YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN
TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (toinen jaosto)
28 päivänä tammikuuta 2004 *

Yhdistetyissä asioissa T-146/02–T-153/02,

Deutsche SiSi-Werke GmbH & Co. Betriebs KG, kotipaikka Eppelheim (Saksa), edustajanaan avocat A. Franke,

kantajana,

vastaan

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

vastaajana,

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

joissa kantaja vaatii yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta kumoamaan sisämarkkinoiden harmonisointiviraston (tavaramerkit ja mallit) toisen valituslautakunnan 28.2.2002 tekemät päätökset (asiat R 719/1999–2-R 724/1999-2, R 747/1999-2 ja R 748/1999-2), jotka koskevat kolmiulotteisten tavaramerkkien rekisteröintiä (pystyasennossa pysyvät pussit),

EUROOPAN YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN (toinen jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja N. J. Forwood sekä tuomarit J. Pirrung ja A. W. H. Meij,

kirjaaja: hallintovirkamies D. Christensen,

ottaen huomioon ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 8.5.2002 toimitetut kanteet,

ottaen huomioon asioiden T-146/02–T-153/02 yhdistämisestä 9.7.2002 annetun määräyksen,

ottaen huomioon ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 20.9.2002 toimitetun vastineen,

ottaen huomioon 23.9.2003 pidetyssä suullisessa käsittelyssä esitetyn,

on antanut seuraavan

tuomion

Asian tausta

1 Kantaja teki 8.7.1997 sisämarkkinoiden harmonisointivirastolle (tavaramerkit ja mallit) (jäljempänä SMHV) kahdeksan yhteisön tavaramerkkiä koskevaa hakemusta yhteisön tavaramerkistä 20 päivänä joulukuuta 1993 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 40/94 (EYVL 1994, L 11, s. 1) perusteella, sellaisena kuin se on muutettuna.

2 Kolmiulotteiset tavaramerkit, joiden rekisteröintiä on haettu, ovat erilaisia juomapusseja, jotka voidaan asettaa pystyasentoon. Pussit ovat muodoltaan kuperia, ja niissä on leveämpi pohja sekä hakemusten mukaan yksi tahko, joka muistuttaa pitkänomaista kolmiota tai soikiota. Pusseissa on joissakin tapauksissa sivupainalluksia.

3 Tavarat ja palvelut, joita varten tavaramerkkien rekisteröintiä on haettu, kuuluvat tavaroiden ja palvelujen kansainvälistä luokitusta tavaramerkkien rekisteröimistä varten koskevaan 15.6.1957 tehtyyn Nizzan sopimukseen, sellaisena kuin se on tarkistettuna ja muutettuna, pohjautuvan luokituksen luokkiin 1, 3, 5, 6, 16, 20, 29, 30, 32, 33, 39 ja 40.

4 Tutkija hylkäsi 24.9. ja 27.9.1999 tekemillään päätöksillä nämä kahdeksan hakemusta 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 Kantaja teki asetuksen N:o 40/94 59 artiklan perusteella 11.11.1999 kahdeksan valitusta SMHV:lle tutkijan päätöksistä ja rajoitti tavaramerkkihakemuksensa seuraaviin tavaroihin:

— "Oluet; kivennäis- ja hiilihappovedet ja muut alkoholittomat juomat; hedelmäjuomat ja hedelmätuoremehut; mehutiivisteet ja muut juomien valmistusaineet", jotka kuuluvat luokkaan 32

— "Alkoholijuomat (paitsi oluet)", jotka kuuluvat luokkaan 33.

6 Valituslautakunta on hylännyt valitukset 28.2.2002 tehdyillä päätöksillä (jäljempänä riidanalaiset päätökset), jotka on annettu tiedoksi kantajalle 11.3.2002, koska hakemuksissa tarkoitetuilta tavaramerkeiltä puuttui erottamiskyky asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitetulla tavalla.

7 Valituslautakunta on todennut, että kuluttajat eivät katso pystyasennossa pysyviä pusseja minkäänlaiseksi kaupallisen alkuperän ilmaukseksi vaan ainoastaan pakkauksen muodoksi. Se lisäsi, että tämäntyyppinen pakkaus ei voi olla yksinoikeuden kohteena ottaen huomioon kilpailijoiden, pakkausten valmistajien ja juomien tuottajien etu.

8 SMHV:lle 6.5.2002 esittämässään hakemuksessa kantaja rajoitti tavaramerkkihakemuksensa seuraaviin tuotteisiin: "hedelmämehupohjaiset juomat ja hedelmämehut", jotka kuuluvat luokkaan 32.

Asianosaisten vaatimukset

9 Kantaja vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— kumoaa riidanalaiset päätökset

— velvoittaa SMHV:n korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

10 SMHV vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— hylkää kanteen

— velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Oikeudellinen arviointi

Riidan kohde

11 SMHV, jolta asiaa tiedusteltiin, on vahvistanut, että kantajan riidanalaisten päätösten tekemisen jälkeen 6.5.2002 tekemä tavaraluettelon rajoitus on sääntöjen mukainen ja todellinen.

12 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, että osapuolet ovat istunnossa olleet yksimielisiä siitä, että tämän rajoituksen vuoksi kyseessä olevat kanteet on ymmärrettävä siten, että riidanalaiset päätökset pyydetään kumoamaan ainoastaan siltä osin, kuin niissä ei hyväksytä kantajan vaatimuksia luokkaan 32 kuuluvien "hedelmämehupohjaisten juomien ja hedelmämehujen" osalta.

Riidanalaisten päätösten oikeudellinen perusta

13 Kantaja esittää, että valituslautakunta on perustellessaan päätöksiään pyrkimyksellä välttää monopolin syntyminen vedonnut tiettyjen merkkien vapaana pitämisen tarpeeseen ja vastaavasti asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan c alakohtaan.

14 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että kantajan päätelmä vapaana pitämisen tarpeen oikeudellisesta perustasta on virheellinen. Toisaalta asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohta on ainoa riidanalaisissa päätöksissä mainittu oikeudellinen perusta. Toisaalta monopolin syntymisen vaaran ja erityisen ehdottoman hylkäysperusteen välillä ei ole mitään välitöntä ja yksinomaista yhteyttä. Asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b–e alakohdassa säädetyt ehdottomat hylkäysperusteet pohjautuvat yhteisön lainsäätäjän pyrkimykseen välttää tilanteet, joissa elinkeinonharjoittajalle myönnetään yksinoikeuksia, jotka voivat rajoittaa kilpailua kyseisten tavaroiden tai palveluiden markkinoilla (ks. tavaramerkin erottamiskykyä koskevan hylkäysperusteen osalta asia C-104/01, Libertel, tuomio 6.5.2003, Kok. 2003, s. I-3793, 60 kohta).

15 Näistä samoista syistä kantajan asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan c alakohtaan perustuvan kanneperusteen hylkäämisestä ei sellaisenaan kuiten-

kaan seuraa se, että vapaana pitämisen tarpeeseen liittyvät väitteet hylättäisiin nyt käsiteltävänä olevassa asiassa. Väitteet säilyttävät merkityksensä sikäli kuin ne koskevat tämän käsitteen lainvastaista soveltamista asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan puitteissa.

Haettujen tavaramerkkien erottamiskyky

Asianosaisten lausumat

16 Kantaja katsoo, että hedelmäpohjaisten juomien ja hedelmämehujen pakkaaminen pystyasennossa pysyviin pusseihin ei ole tavanomaista. Kun tämäntyyppisen pakkauksen käyttö kyseessä oleville tuotteille on epätavallista, ei kyseisten merkkien vapaana pitäminen ole tarpeen ja haetut tavaramerkit on katsottava erottamiskykyisiksi.

17 Kantaja esittää, että kuluttajat ovat tottuneet siihen, että juomapakkauksia käytetään markkinointikampanjoissa. Kuluttajat katsovat siis tarvittaessa juomapakkaukset tavaran kaupallisen alkuperän ilmauksiksi.

18 Kantaja myöntää, että on olemassa yleinen etu sen osalta, että sellaiset merkit pidetään vapaina, joiden perusteella ei voida tunnistaa yritystä, joka saattaa ne markkinoille, sen vuoksi, että ne vastaavat sitä, millä lailla kyseisiä tavaroita tai palveluja tavanomaisesti kuvataan. Sen sijaan kaikki epätavalliset merkit, ja erityisesti tavaran muodon graafinen esitys, voidaan rekisteröidä yhteisön tavaramerkkeinä. Kantaja korostaa, että yleistä etua, josta seuraa vapaana pitämisen tarve, ei ole asetettu kyseenalaiseksi esillä olevassa asiassa ottaen huomioon edellä 14 kohdassa mainitussa asiassa Libertel annetussa tuomiossa vahvistetut arviointiperusteet. Kyseinen talouden ala on nimittäin toisaalta erityisen kapea, koska se kattaa vain hedelmämehupohjaiset juomat ja

hedelmämehut, ja toisaalta vaaditut merkit eivät kuulu suppeaan kategoriaan, koska juomapakkauksille mahdollisten muotojen määrä on loputon.

19 Kantaja huomauttaa, että asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaan vähäinenkin erottamiskyky riittää siihen, että merkki voidaan rekisteröidä. Siten kolmiulotteisen muodon erottamiskykyä ei voida kiistää, jos muoto on epätavallinen kyseessä olevalla alalla.

20 Mitä tulee itse tavaraan, kantaja esittää, että hedelmäpohjaisten juomien ja hedelmämehujen pakkaaminen pystyasennossa pysyviin pusseihin ei ole tavanomaista. Kuten valituslautakunta on myöntänyt, näitä juomia säilytetään ja myydään useimmiten pulloissa tai harvemmin tölkeissä tai pahvipakkauksissa. Se, että näin on ollut jo pitkään, huolimatta kantajan jo kauan kestäneestä pystyasennossa pysyvillä pusseilla saavutetusta kaupallisesta menestyksestä, osoittaa, että tällaisten juomapakkausten käyttämistä koskevaa yleistä etua ei ole olemassa. Kantajan mukaan hakemuksen mukaisen ulkoasun omaavat pystyasennossa pysyvät pussit ovat sitä paitsi täysin epätavallisia eikä niitä voida pitää tämänkaltaisen pussin yksinkertaisena muunnelmana. Ne ovat sitä paitsi teknisesti monimutkaisia valmistaa, kalliita, eivätkä tarjoa etuja tavanomaisiin juomapakkauksiin verrattuina. Lisäksi niiden omintakeinen ulkoasu, pääasiassa muotonsa ja erityisellä tekniikalla aikaansaadun metallisen ulkonäkönsä vuoksi, tekee haettujen tavaramerkkien ulkoasusta ainutlaatuisen.

21 Tavaramerkkihakemusten kohteena olevat pystyasennossa pysyvät pussit ovat keskivertokuluttajan näkökulmasta riittävän erikoisia, ja hän pystyy niiden perusteella tunnistamaan täsmällisesti pakkauksen sisältämän tietyn alkoholittoman juoman, jonka hän voi yhdistää tiettyyn valmistajaan.

22 Kantaja huomauttaa, että Internet-artikkelit, joihin valituslautakunta on viitannut riidanalaisissa päätöksissä, eivät osoita, että pystyasennossa pysyvien pussien käyttö hedelmämehuille tai hedelmämehupohjaisille juomille olisi tavallista.

Nämä artikkelit eivät anna yhtään viitettä vapaana pitämisen tarpeesta, sillä yksikään niistä ei koske Euroopan markkinoita. Näillä artikkeleilla — jotkin niistä ovat peräisin useampien vuosien takaa — ei voida myöskään perustella vapaana pitämisen tarvetta tulevaisuudessa.

23 Kantaja esittää, että valituslautakunta on tulkinnut SMHV:n käytäntö huomioon ottaen nyt käsiteltävänä olevassa asiassa liian ankarasti vaatimusta juomapakkausta esittävän tavaramerkin omintakeisuudesta. Kantaja vetoaa tässä suhteessa erityisesti kahteen yhteisön tavaramerkkirekisteröintiin, jotka ovat "Graninipullo" ja "Brunnenflasche", ja yhteen aaltomaiselle metalliselle juomatölkille rekisteröityyn tavaramerkkiin.

24 Lisäksi kantaja vetoaa siihen, että Deutsches Patent- und Markenamt (Saksan patentti- ja tavaramerkkiviranomainen) on rekisteröinyt kyseiset neljä tavaramerkkiä, joille haetaan nyt yhteisön tavaramerkkirekisteröintiä. Kantaja täsmentää tässä suhteessa, että vaikka SMHV ei olekaan sidottu näihin rekisteröinteihin, ne pitäisi kuitenkin ottaa huomioon arvioitaessa haettuja tavaramerkkejä, koska Deutsches Patent- und Markenamt soveltaa lainsäädäntöä, joka on yhdenmukainen jäsenvaltioiden tavaramerkkilainsäädännön lähentämisestä 21 päivänä joulukuuta 1988 annetun ensimmäisen neuvoston direktiivin 89/104/ETY (EYVL 1989, L 40, s. 1) kanssa, jota yhteisön tuomioistuimet tulkitsevat yhtenäisesti ja joka vastaa asetusta N:o 40/94 kyseessä olevin osin.

25 SMHV esittää, että valituslautakunta on ainoastaan täydentänyt arviointiaan haettujen tavaramerkkien erottamiskyvystä, kun se on tehnyt lisähuomautuksia monopolin syntymisen vaarasta, eikä ole katsonut sitä asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan soveltamisen edellytykseksi.

26 SMHV:n mukaan sellaisessa tapauksessa, kun tuotteita ei voida saattaa markkinoille ilman pakkausta (nesteet tai helposti pilaantuvat tuotteet) ja erityisesti kun kyseessä ovat kulutustavarat, kaupallisen alkuperän ilmaisemis-

tehtävä edellyttää, että tuotteen pakkaus erottuu selvästi kaikista kyseisissä tuotteissa käytetyistä verrattavissa olevista pakkauksista. Mitä tulee nyt käsiteltävänä olevassa asiassa haettuihin tavaramerkkeihin, SMHV katsoo, että erot pussien, joiden ulkomuodolle on haettu rekisteröintiä, ja muiden markkinoilla olevien pystyasennossa pysyvien pussien välillä eivät ole riittävät, jotta niiden voitaisiin katsoa olevan erottamiskykyisiä. Tämäntyyppisen pakkauksen tavanomaisuus elintarvikkeille yleisesti ja juomille erityisesti voidaan näyttää toteen valituslautakunnan mainitsemia Internet-sivuja tarkastelemalla sekä vahvistaa muita sivuja tarkastelemalla.

27 Virasto korostaa, että se seikka, että kantaja on jo pitkään käyttänyt pusseja, joiden ulkomuodolle rekisteröintiä on haettu, voidaan ottaa huomioon vain asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 3 kohdan perusteella, johon kantaja ei ole vedonnut.

28 Mitä tulee kansallisiin rekisteröinteihin ja kantajan mainitsemiin SMHV:n päätöksiin, SMHV muistuttaa, että ne eivät sido sitä oikeudellisesti.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

29 Asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaan sellaisia merkkejä, "joilta puuttuu erottamiskyky", ei voida rekisteröidä.

30 Asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitetut erottamiskyvyttömät merkit ovat sellaisia merkkejä, jotka eivät kykene täyttämään tavaramerkille asetettua perustehtävää eli yksilöimään tavaran tai palvelun kaupallista alkuperää.

31 Kuten oikeuskäytännöstä seuraa, asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitetut tavaramerkit ovat erityisesti 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 (asia T-323/00, SAT.1 v. SMHV (SAT.2), tuomio 2.7.2002, Kok. 2002, s. II-2839, 37 kohta ja asia T-194/01, Unilever v. SMHV (munanmuotoinen tabletti), tuomio 5.3.2003, Kok. 2003, s. II-383, 39 kohta).

32 On muistutettava, että tavaran ulkoasusta itsestään muodostuvan kolmiulotteisen tavaramerkin rekisteröintiä hakeneen yrityksen kilpailijoilla voi olla intressi saada vapaasti valita omien tuotteidensa muoto ja malli, mutta se ei kuitenkaan sinänsä ole peruste tällaisen hakemuksen hylkäämiselle eikä myöskään yksinään riittävä kriteeri kyseisen tavaramerkin erottamiskyvyn arvioimiseen. Kun asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa suljetaan pois erottamiskyvyttömien merkkien rekisteröinti, tässä säännöksessä turvataan se, että tavaran ulkoasun eri muunnelmat ovat kaikkien käytettävissä, ainoastaan siinä määrin kuin rekisteröintihakemuksessa tarkoitettu tavaran ulkoasu ei kykene — a priori ja riippumatta asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 3 kohdassa tarkoitetusta käytöstään — täyttämään tavaramerkin tehtävää eli sitä, että asianomaisessa kohderyhmässä voidaan tavaramerkin perusteella erottaa kyseinen tavara sellaisista tavaroista, joiden kaupallinen alkuperä on eri.

33 Merkin erottamiskykyä voidaan näin ollen arvioida ainoastaan suhteessa niihin tavaroihin tai palveluihin, joita varten rekisteröintiä on haettu, ja toisaalta suhteessa siihen, miten kohdeyleisö ymmärtää tavaramerkin.

34 Mitä tulee käsiteltävänä olevaan kanteeseen, on todettava, että haetut tavaramerkit muodostuvat kyseisten tuotteiden pakkausten ulkoasusta, nimittäin erilaisten hedelmämehupohjaisten juomien ja hedelmämehujen pakkaukseen tarkoitettujen pystyasennossa pysyvien pussien kuvauksesta.

35 Valituslautakunta on katsonut jokaisessa riidanalaisessa päätöksessä, että juomien ostaja, joka näkee kyseisen pystyasennossa pysyvän pussin, ei katso sen ensisijaisesti osoittavan valmistajaa vaan pitää sitä ainoastaan yhtenä pakkausmuotona juomalle, jonka hän haluaa ostaa (riidanalaiset päätökset, 16 kohdan loppuosa), ja että kaikki haetut kuvaukset vastaavat niiden tuotteiden tavanomaista pakkausta, joille kantaja hakee rekisteröintiä (riidanalaiset päätökset, 22 kohta; päätös R 722/1999-2, 21 kohta), ja että keskivertokuluttaja katsoo ne pystyasennossa pysyvien pussien erilaisiksi muunnelmiksi (riidanalaiset päätökset, 20 kohta, paitsi päätöksessä R 722/1999-2). Valituslautakunta on samoin katsonut, että ottaen huomioon tämänkaltaisten pussien kasvavan merkityksen pakkaus- ja juomateollisuudessa, yksi valmistaja ei voi saada yksinoikeutta tässä kyseessä olevan kaltaiseen pystyasennossa pysyvään pussiin (riidanalaiset päätökset, 20 kohta; päätös R 722/1999-2, 19 kohta).

36 Haettujen tavaramerkkien kohderyhmä muodostuu kaikista loppukuluttajista. Hedelmämehupohjaiset juomat ja hedelmämehut on tarkoitettu jokapäiväiseen kulutukseen. Haettujen tavaramerkkien erottamiskykyä on siis arvioitava ottamalla huomioon tavanomaisen valistuneen sekä kohtuullisen tarkkaavaisen ja huolellisen keskivertokuluttajan oletetut odotukset (ks. vastaavasti asia C-210/96, Gut Springenheide ja Tusky, tuomio 16.7.1998, Kok. 1998, s. I-4657, 30–32 kohta).

37 Tässä suhteessa on muistutettava, että itse tavaran ulkoasusta muodostuvaa kolmiulotteista tavaramerkkiä ei välttämättä ymmärretä asianomaisessa kohderyhmässä samalla tavoin kuin sanamerkkiä, kuviomerkkiä tai sellaista kolmiulotteista tavaramerkkiä, joka ei muodostu tästä ulkoasusta. Vaikka yleisön keskuudessa on totuttu pitämään tällaisia viimeksi mainittuja tavaramerkkejä välittömästi merkkeinä, jotka yksilöivät tuotteen, sama ei välttämättä koske merkkiä, joka muodostuu itse tavaran ulkoasusta (ks. vastaavasti edellä 14 kohdassa mainittu asia Libertel, tuomion 65 kohta ja edellä 31 kohdassa mainittu asia munanmuotoinen tabletti, tuomion 45 kohta).

38 Koska nestemäisen tuotteen pakkaus on välttämätön tuotetta myytäessä, keskivertokuluttaja katsoo sillä olevan ensisijaisesti ainoastaan pakkaustarkoitus. Merkki, joka täyttää muita tehtäviä kuin tavaramerkin tehtävän, on kuitenkin asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitetulla tavalla erottamiskykyinen vain, jos se voidaan heti ymmärtää niin, että sillä ilmaistaan niiden tavaroiden tai palvelujen, joita varten sitä on käytetty, kaupallinen alkuperä, jolloin kohdeyleisö voi erottaa ilman sekaannuksen mahdollisuutta tavaramerkin haltijan tavarat tai palvelut niistä, joilla on eri kaupallinen alkuperä (asia T-130/01, Sykes Enterprises v. SMHV (REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS), tuomio 5.12.2002, Kok. 2002, s. II-5179, 20 kohta). Näin ollen keskivertokuluttaja katsoo juomapakkauksen muodon tuotteen kaupallisen alkuperän ilmaukseksi vain jos tämä muoto voidaan välittömästi käsittää sellaiseksi ilmaukseksi.

39 Kantaja väittää aluksi, että hedelmäpohjaisten juomien ja hedelmämehujen pakkaaminen pystyasennossa pysyvään pussiin on sellaisenaan epätavanomaista.

40 Tässä suhteessa valituslautakunta on riidanalaisissa päätöksissä, ottaen huomioon mainitut Internet-sivut, oikeudellisesti riittävin perustein todennut, että pystyasennossa pysyviä pusseja on toisaalta jo käytetty tiettyjen juomien pakkaamiseen ja että tämä käyttö voi toisaalta yleistyä kaiken tyyppisten juomien osalta (riidanalaisten päätösten 17–19 kohta).

41 Kantajan esittämä kritiikki Internetistä löytyvien esimerkkien maantieteellistä tai ajallista merkityksellisyyttä kohtaan ei voi horjuttaa näiden esimerkkien merkitystä. Eri Internet-sivuilta löytyneen tiedon yhteenveto nimittäin osoittaa, että tuollaisia pusseja käytetään nykyisin juomien, erityisesti hedelmämehujen, pakkaamiseen eri puolilla maailmaa ja että tällaisia pusseja käytetään yhteisön alueella nestemäisten elintarvikkeiden pakkaamiseen. Näin saadut tiedot osoittavat konkreettisesti, että pystyasennossa pysyviä pusseja käytetään kaupankäyn-

nissä yleisesti kyseisten tavaroiden pakkauksina tai vähintäänkin niitä voidaan käyttää tällä tavoin.

42 Kun tätä pakkaustyyppiä käytetään yleisesti nestemäisille elintarvikkeille, muun muassa juomille, sillä ei ole riittävän leimallista epätavallista luonnetta, jotta keskivertokuluttaja katsoisi tämän pakkauksen sellaisenaan ilmaukseksi tietyn tämänkaltaisen tavaran erityisestä kaupallisesta alkuperästä. Tältä nestemäisille elintarvikkeille tarkoitetulta pakkaustyypiltä puuttuva erottamiskyky koskee kaikkia kyseisen ryhmän tavaroita ja erityisesti nyt käsiteltävänä olevan asian juomia. Tämän pakkaustyypin ennustettavissa oleva kehitys vahvistaa vielä tarvittaessa käytön yleistä levinneisyyttä.

43 Sen kantajan väitteen osalta, joka perustuu kyseisen pakkaustyypin pitkäaikaiseen ja jäljittelemättömään käyttöön kyseisille tavaroille, on korostettava, että myöskään merkin yksinomainen käyttö ei tee siitä itsestään erottamiskykyistä. Asetuksen N:o 40/94 7 artiklan systematiikan mukaan merkin käyttö voidaan ottaa huomioon vain tämän artiklan 3 kohdan yhteydessä, kun käytössä saavutetusta erottamiskyvystä esitetään näyttöä. Kun kantaja ei ole vedonnut haettujen merkkien käytön perusteella saavutettuun erottamiskykyyn koko yhteisön alueella, väitettä ei voida hyväksyä.

44 Kantaja esittää edelleen, että haetuissa kuvauksissa on muotoiluelementtejä, jotka eivät rajoitu tavanomaisiin tai toiminnallisiin tunnusmerkkeihin. Kantaja vetoaa tässä suhteessa niiden lukuisten elementtien lisäksi, jotka vastaavat niiden pussien tarkkaa selostusta, joiden kuvaukselle on haettu rekisteröintiä, pääasiallisesti näiden pussien perustavaa laatua olevan muodon ainutlaatuisuuteen, joka on tapauksen mukaan soikio tai kolmio, ja pussien metalliseen ulkonäköön.

45 On siis tutkittava kyseessä olevien pussien ulkoasusta saatavaa kokonaisvaikutelmaa (ks. vastaavasti asia C-251/95, SABEL, tuomio 11.11.1997, Kok. 1997, s. I-6191, 23 kohta), mikä ei ole ristiriidassa sen kanssa, että käytettyjä ulkoasun eri piirteitä tarkastellaan peräkkäin (edellä 31kohdassa mainittu asia munanmuotoinen tabletti, tuomion 54 kohta).

46 Tässä suhteessa on aluksi todettava, että haetut kuvaukset vastaavat tiettyä nesteiden pakkaustyyppiä. Riidanalaisissa päätöksissä esitetyt pystyasennossa pysyvien pussien esimerkit osoittavat, että nämä pussit koostuvat yleisesti ottaen viidestä särmästä saumoin yhdistetystä kolmesta tahkosta ja niillä on neliön- tai kolmionmuotoinen etu- ja takaosa.

47 Kantajan esittämät muotoiluelementit vastaavat pääosin joko yksinkertaisesti lajityypillistä pystyssä pysyvän pussin muotoa tai ovat liian vähäisiä jäädäkseen asianomaisen kohdeyleisön muistiin. Siten kupera muoto, samansuuntaiset viivat sivussa tai ylempi horisontaalinen viiva, joka vastaa yhtä saumaa, eivät voi tehdä kantajan pussin kuvauksesta erottamiskykyistä verrattuna pystyasennossa pysyvän pussin perusmuotoon. Asianomainen kohdeyleisö ei ylipäätään katso ympyrän kaarta tai V:tä, joka muodostaa pussin alimman sauman, etu- ja takaosan erilaista kokoa tai ylemmän viivan puuttumista sellaisina tunnusmerkkeinä, joista se voisi tunnistaa nämä pussit.

48 Siten jää jäljelle kolme elementtiä, joiden perusteella kyseisten pussien kuvaus voisi erota riittävästi pystyasennossa pysyvän pussin tavanomaisesta muodosta ja joita ovat siis pussin keskeiset muodot, sivupainallukset ja metallinen ulkonäkö.

49 Mitä tulee ensiksikin kyseisten pussien keskeisiin muotoihin, ne koostuvat suorakulmiosta, soikiosta tai kolmiosta. Ne vastaavat geometrisia perusmuotoja, sellaisina kuin niitä voidaan käyttää pystyasennossa pysyvissä pusseissa. Soikio- ja kolmiomuodot päättyvät lisäksi teknisen välttämättömyyden ja pakkauksen tarkoituksen vuoksi — pystyasennossa pysyminen — suoriin ala- tai yläpuolisiin reunoihin, jolloin nämä muodot ovat lähellä neliötä tai kolmiota. Näin ollen nämä keskeiset muodot eivät voi tehdä haetuista tavaramerkeistä erottamiskykyisiä, koska niitä käytetään tavanomaisesti tai niitä voidaan käyttää pystyasennossa pysyvissä pusseissa.

50 Toiseksi, mitä tulee neljässä hakemuksessa esitetyissä kuvauksissa oleviin sivupainalluksiin, keskivertokuluttaja yhdistää ne mielessään siihen, että pussista saadaan niiden avulla parempi ote. Sitä paitsi nämä painallukset ovat siinä määrin toisarvoisia tai sellaisia muunnelmia suorista reunoista, että ne eivät itsessään tee kyseisistä muodoista erottamiskykyisiä.

51 Kolmanneksi, mitä tulee pussin metalliseen ulkonäköön, jota kuvataan harmaalla värillä ja valon avulla, asianomainen kohdeyleisö katsoo sen perustellusti tai perusteettomasti olevan luontainen ominaisuus sille materiaalille, jota on käytetty pussin valmistuksessa. Tämän vuoksi keskivertokuluttaja ei katso, että metallinen ulkonäkö osoittaisi kyseisten tavaroiden kaupallisen alkuperän.

52 Lopuksi, mitä tulee jokaisen kyseessä olevan pussin kokonaisvaikutelmaan, valituslautakunta oli perustellusti katsonut, että kyseessä olevien muotojen ja ulkonäön erot suhteessa pystyasennossa pysyvän pussin tyypilliseen ulkoasuun ovat tuon ulkoasun yksinkertaisia muunnelmia. Nämä erot yhdessä eivät saa aikaan kunkin kyseessä olevan pussin kokonaisvaikutelmaan selvää eroa

pystyasennossa pysyvän pussin tavanomaiseen ulkoasuun nähden. Erilaisten toisarvoisten muotoiluelementtien yhdistäminen tai erilaisten pussien kokonaisvaikutelma ei voi jäädä keskivertokuluttajan, jonka tarkkaavaisuus on tässä suhteessa vähäinen, mieleen kyseisten tavaroiden kaupallisen alkuperän ilmaisuna.

53 On vielä lisättävä, että haettujen kuvausten mukaisten pussien valmistukseen liittyvät tekniset vaikeudet tai kustannukset eivät ole asiaankuuluvia perusteita arvioitaessa haettujen tavaramerkkien erottamiskykyä. Muoto, jolta puuttuu kaikenlainen erottamiskyky, ei voi saada sellaista osakseen valmistukseensa liittyvien vaikeuksien tai kustannusten vuoksi.

54 Valituslautakunta saattoi sitä paitsi oikeutetusti viitata pystyasennossa pysyviä pusseja koskevan monopolin syntymisen vaaraan kyseisten juomien suhteen, koska tämä arviointi on vahvistanut, että pusseilta puuttuu erottamiskyky kyseessä oleville tavaroille asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohtaan perustuvan ehdottoman hylkäysperusteen mukaisesti, joka liittyy yleisen edun huomioon ottamiseen. Sitä paitsi monopolin syntymisen vaara on havaittavissa yhä selvemmin, kun kyseessä olevat tavaramerkkihakemukset kattavat suuren osan pystyasennossa pysyvien pussien tyypillisen perusmuodon ajateltavissa olevista muunnelmista.

55 Sikäli kuin kantaja vetoaa erilaisiin juomapakkauksiin, jotka on rekisteröity yhteisön tavaramerkkinä, on muistutettava, että yleisen oikeuskäytännön mukaan sitä, voidaanko merkki rekisteröidä yhteisön tavaramerkiksi, on arvioitava yksinomaan yhteisön asiaa koskevan lainsäädännön nojalla, sellaisena kuin yhteisöjen tuomioistuimet ovat sitä tulkinneet, eikä valituslautakuntien aiemman päätöksentekokäytännön pohjalta (edellä 31 kohdassa mainittu asia SAT.2, tuomion 60 kohta ja edellä 38 kohdassa mainittu asia Sykes Enterprises v. SMHV (REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS).

56 Mitä tulee väitteeseen, jonka mukaan Saksan patentti- ja tavaramerkkiviranomainen on rekisteröinyt neljä tavaramerkkiä, joista kolme on hyvin samankaltaista joidenkin nyt haettujen tavaramerkkien kanssa (asiat T-148/02, T-149/02 ja T-151/02), yleisestä oikeuskäytännöstä ilmenee, että jäsenvaltioissa jo tehdyt rekisteröinnit ovat seikkoja, jotka voidaan ainoastaan ottaa huomioon yhteisön tavaramerkkiä rekisteröitäessä, eivätkä ne ole ratkaisevia (vertaa edellä 31 kohdassa mainittu asia munanmuotoinen tabletti, tuomion 68 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Valituslautakunta on vastaavasti ottanut perustellusti huomioon kansalliset rekisteröinnit esittäessään, että nämä eivät anna aihetta tuomion muuttamiseen.

57 Näillä perusteilla valituslautakunta on perustellusti katsonut, että pystyasennossa pysyvien pussien kahdeksan kuvausta eivät ole erottamiskykyisiä kyseessä oleville tuotteille, mukaan lukien hedelmämehupohjaiset juomat ja hedelmämehut.

58 Kanteet on siten hylättävä.

Oikeudenkäyntikulut

59 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 87 artiklan 2 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska kantaja on hävinnyt asian ja SMHV on vaatinut oikeudenkäyntikulujensa korvaamista, kantaja on velvoitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN
TUOMIOISTUIN (toinen jaosto)

on antanut seuraavan tuomiolauselman:

1) **Kanteet hylätään.**

2) **Kantaja velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.**

Forwood Pirrung Meij

Julistettiin Luxemburgissa 28 päivänä tammikuuta 2004.

H. Jung

kirjaaja

J. Pirrung

jaoston puheenjohtaja