertokuluttaja pitää kyseessä olevien tuotteiden kaupallisen alkuperän osalta myös niiden muotoa tärkeänä ja tekee valintansa kyseisten tuotteiden "puhtaan" muodon mukaisesti.

18 Kantajat väittävät seuraavaksi ruskeaa sikaria esittävän kolmiulotteisen tavaramerkin osalta (asia T-324/01), että tämä on täysin poikkeava, yksilöllinen ja epätavallinen muoto, joka eroaa selvästi olemassa olevista muodoista ja joka ei myöskään ole markkinoilla olevien muotojen tyypillinen muunnelma.

19 Kantajat väittävät tämän osalta, että hakemuksessa tarkoitettu tavaramerkki on pyöreän ja lieriömäisen muodon kolmiulotteinen esitys, joka on ruskean värinsä vuoksi yleisvaikutelmaltaan erittäin lähellä sikarin muotoa. Tällainen muoto on kantajien mukaan tuntematon asiaankuuluvilla markkinoilla. Valituslautakunnan mainitsemat suklaatuotteita ja leivonnaisia koskevat esimerkit eroavat perustavanlaatuisella tavalla hakemuksessa tarkoitetun tavaramerkin kattamista tuotteista, koska ne muistuttavat vain karkeasti sikarin muotoa ja koska kohdeyleisö tietää tämän. Tämä koskee kantajien mukaan (Rifacli-nimisen yrityksen) tavaramerkillä 25 Nefles, (Delacre-nimisen yrityksen) tavaramerkillä Cigarettes russes, (Bahlsen-nimisen yrityksen) tavaramerkeillä Waffeletten ja Piccadilly sekä (Cadbury-nimisen yrityksen) tavaramerkillä Finger varustettuja tuotteita.

20 Kantajat katsovat lopuksi kultaharkon muotoa esittävän kolmiulotteisen tavaramerkin osalta (asia T-110/02), että tämä muoto näyttää kohdeyleisöstä täysin poikkeukselliselta ja omaperäiseltä muodolta, kun kyseessä ovat suklaatuotteet.

Tätä ylösalaisin olevan kultaharkon konkreettista muotoa ei esiinny asiaankuuluvilla markkinoilla, ja sillä on näin ollen edellytetty vähimmäiserottamiskyky.

21 Kantajat väittävät tarkemmin sanoen, että hakemuksessa tarkoitettu tavaramerkki on sen koko huomioon ottaen lähes tarkka alkuperäisen kultaharkon esitys, mutta harkko on ylösalaisin. Kyseessä oleva muoto eroaa kantajien mukaan perustavanlaatuisella tavalla muista suklaata ja suklaatuotteita varten markkinoilla olevista harkkojen muodoista. Kantajien mukaan suojaa pyydetään vain tätä ylösalaisin olevan kultaharkon muotoa varten, ja tämä muoto eroaa selvästi ja tietoisesti klassisesta muodosta "kokonaisuudessaan". Kantajat väittävät lisäksi, että kyseessä olevan muodon mitat (25 cm kertaa 8 cm) poikkeavat markkinoilla olevien suklaatuotteiden tavanomaisesta ulkoasusta.

22 Kantajat katsovat valituslautakunnan näkemyksen vastaisesti, että tätä erottavaa tekijää ei voi havaita yksinomaan täsmällisellä ja analyyttisellä tarkastelulla. Kantajat lisäävät tässä yhteydessä, että kyseessä olevan kaltaisia suklaatuotteita ja pakkausmuotoja ei myydä lopullisille kuluttajille alle 8 tai 9 euron hintaan. Kantajien mukaan kohdeyleisön tarkkaavaisuusaste on tämän vuoksi kyseessä olevan muodon osalta selvästi kehittyneempi kuin halvemmilla hinnoilla myytävien suklaatuotteiden ja leivonnaisten kohdalla.

23 SMHV väittää, että tavaran muodosta muodostuvan kolmiulotteisen tavaramerkin erottamiskykyä koskevat arviointiperusteet eivät eroa arviointiperusteista, joita sovelletaan muuntyyppisiin tavaramerkkeihin. Se on kuitenkin sitä mieltä, että tavaran muoto ei anna yleisölle tietoa sen alkuperästä samalla tavoin kuin tavarassa tai sen pakkauksessa olevat sana- tai kuvioelementit. SMHV:n mukaan yleisöä ei yleisesti saada yhdistämään tavaran muotoa sen alkuperään, kun kyseessä ovat kulutustavarat. SMHV katsoo näin ollen, että jotta tavaran muotoa voitaisiin pitää sen alkuperän osoittajana, sillä on oltava ominaisuuksia,

jotka voivat kiinnittää yleisön huomion. SMHV väittää ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asiassa T-88/00, Mag Instrument vastaan SMHV (taskulamppujen muoto), 7.2.2002 annettuun tuomioon (Kok. 2002, s. II-467) viitaten, että näin ei ole, kun yleisö on tottunut siihen, että on olemassa kyseessä olevien muotojen kaltaisia muotoja, jotka on muotoiltu monin eri tavoin.

24 SMHV väittää ruskeaa sikaria esittävän kolmiulotteisen muodon osalta, että valituslautakunta ei tehnyt arviointivirhettä katsoessaan, että muodot, jotka ovat saaneet vaikutteita sikarien tai savukkeiden muodoista, ovat erittäin yleisiä kyseessä olevien tuotteiden markkinoilla, ja että hakemuksessa tarkoitettu tavaramerkki ei eroa riittävästi markkinoilla olevista muista muodoista, jotta voitaisiin katsoa, että sillä on edellytetty vähimmäiserottamiskyky sanaelementtien tai graafisten elementtien kaltaisten muiden elementtien puuttuessa. Se väittää tässä yhteydessä, että keskivertokuluttaja ei tarkastele kyseessä olevia tuotteita yksityiskohtaisesti ottaen huomioon, että tämän tarkkaavaisuusaste niiden osalta on lähinnä vain heikko.

25 SMHV väittää kultaharkkoa esittävän kolmiulotteisen muodon osalta ensiksi, että keskivertokuluttajan tarkkavaisuusaste kyseessä olevien tuotteiden muodon osalta on lähinnä vain heikko. Se on tämän osalta sitä mieltä, että kyseessä olevan tuotteen hinnan kaltaisia tekijöitä, joita tavaramerkkihakemuksessa ei millään tavalla täsmennetä ja joita rekisteröinti ei koske, ei voida ottaa huomioon tavaramerkin erottamiskykyä arvioitaessa.

26 SMHV väittää seuraavaksi, että valituslautakunta ei tehnyt arviointivirhettä katsoessaan, että kultaharkon muotoiset pakkaukset ovat erittäin yleisiä kyseessä olevien tuotteiden markkinoilla ja että hakemuksessa tarkoitettu tavaramerkki eroaa liian vähän markkinoilla olevista muista muodoista, jotta voitaisiin katsoa, että sillä on edellytetty vähimmäiserottamiskyky sanaelementtien tai graafisten elementtien kaltaisten muiden elementtien puuttuessa.

27 SMHV toteaa lopuksi, että kantajien väite, jonka mukaan hakemuksessa tarkoitettu tavaramerkki muodostuu ylösalaisin olevasta kultaharkosta, ei horjuta tätä tarkastelua. Se väittää tämän osalta, että tämän tavaramerkin graafisen jäljennöksen, sellaisena kuin se esiintyy tavaramerkkihakemuksessa, perusteella ei voida tietää, esitetäänkö hakemuksessa tarkoitetulla tavaramerkillä myytävät tuotteet tietyssä asennossa kuluttajille.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

28 Asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaan "tavaramerkkejä, joilta puuttuu erottamiskyky", ei rekisteröidä.

29 Ensiksi on muistutettava, että oikeuskäytännön mukaan asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitetut tavaramerkit ovat erityisesti niitä tavaramerkkejä, joita kohdeyleisön mielestä käytetään tavanomaisesti elinkeinotoiminnassa kuvailemaan kyseisiä tavaroita tai palveluja tai joiden osalta on ainakin olemassa konkreettisia seikkoja, joiden perusteella voidaan päätellä, että niitä voidaan käyttää tällä tavoin (yhdistetyt asiat T-79/01 ja T-86/01, Bosch v. SMHV (Kit Pro ja Kit Super Pro), tuomio 20.11.2002, Kok. 2002, s. II-4881, 19 kohta). Tässä säännöksessä tarkoitetut merkit ovat lisäksi sellaisia merkkejä, jotka eivät kykene täyttämään tavaramerkille asetettua perustehtävää eli ne eivät kykene yksilöimään tavaran tai palvelun alkuperää niin, että kuluttaja voi myöhempiä hankintoja tehdessään hankkia lisää kyseisellä tavaramerkillä varustettuja tavaroita tai palveluita, jos hän on pitänyt niitä hyvinä, tai valita jonkin toisen tavaran tai palvelun, jos hän ei ole tyytyväinen niihin (asia T-79/00, Rewe-Zentral v. SMHV (LITE), tuomio 27.2.2002, Kok. 2002, s. II-705, 26 kohta ja em. asia Kit Pro ja Kit Super Pro, tuomion 19 kohta).

30 Näin ollen tavaramerkin erottamiskykyä voidaan arvioida ainoastaan ensinnäkin suhteessa niihin tavaroihin tai palveluihin, joita varten rekisteröintiä on haettu ja toiseksi ottaen huomioon se, millä tavalla tavaramerkki ymmärretään kohderyhmässä (em. asia LITE, tuomion 27 kohta ja em. asia Kit Pro ja Kit Super Pro, tuomion 20 kohta).

31 Tässä asiassa valituslautakunta totesi ryhmiin "suklaa, suklaatuotteet" ja "leivonnaiset ja makeiset" (luokka 30) kuuluvien tuotteiden osalta, että kohdeyleisö muodostuu yleisesti lopullisista kuluttajista (riidanalaisen päätöksen 23 ja 24 kohta asiassa T-324/01 ja riidanalaisen päätöksen 24 ja 25 kohta asiassa T-110/02). Kantajat eivät kiistä tätä toteamusta. Ottaen huomioon, että nämä tuotteet ovat kulutustuotteita, on katsottava, että tämä arvio on oikea. Tätä yleisöä pidetään lisäksi tavanomaisen valistuneena ja kohtuullisen tarkkaavaisena ja huolellisena (asia C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, tuomio 22.6.1999, Kok. 1999, s. I-3819, 26 kohta ja asia T-359/99, DKV v. SMHV (EuroHealth) tuomio 7.6.2001, Kok. 2001, s. II-1645, 27 kohta). Niiden tavaroiden osalta, jotka kuuluvat ryhmiin "Pahviset (kartonkiset) [kultaisen harkon] muotoiset pakkaukset suklaalle ja suklaatuotteille" (luokka 16), valituslautakunta totesi, että kohdeyleisö muodostuu suklaan valmistajista, mutta myös pienistä ja keskisuurista makeis- ja leipomoalalla toimivista yrityksistä (riidanalaisen päätöksen 35 ja 36 kohta asiassa T-110/02). Tällä erolla ei kuitenkaan ole vaikutusta hakemuksessa tarkoitetun tavaramerkin erottamiskyvyn arviointiin asiassa T-110/02. On todettava, että vaikka periaatteessa näitä tavaroita hankkivat valituslautakunnan mainitsemat henkilöt eivätkä yleisesti lopulliset kuluttajat, tämä hankinta kuitenkin tehdään pakattujen tuotteiden lopullisille kuluttajille tapahtuvaa myöhempää myyntiä silmällä pitäen.

32 Toiseksi on todettava, että asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa eri tavaramerkkiryhmiä ei erotella millään tavoin toisistaan. Itse tavaroiden muodosta muodostuvien kolmiulotteisten tavaramerkkien erottamiskykyä arvioitaessa ei näin ollen ole syytä soveltaa arviointiperusteita, jotka ovat ankarampia kuin muihin tavaramerkkiryhmiin sovellettavat arviointiperusteet (em. asia taskulamppujen muoto, tuomion 32 kohta).

33 Käsiteltävänä olevassa asiassa valituslautakunta totesi ensinnäkin ruskean sikarin muotoisen kolmiulotteisen tavaramerkin osalta (asia T-324/01), että muodot, jotka ovat saaneet vaikutteita sikarien tai savukkeiden muodoista, ovat erittäin yleisiä kyseessä olevien tuotteiden markkinoilla (riidanalaisen päätöksen 27 kohta asiassa T-324/01). Kuten SMHV osoitti oikeudellisesti riittävällä tavalla vastineessaan, markkinoilla on paitsi riidanalaisessa päätöksessä mainittuja sikarin muotoisia suklaatuotteita myös muita tuotteita, joiden muodot ovat samankaltaisia ja joita ovat esimerkiksi Godivan, Niedereggerin ja Hauserin valmistamat suklaasikarit, joista jotkut muistuttavat huomattavasti todellista sikaria.

34 Kuten valituslautakunta lisäksi perustellusti totesi riidanalaisen päätöksen 29 ja 30 kohdassa asiassa T-324/01, hakemuksessa tarkoitetun tavaramerkin muoto ja väri eivät eroa riittävästi markkinoilla olevien muiden suklaatuotteiden ja leivonnaisten muodosta ja väristä, jotta voitaisiin katsoa, että tällä tavaramerkillä on edellytetty vähimmäiserottamiskyky sanaelementtien ja graafisten elementtien kaltaisten muiden elementtien puuttuessa.

35 Näitä seikkoja ei voida kyseenalaistaa kantajien väitteellä, joka koskee kantajien mukaan huomattavia eroja hakemuksessa tarkoitetun tavaramerkin muodon ja värin (pyöreä ja lieriömäinen muoto, joka on sen ruskean värin vuoksi lähellä sikarin muotoa) ja riidanalaisessa päätöksessä asiassa T-324/01 mainittujen muiden suklaatuotteiden ja leivonnaisten muodon ja värin välillä. Tämän osalta on todettava, että keskivertokuluttaja ei tarkastele kyseessä olevien tuotteiden muotoa ja väriä yksityiskohtaisesti, ja sen tarkkaavaisuusaste niiden osalta on lähinnä vain heikko, kuten SMHV asianmukaisesti totesi. Niillä muotoa ja väriä koskevilla väitetyillä eroilla, joihin kantajat tässä asiassa viittaavat, ei näin ollen voida horjuttaa päätelmää, jonka mukaan hakemuksessa tarkoitettu tavaramerkki ei eroa merkittävästi kyseessä olevien tuotteiden jostain perusmuodosta, jota elinkeinotoiminnassa yleisesti käytetään.

36 SMHV on seuraavaksi väittänyt myös perustellusti kultaharkon muotoisen kolmiulotteisen tavaramerkin osalta (asia T-110/02), että keskivertokuluttajan

tarkkaavaisuusaste kyseessä olevien tavaroiden muodon ja värin osalta on lähinnä vain heikko. Tämän osalta kantajien väite, jonka mukaan kuluttajien tarkkaavaisuusaste olisi korkeampi näiden tuotteiden korkeamman myyntihinnan takia, on hylättävä. Kuten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä seuraa, merkin rekisteröitävyyden arvioimiseksi määrätyn tavara- ja/tai palvelulajin osalta ei ole tarpeellista tietää sitä, onko tavaramerkin hakijalla aikomus toteuttaa tietty markkinointisuunnitelma tai toteuttaako se sellaisen. Markkinointisuunnitelman olemassaolo on yhteisön tavaramerkin tuottaman oikeuden kannalta ulkoinen tekijä. Koska markkinointisuunnitelma lisäksi riippuu pelkästään kyseessä olevan yrityksen valinnasta, sitä voidaan muuttaa yhteisön tavaramerkin rekisteröinnin jälkeen, eikä sillä voi näin ollen olla minkäänlaista vaikutusta tavaramerkin rekisteröitävyyden arviointiin (asia T-335/00, DaimlerChrysler v. SMHV (TELE AID), tuomio 20.3.2002, Kok. 2002, s. II-1939, 42 kohta). SMHV väittää näin ollen perustellusti, että kyseessä olevan tavaran hinnan kaltaisia seikkoja, joita rekisteröinti ei koske, ei voida ottaa huomioon tavaramerkin erottamiskykyä arvioitaessa.

37 Valituslautakunta osoitti oikeudellisesti riittävällä tavalla riidanalaisen päätöksen 28—31 kohdassa asiassa T-110/02, että kultaharkon muotoiset pakkaukset ovat erittäin yleisiä kyseessä olevien tuotteiden markkinoilla. Kuten SMHV väitti vastineessaan, muut kuin riidanalaisessa päätöksessä mainitut yritykset, kuten esimerkiksi Feodora, Lebkuchen-Schmidt ja Café Tasse, myyvät myös kilpailevia tuotteita samankaltaisin muodoin ja värein.

38 Valituslautakunta totesi samoin asianmukaisesti riidanalaisen päätöksen 32 ja 33 kohdassa asiassa T-110/02, että hakemuksessa tarkoitetun tavaramerkin muoto ja väri eivät eroa riittävästi muiden markkinoilla olevien tuotteiden muodosta ja väristä, jotta voitaisiin katsoa, että tällä tavaramerkillä on edellytetty vähimmäiserottamiskyky sanaelementtien ja graafisten elementtien kaltaisten muiden elementtien puuttuessa.

39 Kantajien väite, jonka mukaan hakemuksessa tarkoitettu tavaramerkki muodostuu ylösalaisin olevasta 25 cm:n kertaa 8 cm:n kultaharkosta, ei horjuta tätä tarkastelua.

40 Kuten SMHV toteaa vastineessaan, kolmiulotteisen tavaramerkin erottamiskyvyn arvioimiseksi on ensinnäkin otettava huomioon sellaisen tavaran erityinen avaruudellinen ulottuvuus, jonka muoto muodostaa tavaramerkin, ainoastaan siinä tapauksessa, että tämä tavara esitetään tavanomaisesti tällaisessa ulottuvuudessa, kuten esimerkiksi silloin, kun kyseessä ovat pullot. Tässä asiassa suklaapatukoita ei tavanomaisesti esitetä erityisessä avaruudellisessa ulottuvuudessa. Se, että kantajien kyseessä olevassa muodossa myymissä tuotteissa on myös graafinen elementti pakkauksen laajimmalla pinnalla, ei riitä osoittamaan näiden tuotteiden erityistä avaruudellista ulottuvuutta. Kyseessä oleva graafinen elementti viittaa tavaramerkin hakijan noudattamaan tiettyyn markkinointisuunnitelmaan, jota voidaan muuttaa ja jonka olemassaolo on merkityksetön sen arvioimiseksi, voidaanko merkki rekisteröidä tavaramerkkinä, kuten edellä 36 kohdassa todettiin.

41 Kyseessä olevan muodon mitat eivät toiseksi voi itsessään olla ratkaiseva tekijä tämän muodon erottamiskyvyn arvioimiseksi, koska ne koskevat kyseessä olevien tuotteiden sellaista seikkaa, joka liittyy pakkauksessa olevan suklaan määrään. Näin ollen ei ole katsottava, että kohdeyleisö pitää kultaharkon muotoa edes kantajien esittämien mittojen kanssa tarkasteltuna kyseessä olevien tuotteiden kaupallisen alkuperän osoittajana.

42 Kantajat totesivat lopuksi yhteisön tavaramerkkiä koskevassa hakemuslomakkeessa, että hakemuksessa tarkoitettu tavaramerkki todellakin on kolmiulotteinen tavaramerkki rastittamalla tätä varten varatun ruudun. Maininta "malli ylösalaisin olevasta pyramidista, jonka suorakulmaisen pohjan pinta-ala on noin 25 cm kertaa 8 cm ja sivupinnat ovat viistot" on kuitenkin hakemuslomakkeessa olevan otsikon "Muuntyyppisen tavaramerkin erittely" alla. Tämän lomakkeen

rakenteesta sekä SMHV:n antamien "Hakemuslomaketta koskevien ohjeiden" osasta, jonka otsikkona on "Tavaramerkin esittäminen", kuitenkin seuraa, että "muut tavaramerkit" ovat tavaramerkkejä, jotka eivät kuulu erityisesti mainittuihin ryhmiin, joihin kolmiulotteinen tavaramerkki kuuluu. Kolmiulotteisia tavaramerkkejä pidetään näin ollen tavaramerkkityyppinä, joka ei kuulu "muiden tavaramerkkien" ryhmään.

43 Vaikka hakemuksessa tarkoitettu tavaramerkki siis rekisteröitäisiin, rekisteröinti ei koskisi kyseessä olevan muodon avaruudellista ulottuvuutta ja sen mittoja koskevia tietoja, jotka kuuluisivat siis pelkästään tavalliseen markkinointisuunnitelmaan.

44 Edellä esitetyn perusteella on katsottava, että hakemuksissa tarkoitetut tavaramerkit eivät eroa merkittävästi kyseisten tavaroiden ja tuotteiden tietyistä perusmuodoista, joita käytetään yleisesti elinkeinotoiminnassa, vaan ne vaikuttavat pikemminkin näiden muotojen muunnelmalta. Tämä seikka on edellä 29 kohdassa mainitussa oikeuskäytännössä tarkoitettu konkreettinen seikka, jonka perusteella voidaan päätellä, että näitä muotoja voidaan käyttää yleisesti elinkeinotoiminnassa tavaramerkkihakemuksissa tarkoitettujen tavaroiden ja tuotteiden esittämiseen.

45 Kun hakemuksissa tarkoitettuja tavaramerkkejä tarkastellaan tavanomaisen valistuneen ja kohtuullisen tarkkaavaisen ja huolellisen keskivertokuluttajan näkökulmasta, niillä ei siis voida yksilöidä kyseessä olevia tavaroita ja tuotteita eikä niiden perusteella voida erottaa näitä tavaroita ja tuotteita sellaisista tavaroista ja tuotteista, joilla on muu kaupallinen alkuperä. Ne eivät näin ollen ole erottamiskykyisiä näiden tavaroiden ja tuotteiden osalta.

46 Asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan rikkomista koskeva kanneperuste on näin ollen hylättävä.

Yhdenvertaisen kohtelun periaatteen loukkaamista koskeva toinen kanneperuste

Asianosaisten lausumat

47 Kantajat väittävät, että valituslautakunta loukkasi yhdenvertaisen kohtelun periaatetta epäämällä hakemuksissa tarkoitettujen tavaramerkkien rekisteröinnin.

48 Ne viittaavat tämän osalta valituslautakuntien päätöksiin, joissa katsotaan, että seuraavat kolmiulotteiset tavaramerkit ovat rekisteröintikelpoisia: vyön soljesta muodostuva tavaramerkki muun muassa tavararyhmiä "nahat ja nahan jäljitelmät ja niistä tehdyt tavarat" varten (asia R 272/1999 3), vohvelia esittävästä logosta muodostuva tavaramerkki tuoteryhmiä "leipomotuotteet ja makeiset" varten (asia R 565/1999 1), kukkaa esittävästä suolaisesta välipalasta muodostuva tavaramerkki tuoteryhmiä "perunatuotteet, maustetut tai maustamattomat ja suolaiset välipalat" varten (asia R 467/1999 3), suihkunsäätimen kolmiulotteisesta kuvasta muodostuva tavaramerkki tavararyhmää "suihkunsäätimet" varten (asia R 104/1999 3) sekä tablettien jakelijasta muodostuva tavaramerkki tuoteryhmää "valmisteet sokeritaudin hoitoon" varten (asia R 275/2000 1).

49 Kantajien mukaan edellä mainitut tavaramerkit eivät ole omaperäisempiä eivätkä mielikuvituksellisempia kuin hakemuksissa tarkoitetut tavaramerkit.

50 SMHV vastaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asiassa T-106/00, Streamserve vastaan SMHV (STREAMSERVE), 27.2.2002 antaman tuomion (Kok. 2002, s. II-723) 66 kohtaan viitaten, että tämä kanneperuste on merkityksetön, koska valituslautakuntien päätösten laillisuutta on arvioitava yksin-

omaan asetuksen N:o 40/94 perusteella, sellaisena kuin yhteisöjen tuomioistuimet ovat sitä tulkinneet, eikä valituslautakuntien mahdollisesti lainvastaisen aiemman päätöksentekokäytännön perusteella. SMHV huomauttaa lisäksi, että kantajien mainitsemia valituslautakuntien päätösten kohteena olleita tavaramerkkejä ei voida verrata hakemuksissa tarkoitettuihin tavaramerkkeihin.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

51 Kuten oikeuskäytännöstä seuraa, merkin rekisteröintiä yhteisön tavaramerkiksi koskevat päätökset, jotka valituslautakuntien on tehtävä asetuksen N:o 40/94 nojalla, kuuluvat sidotun toimivallan eivätkä harkintavallan piiriin. Tämän vuoksi merkin rekisteröintikelpoisuutta yhteisön tavaramerkiksi on arvioitava yksinomaan tämän asetuksen perusteella, sellaisena kuin yhteisöjen tuomioistuimet ovat sitä tulkinneet, eikä valituslautakuntien aiemman käytännön perusteella (ks. vastaavasti em. asia STREAMSERVE, tuomion 66 kohta ja em. asia Kit Pro ja Kit Super Pro, tuomion 32 kohta). Toinen kanneperuste on näin ollen hylättävä tehottomana.

52 On joka tapauksessa todettava, että vaikka aiemmassa päätöksessä esitetyt tosiseikkoja tai oikeudellisia seikkoja koskevat perustelut voivat tukea asetuksen N:o 40/94 säännöksen rikkomista koskevaa kanneperustetta (ks. vastaavasti em. asia STREAMSERVE, tuomion 69 kohta ja em. asia Kit Pro ja Kit Super Pro, tuomion 33 kohta), kantajat eivät ole tässä asiassa vedonneet siihen, että niiden viittaamissa valituslautakuntien aikaisemmissa päätöksissä on perusteluja, joilla voidaan kyseenalaistaa edellä tehty arviointi asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan rikkomista koskevasta kanneperusteesta.

53 Kaiken edellä esitetyn perusteella kanteet on hylättävä kokonaisuudessaan.

Oikeudenkäyntikulut

54 Yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 87 artiklan 2 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska kantajat ovat hävinneet asiat, ne on SMHV:n vaatimusten mukaisesti velvoitettava korvaamaan viimeksi mainitun oikeudenkäyntikulut.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN
(neljäs jaosto)

on antanut seuraavan tuomiolauselman:

1) **Kanteet hylätään.**

2) **Kantajat velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.**

Tiili Mengozzi Vilaras

Julistettiin Luxemburgissa 30 päivänä huhtikuuta 2003.

H. Jung V. Tiili

kirjaaja neljännen jaoston puheenjohtaja