

SKONIS KAIP PREKIŲ ŽENKLAS: AR SKONIS GALI ATLIKTI PAGRINDINĘ PREKIŲ ŽENKLO FUNKCIJĄ

Rūta Zmejauskaitė

Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto

Civilinės justicijos institutas

Ateities g. 20, LT-08303 Vilnius, Lietuva

Telefonas (+370 5) 217 4587

Elektroninis paštas: rutazmejauskaite@gmail.com

Pateikta 2011 m. rugsėjo 29 d., parengta spausdinti 2013 m. sausio 9 d.

***Anotacija.** Straipsnyje taikant mokslinius teorinius ir empirinius metodus aptariama skonio per se galimybė būti registruojamam prekių ženklu. Tyrimas atliekamas skonį per se analizuojant per pagrindinės prekių ženklo funkcijos prizmę – ar skonis per se gali atskirti vieno asmens prekes ar paslaugas nuo kito asmens prekių ar paslaugų. Atsakant į šį klausimą aptariama pagrindinės prekių ženklo funkcijos esmė ir paskirtis, analizuojamas skonio per se vertinimas prekių, kurioms žymėti šis skonis būtų skirtas, atžvilgiu bei skonio per se vertinimas vidutinio vartotojo suvokimo aspektu, tiriamas skonio per se gebėjimas įgyti skiriamąjį požymį dėl naudojimo, aptariamas funkcionalumo doktrinos taikymas skonio prekių ženklu. Tyrimas atliekamas Europos Sąjungos teisės aktų kontekste analizuojant skonio per se registravimo Europos Bendrijos prekių ženklu galimybes.*

***Reikšminiai žodžiai:** netradicinis prekių ženklas, ženklas, kuriame yra nematomas žymuo, esminė prekių ženklo funkcija, skiriamasis požymis, skonis.*

Įvadas

Nebelaikoma naujove tai, kad naudodamiesi moderniosiomis technologijomis gamintojai ar paslaugų teikėjai renkasi išradingesnius bei netradicinius išsiskyrimo iš konkurentų būdus, siekdami į rinką pateikti prekes ar paslaugas, pažymėtas prekių ženklais, suvokiamais kitais nei rega žmogaus jutimais: klausa, uosle, skonio receptoriais, lytėjimu. Šių siekių realizavimas siejamas su didelėmis verslo subjektų investicijomis, leidžiančiomis netradicine forma nusiųsti žinutę vartotojui, kad šis, užuot rinkęsis konkurento prekes ar paslaugas, dėl pasirinkimo apsispręstų naudai gamintojo ar paslaugų teikėjo, kuris rinkoje leido save atpažinti naudodamas garso, kvapo, skonio ar medžiagos tekstūros prekių ženklą.

Teisingumo Teismui patvirtinus prekių ženklais registruotinių žymenų rato neapibrėžtumą bei išaiškinus, jog prekių ženklas gali būti sudarytas ir iš žymenų, kurie nėra suvokiami vizualiai, su sąlyga, kad šiuos žymenis galima pavaizduoti grafiškai¹, formali nematomo žymens registravimo prekių ženklų galimybė praktikoje yra vis dar sunkiai realizuojama. Nors visų rūšių nematomų žymenų registracija sukelia daug sunkumų, vis dėlto pripažįstama, jog vienas kontraversiškesniausių vertinamų nematomų žymenų yra skonis *per se*. Be to, šiandieninės techninės galimybės neįgalina skonio pavaizduoti grafiškai tokiu būdu, kad šis grafinis pavaizdavimas būtų aiškus, tikslus, savarankiškas, lengvai prieinamas, suprantamas bei objektyvus². Vis dėlto didžiausia problema, neleidžianti skonį *per se* saugoti prekių ženklų teisės instrumentais, yra tai, kad abejojama, ar skonis *per se* apskritai gali atlikti pagrindinę prekių ženklo funkciją – atskirti vieno asmens prekes ar paslaugas nuo kito asmens prekių arba paslaugų. Jeigu būtų nuspręsta, jog skonis *per se* negali atlikti identifikacinės ir kilmės šaltinio funkcijų, bet kokie techniniai grafinio skonio pavaizdavimo sprendiniai netenka prasmės – skonio žymuo tuomet negali būti saugomas prekių ženklų teisės. Nors daugelis specialistų ir pripažįsta, jog nematomo prekių ženklo, o ypač skonio, prigimtis yra nesuderinama su gebėjimu atlikti pagrindinę skiriamąją prekių ženklo funkciją³, teisinio aiškumo pagrindžiant šią poziciją nėra. Taigi, poreikio suteikti skoniu *per se* prekių ženklų teisės instrumentais analizė pirmiausiai turėtų prasidėti nuo atsakymo į klausimą, ar skonis gali suteikti vartotojui juo pažymėtų prekių ar paslaugų identiškumo garantiją.

Tyrimas yra atliekamas Europos Sąjungos teisės aktų, o konkrečiai 1988 m. gruodžio 21 d. Pirmosios Tarybos direktyvos Nr. 89/104/EEB valstybių narių įstatymams, susijusiems su prekių ženklais, suderinti⁴ (2008 m. spalio 22 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva Nr. 2008/95/EB valstybių narių teisės aktams, susijusiems su prekių

1 Case C-273/00, *Ralf Sieckmann v. Deutsches Patent-und Markenamt* [2002] ECR I-11737, p. 44.

2 *Ibid.*, p. 70–71.

3 Anil, S., et. al. Smell Marks – A Singapore Study and Implications for the Commercial Use and Exploitation of Non-Traditional Trade Marks. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*. IIC6/2009: 698.

4 Pirmoji Tarybos 1988 m. gruodžio 21 d. direktyva 89/104/EEC valstybių narių įstatymams, susijusiems su prekių ženklais, suderinti. [1989] OL L 040.

ženklais, suderinti (kodifikuota redakcija)⁵ (toliau – Direktyva) bei 1993 m. gruodžio 20 d. Tarybos reglamento (EB) Nr. 40/94 dėl Bendrijos prekių ženklo⁶ (2009 m. vasario 26 d. Tarybos reglamentą (EB) Nr. 207/2009 dėl Bendrijos prekių ženklo (kodifikuota redakcija)⁷ (toliau – Reglamentas) kontekste, vertinant skonio *per se* galimybę būti Europos Bendrijos prekių ženklu.

Šio klausimo sprendimo aktualumą patvirtina akivaizdus skonio prekių ženklų registracijos praktikos nebuvimas: iki šiol neegzistuoja nė vieno skonio, įregistruoto Europos Bendrijos prekių ženklu. Nagrinėjama klausimais pozicijos nėra pateikę ir teismai. Teisės doktrinoje, be autorių M. Lindstromo, N. P. Carvalho, S. Sandri, S. Rizzo fragmentiškų pasvarstymų skonio galimybės atlikti prekių ženklo funkciją klausimais, išsamios teisinės studijos nagrinėjant šią problemą nėra atlikta. Vienintelis analizės pavyzdys galėtų būti autorės E. Amandos Compton mokslinis straipsnis skonio kaip prekių ženklo registravimo probleminių aspektų klausimais, tačiau ši studija atlikta JAV teisinio reglamentavimo kontekste. Žymens galimybės atlikti skiriamąją funkciją aspektą aptarė Makso Planko institutas Europos Komisijos užsakymu atliktoje „Europos prekių ženklų sistemos funkcionavimo studijoje“ (angl. *Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System*)⁸. Lietuvos teisės doktrinoje mokslinio tyrimo straipsnyje analizuojama klausimais taip pat nėra atlikta.

Straipsnio tikslas – aptarti pagrindinę prekių ženklo funkciją, išanalizuoti absoliutaus reikalavimo prekių ženklu turėti skiriamąjį požymį bei reikalavimo prekių ženklu nebūti aprašomojo pobūdžio taikymo ypatumus skonio žymeniui, išanalizuoti skonio *per se* vertinimą prekių, kurioms žymėti šis skonis būtų skirtas, atžvilgiu bei skonio *per se* vertinimą vidutinio vartotojo suvokimo aspektu, aptarti skonio *per se* gebėjimą įgyti skiriamąjį požymį dėl naudojimo bei aptarti funkcionalumo doktrinos taikymą skonio prekių ženklu.

Tyrimo objektas – Europos Sąjungos teisės aktai, Europos Sąjungos Teisingumo Teismo (toliau – ir Teisingumo Teismas) praktika, Vidaus rinkos derinimo tarnybos (toliau – VRDT)⁹ Apeliacinės tarybos praktika, mokslo darbai, susiję su prekių ženklų, kuriuose yra nematomas žymuo, teisine apsauga.

Straipsnio tikslui pasiekti taikyti teoriniai analizės, apibendrinimo, lyginamasis bei empirinis dokumentų analizės metodai.

5 2008 m. spalio 22 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva Nr. 2008/95/EB valstybių narių teisės aktams, susijusiems su prekių ženklais, suderinti (kodifikuota redakcija). [2008] OL L 299.

6 1993 m. gruodžio 20 d. Tarybos reglamentą (EB) Nr. 40/94 dėl Bendrijos prekių ženklo. [1993] OL L 11.

7 Tarybos 2009 m. vasario 26 d. reglamentą (EB) Nr. 207/2009 dėl Bendrijos prekių ženklo. [2009] OL L 078.

8 Makso Planko instituto (Intelektinės nuosavybės ir konkurencijos teisė, Miunchenas, Vokietija) (angl. *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Munich*) Europos Komisijos užsakymu atlikta „Europos prekių ženklų sistemos funkcionavimo studija“ (angl. *Trade Mark Study*), paskelbta 2011 m. vasario 15 d. [interaktyvus]. [žiūrėta 2011-03-20]. <http://www.ip.mpg.de/en/pub/news/trade_mark_study.cfm#i24475>.

9 Vidaus rinkos derinimo tarnyba (prekių ženklai ir dizainas) (angl. *Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs)*), įsteigta 1993 m. gruodžio mėn. 20 d. Tarybos reglamento (EB) dėl Bendrijos prekių ženklo Nr. 40/94 pagrindu Europos Bendrijos prekių ženklu ir dizainui registruoti, įsikūrusi Ispanijoje, Alikantėje.

1. Pagrindinė prekių ženklo funkcija

Direktyvos 2 straipsnis nustato, kad prekių ženklas gali būti *sudarytas iš bet kokio žymens, kurį galima pavaizduoti grafiškai, būtent, iš žodžių, įskaitant asmenvardžius, dizaino, raidžių, skaitmenų, išorinio prekių ar jų įpakavimo vaizdo su sąlyga, kad tokie žymenys leidžia atskirti vienai įmonei priklausančias prekes arba paslaugas nuo kitai įmonei priklausančių prekių arba paslaugų*. Reglamento 4 straipsnis iš esmės atkartoja Direktyvos 2 straipsnio nuostatą, įtvirtindamas analogiškus reikalavimus žymenims, galintiems sudaryti Bendrijos prekių ženklą. Šių dviejų teisės nuostatų santykio aspektu svarbu pažymėti, jog Direktyvos 2 straipsnis bei Reglamento 4 straipsnis turi būti interpretuojami vienodai. Taigi, prekių ženklo samprata apima šiuos elementus: 1. *prekių ženklą gali sudaryti žymenys*; 2. *žymenys turi būti tokie, kad juos būtų galima pavaizduoti grafiškai*; 3. *žymenys turi būti tokie, kad leistų atskirti vieno asmens prekes ir paslaugas nuo kito asmens prekių ir paslaugų*. Pastarasis prekių ženklo sampratos elementas laikomas pagrindine prekių ženklo funkcija, kurios paskirtis yra suteikti vartotojui prekių ženklu pažymėtų prekių ir (arba) paslaugų identiškumo garantiją. Ši skiriamoji (identifikacinė) ir tuo pat metu esminė prekių ženklo funkcija yra laikoma visos Europos Bendrijos prekių ženklų teisinės apsaugos pagrindu¹⁰. Europos Sąjungos Teisingumo Teismas ne kartą pabrėžė, jog tam, kad prekių ženklas galėtų įgyvendinti savo esminę funkciją neiškreiptos konkurencijos sistemoje, jis privalo suteikti garantiją, jog visos juo pažymėtos prekės ir paslaugos yra sukurtos prižiūrint konkrečiam asmeniui, kuris yra atsakingas už jų kokybę¹¹.

Svarbu pažymėti, kad prekių ženklas privalo identifikuoti ne konkretų ūkio subjektą, bet prekes arba paslaugas, pagamintas arba teikiamas *skirtingų* ūkio subjektų. Tokia yra prekių ženklo komercinės kilmės funkcijos paskirtis. Kitaip tariant, vartotojas gali nežinoti konkretaus prekių ar paslaugų gamintojo ar paslaugų teikėjo ar identifikuoti konkretų juridinio asmens pavadinimą, tačiau vartotojas, pirksdamas prekes ar naudodamasis paslaugomis, pažymėtomis vienu ar kitu prekių ženklu, turi manyti, kad visuomet jo pasirenkamos prekės ar paslaugos kilusios iš *to paties* šaltinio, kurį jis išskiria iš kitų ūkio subjektų. Taigi prekių ženklas vartotojui turi padėti atskirti skirtingų ūkio subjektų gaminamas prekes arba teikiamas paslaugas, tačiau neprivalo (nors ir gali) identifikuoti konkretų ūkio subjektą¹². G. Pranevičius nurodo, kad turi būti įvertinama, ar prekę, pažymėtą pateiktu registruoti ženklu „A“, bus galima atskirti nuo tokios pačios rūšies prekės, pažymėtos ženklu „B“, jeigu jos būtų sudėtos viena šalia kitos¹³. Galima teigti, jog komercinės kilmės prekių ženklo funkcija papildo identifikacinę prekių ženklo funk-

10 Kitchin, Q. C., et. al. *Kerly's law of trade marks and trade names*. London: Sweet & Maxwell, 2005, p. 2–8.

11 Case C-299/99, *Koninklijke Philips Electronics NV v Remington Consumer Products Ltd* [2002] ECR I-5475, p. 30; Case C-273/00, *Ralf Sieckmann v. Deutsches Patent-und Markenamt* [2002] ECR I-11737, p. 35; Case C-239/02, *SAT.1 Satelliten Fernsehen GmbH. v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs)* [2004], p. 23.

12 Birštonas, R., et al. *Intelektinės nuosavybės teisė*. Vilnius: VĮ Registrų centras, 2010, p. 516.

13 Pranevičius, G. Europos Bendrijos prekių ženklo ir asmenų, galinčių būti Europos Bendrijos prekių ženklo savininkais, samprata. *Jurisprudencija*. 2002, 34(26): 31–39, p. 41.

ciją, tuo jos savo prasme yra glaudžiai susijusios, todėl tolesnė analizė bus atliekama abiejų šių funkcijų kontekste, esmine vis dėlto pripažįstant identifikacinę prekių ženklo funkciją.

Žymens vertinimas gebėjimo atlikti esminę prekių ženklo funkciją aspektu yra fundamentalus filtras, kuris pirmiausia atskiria visus žymenis, negalinčius atitikti šio reikalavimo. Gebėjimo atlikti prekių ženklo funkciją testas yra vienas iš absoliutaus reikalavimo prekių ženklui, įtvirtinto Direktyvos 3 straipsnio 1 dalies (a) punkte bei Reglamento 7 straipsnio 1 dalies (a) punkte, elementu, kitaip dar vadinamas žymens *turinio*¹⁴ elementu. Pažymėtina, jog absoliutūs reikalavimai prekių ženklui yra skirti patikrinti, ar apskritai toks ženklas *per se* galėtų pretenduoti į apsaugą išimtinėmis teisėmis, t. y. ar jis atitinka prekių ženklui keliamus reikalavimus ir ar toks ženklas geba atlikti savo esminę funkciją – atskirti vieno asmens prekes ar paslaugas nuo kito asmens prekių arba paslaugų¹⁵, kitaip tariant, suteikti vartotojui juo pažymėtų prekių ar paslaugų identiškumo garantiją. Taigi, absoliutūs reikalavimai prekių ženklui yra kildinami iš pagrindinių prekių ženklų funkcijų: identifikacinės bei komercinės kilmės. Todėl vertinant skonio *per se* gebėjimą atlikti pagrindinę prekių ženklo funkciją, privalu patikrinti, ar toks žymuo atitinka absoliučius reikalavimus, keliamus prekių ženklu, tam, kad teisinė apsauga prekių ženklų teisės instrumentais būtų suteikta tik tiems žymenims, kurie minėtą funkciją geba atlikti. Taigi, toliau skonį nagrinėsime Direktyvos 3 straipsnio 1 dalies bei Reglamento 7 straipsnio (a), (b), (c) punktuose įtvirtintų absoliučių reikalavimų aspektu, laikant, jog visi šie reikalavimai turi būti interpretuojami per žymens galėjimo atlikti pagrindinę prekių ženklų funkciją prizmę¹⁶.

Direktyvos 3 straipsnio 1 dalies (b) punktas bei Reglamento 7 straipsnio 1 dalies (b) punktas įtvirtina reikalavimą prekių ženklui turėti skiriamąjį požymį (toliau – skiriamąjo požymio reikalavimas). Atsižvelgiant į tai, jog reikalavimo ženklui turėti skiriamąjį požymį tikslas yra neatsiejamas nuo ženklo identifikacinės bei kilmės šaltinio funkcijos¹⁷, skonio gebėjimo atlikti pagrindines prekių ženklų funkcijas analizė reikalauja įvertinti skonį pirmiausia šio absoliutaus reikalavimo aspektu. Skiriamąjo požymio reikalavimo taikymas skoniui *per se* yra neabejotinai specifinis, todėl jo analizė yra vienas svarbiausių šiame moksliniame straipsnyje aptariamų aspektų.

Svarbu pabrėžti, jog, vertindami skonio *per se* atitiktį skiriamąjo požymio reikalavimui, vadovausimės pagrindinėmis skiriamąjo požymio vertinimo taisyklėmis (šios taisyklės taikomos vertinant skonio *per se* atitiktį ir kitiems, šiame straipsnyje aptariamais, absoliutiems reikalavimams prekių ženklui). Pirmiausia, skonio analizė negali būti atsieta nuo atitinkamų prekių ir paslaugų, kurioms žymėti skonis ketinamas regist-

14 Jaconiah, J. The Requirements for Registration and Protection of Non – Traditional Marks in the European Union and in Tanzania. *IIC (International Review of Intellectual Property and Competition Law)*. Munich: Max Planck Institute for Intellectual Property Competition and Tax Law, 2009, 7: 756–781, p. 756.

15 Klimkevičiūtė, D. Erdvinių prekių ženklų teisinės apsaugos ypatumai: kai kurie teoriniai ir praktiniai aspektai. *Justitia*. 2008, 1(67): 40–52, p. 42.

16 Maniatis, S. M.; Botis, D. *Trade Marks in Europe: a Practical Jurisprudence*. London: Sweet & Maxwell, 2010, p. 4–91.

17 Case C-239/02, *SAT.1 Satelliten Fernsehen GmbH. v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs)* [2004], p. 27.

ruoti, kitaip tariant, vertinant skonį turi būti atsisakyta abstraktumo bei konkretus skonis turi būti vertinamas prekių ar paslaugų, kurioms žymėti šis skonis būtų skirtas, atžvilgiu. Ši taisyklė kildinama iš poreikio skiriamąją prekių ženklo funkciją įgyvendinti tik toms konkrečioms prekėms ar paslaugoms, kurioms žymėti skonis būtų skirtas. Antra, skonis turėtų būti vertinamas per visuomenės (vartotojo) suvokimo prizmę.

2. Skonio *per se* vertinimas atsižvelgiant į prekes, kurioms žymėti šis skonis būtų skirtas

Skonis yra vienas iš pojūčių, kuriuo žmogus gauna informaciją iš aplinkos ir apie aplinką. Skonis, kaip pojūtis (angl. *the sense of taste*) realizuojasi tik tuomet, kai gaminytys patenka ant liežuvio, kadangi skonis jaučiamas dėl liežuvyje esančių skonio receptorių¹⁸. Ištirpusiems cheminėms medžiagoms sudirginus liežuvyje esančius receptorių, juose kyla nerviniai impulsai, kurie nervais sklinda į galvos smegenis. Tada ir suvokiamas skonis¹⁹.

Akivaizdu, jog skonį žmogus jaučia ir suvokia tik ragaudamas, todėl ši jo specifika savaime eliminuoja galimybę skoniui žymėti paslaugas, taigi skonis – išimtinai tik prekių²⁰ ženklas. Šiai nuomonei pritaria ir Pasaulinė intelektinės nuosavybės organizacija²¹ (toliau – PINO), pažymėdama, jog dėl skonio prigimties sunkiai įsivaizduojama, kad skonis galėtų žymėti paslaugas²².

Vienas iš problemiškesnių aspektų, vertinant, ar skonis atitinka skiriamąjo požymio reikalavimą, yra tai, kad skoniui galima žymėti išties siaurą prekių ratą. Išskirtinos tik kelios kategorijos prekių, kurios objektyviai gali būti žymimos skoniui. „Skonio ženklų prekės“ apsiriboja prekėmis, kurios pagal savo prigimtį yra valgomos, arba prekėmis, kurios pagal savo prigimtį nėra skirtos valgyti, tačiau pagal savo paskirtį gali turėti sąlytį su ragavimo organais. Rinkodaros specialistai kaip pačius akivaizdžiausius „skonio ženklų“ produktų pavyzdžius pateikia įvairius dantų priežiūros gaminius: dantų pasta, dantų skalavimo skystis, dantų siūlai, dantų šepetėliai²³. Prie tokių gaminių taip pat galima priskirti stomatologijos prietaisus, gėrimų šiaudelius, dantų krapštukus ir kitus gaminius, kurie pagal paskirtį, nors ir nėra valgomi, tačiau juos naudojant neišvengiamas sąlytis su žmogaus burna, t. y. dirginami skonio receptoriai.

18 Goldstein, B., et. al. *Blackwell Handbook of Sensation and Perception*. London: Blackwell publishing, 2005, p. 602.

19 *Ibid.*, p. 603.

20 Paprastai sąvoka „prekių ženklas“ apima tiek prekių ženklus, tiek ir paslaugų ženklus.

21 Pasaulinė intelektinės nuosavybės organizacija (PINO) yra Jungtinių Tautų specializuota agentūra, kurios paskirtis yra tarptautinės intelektinės nuosavybės vystymas. Šiuo metu PINO narėmis yra 184 valstybės. Informacija PINO internetinėje svetainėje [interaktyvus]. [žiūrėta 2011-03-06]. <<http://www.wipo.org>>.

22 World Intellectual Property Organization, Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, Seventeenth Session, Geneva, May 7 to 11, 2007 [interaktyvus]. [žiūrėta 2011-03-20]. <<http://www.wipo.org>>.

23 Lindstrom, M. *Prekės ženklo jausmas: galingų prekių ženklų kūrimas, naudojant lytėjimą, skonį, kvapą, vaizdą ir garsą*. Vilnius: Vaga, 2008, p. 112.

Pirmosios kategorijos, t. y. valgomos, prekės gali būti skirstomos į pirminius produktus, gautus iš gamtos, kurių skonį lemia jų natūrali, prigimtinė substancija: vaisiai, daržovės, mėsa, medus ir pan. Natūralus šių prekių skonis neatlieka jokios identifikacinės funkcijos kaip prekių ženklas, skonis yra tiesiog natūrali produkto savybė. Taip pat skiriami antriniai, t. y. žmogaus iš gamtos išgaunami ar pagaminami, produktai, kurie turi jiems iš prigimties *būdingą* skonį, tokie kaip kava, karamelė, šokoladas ir kiti. Tokie skoniai yra būdingi gaminiui ir pagal gaminio esmę objektyviai negali būti kitokie, nes jie yra nulemti konkrečios gaminio rūšies²⁴. Minėti bei panašūs skoniai sutapatunami su pačia preke, o tai savaime eliminuoja skonio gebėjimą atlikti prekių ženklo funkciją: konkretus skonis yra iš prigimties tiek *būdingas* pačiai prekei, kuriai žymėti norima tokį skonį įregistruoti prekių ženklu, kad toks skonis visiškai nėra *būdingas* ta prasme, kad pagal jį būtų galima atskirti vieno gamintojo prekes nuo kito gamintojo prekių. Kitaip tariant, pavyzdžiui, šokolado skonio negalima registruoti kaip prekių ženklo šokolado produktams žymėti. Šios kategorijos prekių skoniai yra charakterizuojantys pačią prekę arba duodantys nuorodą į konkrečią prekių rūšį, todėl netenkina ne tik skiriamąjį požymio reikalavimą, bet ir Direktyvos 3 straipsnio 1 dalies c punkte, Reglamento 7 dalies 1 dalies (c) punkte įtvirtinto absoliutaus reikalavimo prekių ženklui nebūti aprašomojo pobūdžio, t. y. nebūti sudarytam iš žymens, kuris žymi arba nurodo tik prekių rūšį, kiekį, kokybę, paskirtį, vertę, geografinę kilmę, prekių pagaminimo ar paslaugų teikimo laiką, pagaminimo būdą arba kitas prekių ir (ar) paslaugų charakteristikas. Šios prekių kategorijos skonių vertinimas nėra problemiškas, akivaizdu ir nediskutuotina, kad prekei iš prigimties būdingi skoniai negali atlikti pagrindinės prekių ženklo funkcijos – suteikti vartotojui juo pažymėtų prekių identiškumo garanto. Be to, čia aptariamos prekių kategorijos atžvilgiu faktiškai šie skoniai niekuomet nesugebėtų įgyti skiriamąjį požymio dėl naudojimo Direktyvos 3 straipsnio 3 dalies bei Reglamento 7 straipsnio 3 dalies prasme.

Anksčiau aptartų skonių, kaip skonių *per se*, aprašomasis pobūdis yra kvalifikuojamas vertinant prekių, kurioms šis skonis yra natūraliai būdingas iš prigimties, atžvilgiu. Vadinas, skonio galimybę būti prekių ženklu tiesiogiai veikia atotrūkis nuo prekės, kuriai žymėti šis skonis būtų skirtas. Kitaip tariant, tam, kad skonis atskirtų vieno asmens prekę nuo kito asmens prekės, šis skonis turi ženkliai nukrypti nuo prekės skonio normos arba žymėti prekę, kuri iš prigimties neturi skonio. Taigi, peršasi išvada, jog potencialus prekių, kurias galima žymėti skoniu, ratas apsiriboja prekėmis, kurios pagal savo prigimtį yra valgomos, tačiau dėl kokių nors priežasčių žymimos kitu nei natūralus skoniu, bei prekėmis, kurios pagal savo prigimtį nėra valgomos, todėl skonio neturi, tačiau pagal savo paskirtį gali turėti sąlytį su ragavimo organais.

Viena iš priežasčių, kodėl valgomos prekės žymimos kitu nei natūralus skoniu, yra ta, kad prekė iš prigimties gali turėti nemalonų skonį. Prekių ženklų ekspertai įprastai šiai prekių kategorijai priskiria farmacijos gaminius, kurie dažniausiai yra itin nemalonus skonio, todėl farmacijos įmonės siekia į suteiktą gaminiui patrauklų skonį įgyti

24 Carvalho, N. P. *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*. USA: Kluwer Law International, 2010, p. 305.

išimtinės teisės ir tokiu būdu išsiskirti iš konkurentų²⁵. Doktrinoje pabrėžiama, kad skonio registravimo prekių ženklu poreikis labiausiai jaučiamas būtent farmacijos sektoriuje²⁶. Taip pat šią situaciją akivaizdžiai įrodo ir praktika: pažymėtina, kad, be vienintelio žinomo įregistruoto saldymedžio skonio prekių ženklo²⁷, visi kiti nesėkmingi bandymai pasaulyje registruoti skonio prekių ženklus buvo būtent farmacijos įmonių.

2002 metais Olandijos farmacijos įmonė „N. V. Organon“ siekė JAV Patentų ir prekių ženklų biure įregistruoti apelsinų skonį antidepresantams žymėti²⁸. Ta pati įmonė analogišką skonį analogiškomis prekėms siekė užregistruoti ir Europos Bendrijos prekių ženklu VRDT²⁹. Dar vienas nepasitvirtinęs bandymas buvo farmacijos įmonės „Eli Lilly and Company“ siekis įregistruoti Europos Bendrijos prekių ženklu braškių skonį, kuris turėjo būti skirtas 5 klasės prekėms pagal „Nicos“ klasifikaciją – farmacijos preparatams – žymėti³⁰. Taip pat paminėtina ir naujausia Vokietijos farmacijos bendrovės „Pohl-Boskamp GmbH & Co“ paraiška JAV Patentų ir prekių ženklų biurui dėl išskirtinio pipirmėčių skonio nitroglicerino vaistiniams preparatams žymėti; jos tenkinimo klausimas iki šiol nėra išspręstas³¹.

Visas minėtas paraiškas vienija tai, kad farmacijos įmonės į cheminę medikamentų sudėtį įtraukė chemines medžiagas, gerinančias medikamento skonį, ir šį skonį siekė apsaugoti prekių ženklų teisės instrumentais. Farmacijos produktų skonis tokiu būdu atlieka praktišką ir taikomąją funkciją, o sprendžiant dėl tokio žymens registravimo prekių ženklu svarbu atsakyti į klausimą, ar išimtinės teisės į tam tikrą skonį suteikimas vienam ar keliems asmenims nereikš farmacijos rinkoje nusistovėjusio skonio monopolizavimo ir tokiu būdu nepagrįstai neiškreips laisvos konkurencijos modelio farmacijos sektoriuje. Juk prekių ženklų įregistruotas tam tikras prekės skonis yra monopolizuo-

-
- 25 Sandri, S.; Rizzo, S. *Non – conventional trademarks and Community Law*. Leicester (UK): Marques, 2004, p. 155.
 - 26 Bucknell, D. Pharmaceutical taste trademarks – a bitter pill to swallow [interaktyvus]. 2006 [žiūrėta 2011-05-02]. <<http://www.thinkipstrategy.com/ipthinktank/70/pharmaceutical-taste-trade-marks-a-bitter-pill-to-swallow/>>.
 - 27 Autorės žiniomis, vienintelis įregistruotas skonio prekių ženklas yra saldymedžio skonis 16 klasės prekėms (popieriui, raštinės reikmenims ir t. t.) pagal „Nicos“ klasifikaciją žymėti. Šią registraciją atliko Beniliukso intelektinės nuosavybės tarnyba.
 - 28 JAV Patentų ir prekių ženklų biuro duomenų bazė (TESS). Paraiškos registracijos serijos Nr. 76467774. JAV Patentų ir prekių ženklų biuro atsisakymas registruoti prekių ženklą buvo apskūstas Apeliaciniam skyriui; jis 2006 m. birželio 14 d. sprendimu pareiškėjo skundą atmetė [interaktyvus]. [žiūrėta 2011-05-04]. <<http://tess2.uspto.gov/bin/showfield?f=doc&state=4004:p83ru8.3.1>>.
 - 29 Vidaus rinkos derinimo tarnybos duomenų bazė CTM-online, registracijos Nr. 003132404. Paraiška atmesta Reglamento 7 straipsnio 1 dalies (a) punkto pagrindu, t. y. kaip neįvykdžius grafinės išraiškos reikalavimo [interaktyvus]. [žiūrėta 2011-05-04]. <http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/en_DetailCTM_NoReg>.
 - 30 Vidaus rinkos derinimo tarnybos duomenų bazė CTM-online, registracijos Nr. 001452853. Paraiška atmesta Reglamento 7 straipsnio 1 dalies (b) ir (c) punktų pagrindu, t. y. dėl neatitikimo skiriamąjį požymio reikalavimo bei reikalavimo ženklui nebūti aprašomojo pobūdžio. VRDT atsisakymas registruoti prekių ženklą buvo apskūstas Apeliaciniam skyriui; jis 2003 m. rugpjūčio 4 d. sprendimu pareiškėjo skundą atmetė [interaktyvus]. [žiūrėta 2011-05-04]. <http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/en_DetailCTM_NoReg>.
 - 31 JAV Patentų ir prekių ženklų biuro duomenų bazė (TESS). Paraiškos registracijos serijos Nr. 85007428 [interaktyvus]. [žiūrėta 2011-05-04]. <<http://tess2.uspto.gov/bin/showfield?f=doc&state=4004:p83ru8.2.1>>.

jamas vieno ar kelių rinkos dalyvių, uždraudžiant kitiems verslo subjektams pateikti į rinką tapataus ar panašaus skonio tapačias ar panašias prekes. Išimtinių teisių į konkretų skonį pagrindu šio skonio prekių ženklo savininkas įgyja teisę kontroliuoti konkurentų prekių skonius, o tai iš esmės apriboja kitų verslo subjektų veiklos laisvę tuo aspektu, jog eliminuojama jų galimybė gerinti savo iš prigimties prastą produkto skonį panašiu ar tapačiu skoniu, kuris įregistruotas kito verslo subjekto prekių ženklu, todėl prarandama galimybė efektyviai konkuruoti.

Skiriamąjį požymio taikymo aspektu būtina įvertinti tai, jog nemalonus prekių skonis sukelia objektyvų gamintojo poreikį šį skonį gerinti. Natūralu, jog skonis produkto savybių gerinimo funkciją gali atlikti tik tuomet, jei jis vartotojui yra priimtinas bei malonus. Tuo tarpu objektyviai egzistuoja tik keli pagrindiniai skoniai: kartumas, rūgštumas, sūrumas ir saldumas, taip pat *umami* skonis, o skonių įvairovę sudaro šių pagrindinių skonių deriniai bei jų deriniai su kvapais³². Taigi pagrįsta yra teigti, kad tarp vartotojui priimtinių skonių paprastai nepatenka kartus bei sūrus skoniai arba šie skoniai į geidžiamų skonių sąrašą patenka tik tuomet, kai juos naudojant pasiekiamas vartotojui priimtinas skonio sprendimas (derinys). Todėl skonių spektras, kuriais pagerinti savo gaminamus produktus gali būti suinteresuotas verslo subjektas, yra gana siauras. Be to, įprasta, jog gamintojas yra suinteresuotas savo produktą gerinti vartotojų mėgstamais bei geidžiamais skoniais, tarp kurių patenka įvairūs vaisių, uogų skoniai, tokie kaip braškių, aviečių, apelsinų, žemuogių, arbūzų ir pan., taip pat kiti vartotojui patrauklūs skoniai, pavyzdžiui, mėtų, karamelės, vanilės, šokolado ir t. t. Ir nors skoniai neturi apibrėžto ir baigtinio skonių spektro sąrašo, nes jis objektyviai yra neįmanomas dėl pagrindinių skonių variacijų gausybės, vis dėlto, autorės nuomone, patrauklūs skonio sprendiniai gali būti „išekvoti“. Išvardintos priežastys leidžia teigti, jog skiriamąjį požymio reikalavimo taikymo skoniui specifika pasižymi tuo, jog vertinant, ar pagrįsta suteikti vienam ar keliems asmenims išimtinę teisę į tam tikrą skonį, visais atvejais būtina įvertinti viešąjį interesą, veikiamą skonio sprendinių pasirinkimo ribotumo, siekiant užtikrinti neiškreiptos konkurencijos sistemos funkcionavimą.

Atsižvelgdami į tai, kas išdėstyta, visiškai pagrįsta laikome VRDT poziciją, išreikštą vadinamojoje *Eli Lilly* byloje³³. VRDT, vertindama dirbtinių braškių skonio, skirtą farmacijos preparatams žymėti, atitiktį absoliutiems reikalavimams, keliamiems prekių ženklui, pagal analogiją taikė vadinamąją „išekvojimo“ doktriną, kuri paprastai taikoma bylose dėl spalvų *per se*³⁴. Šios doktrinos esmė yra, užtikrinant viešą interesą, nepagrįstai neapriboti spalvų spektro prieinamumo kitiems rinkos dalyviams, kurie parduoda tokios pačios rūšies prekes ir paslaugas, kadangi visas spalvų spektras gali būti išnaudotas gana mažu registracijų skaičiumi. Taikydama šią doktriną pagal analogiją, VRDT nurodė, jog bet kuris farmacijos sektoriaus subjektas privalo turėti teisę pagerinti savo gaminamų farmacijos produktų skonį braškių skoniu tam, kad pašalintų nemalonų

32 Goldstein, B., *et. al.*, *supra* note 18, p. 603.

33 VRDT Antrosios apeliacinės tarybos 2003 m. rugsėjo 4 d. sprendimas byloje *Eli Lilly and Company*, Nr. R 120/2001-2. Para 15.

34 Case C-104/01, *Libertel v. Benelux-Merkenbureau* [2003] ECR I-3793, p. 49–51.

natūralų vaistų skonį, arba tam, kad vaistus būtų tiesiog malonu vartoti, o išimtinių teisių į braškių skonį suteikimas nepagrįstai ribotų konkurentų laisvę.

Svarbu pabrėžti, jog „išėikvojimo“ doktrinos taikymas, vertinant skonio atitiktį skiriamąjo požymio reikalavimui, yra viena iš išimčių, kai, interpretuojant šį absoliutųjį reikalavimą, turi būti atsižvelgiama į viešą interesą. Paprastai viešas interesas, kurį užtikrinant garantuojama, jog tam tikri ženklai liktų laisvi ir prieinami visiems, turi būti vertinamas interpretuojant reikalavimą prekių ženklui nebūti aprašomojo pobūdžio, įtvirtintą Direktyvos 3 straipsnio 1 dalies (c) punkte, Reglamento 7 dalies 1 dalies (c) punkte, ir neturi būti naudojamas interpretuojant reikalavimą ženklui turėti skiriamąjį požymį, išreikštą Direktyvos 3 straipsnio 1 dalies (b) punkte, Reglamento 7 dalies 1 dalies (b) punkte. Kita vertus, reikalavimo ženklui nebūti aprašomojo pobūdžio tikslas tam tikra prasme sutampa su „išėikvojimo“ doktrinos tikslu: Teisingumo Teismas, aiškindamas reikalavimo ženklui nebūti aprašomojo pobūdžio prasmę, leido suprasti, kad, vertinant žymens atitiktį šiam absoliučiam reikalavimui, turėtų būti išsprendžiamas klausimas, ar egzistuoja pagrįstas ir objektyvus poreikis neleisti rezervuoti vienam ar keliems asmenims konkretaus žymens bei palikti šį žymenį naudoti visiems rinkos dalyviams³⁵. Šis poreikis, kaip ir skiriamąjo požymio atveju, vertintinas atsižvelgiant į prekes, kurioms žymėti skonis būtų skirtas. Taigi, turi būti įvertinama, ar tam tikras skonis, kurį yra siekiama registruoti prekių ženklu, vartotojų sąmonėje atspindi prekių, kurioms žymėti šis skonis būtų skirtas, charakteristikas. Atsakant į šį klausimą svarbu atkreipti dėmesį, jog sąvoką „charakteristikos“ Teisingumo Teismas aiškina plačiąja prasme, teigdamas, jog, vertinant prekių ar paslaugų charakteristikas reikalavimo ženklui nebūti skiriamąjo pobūdžio aspektu, nėra svarbu, ar tos charakteristikos yra esminės, ar tik papildomos³⁶. Autorės nuomone, toks liberalus Teisingumo Teismo požiūris įgalina skonį visuomet laikyti prekės charakteristika visų pirma dėl to, kad skonis visuomet charakterizuoja prekę, kuri yra valgoma ar kurios naudojimas pagal paskirtį neįmanomas be sąlyčio su skonio receptoriais. Antra, vartotojas turi polinkį skonį vertinti labiau kaip prekės sąvybę ar bruožą, o ne kaip prekių ženklą, informuojantį apie tų prekių komercinę kilmę.

3. Skonio *per se* vertinimas vidutinio vartotojo suvokimo aspektu

Vertinant skonį visuomenės (o tiksliau – vidutinio vartotojo) suvokimo aspektu būtina pabrėžti, jog vidutinio vartotojo prekių ženklo suvokimo specifika tiesiogiai priklauso nuo prekių ženklo rūšies (prekių ženklo išraiškos prasme)³⁷. Vartotojai nėra įpratę prie naujų rūšių prekių ženklų taip pat, kaip kad jie suvokia ir priima įprastus (klasišinius) prekių ženklus³⁸. Atsižvelgiant į tai, jog teisės doktrinoje nėra vienos nuomonės,

35 Case C-191/01, *OHIM v. Wm. Wrigley Jr. Company* [2003] ECR I-12447, p. 31.

36 Case C-363, *Koninklijke KPN Nederland NV v. Benelux-Merkenbureau* [2004] ECR I-1619, p. 56.

37 World Intellectual Property Organization, Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, Seventeenth Session, Geneva, May 7 to 11, 2007 [interaktyvus]. [žiūrėta 2011-03-20]. <<http://www.wipo.org>>.

38 *Ibid.*

išsamiai argumentuojančios šios pozicijos priežastis, autorė pateikia pagrindinius bei, manytina, svarbiausius probleminius aspektus, skatinančius vartotojo polinkį skonį vertinti kaip prekės savybę ar bruožą, o ne kaip prekių ženklą, informuojantį apie tų prekių komercinę kilmę.

Pirma, skonis dėl savo pobūdžio paprastai neturi realios galimybės rinkoje įsitvirtinti kaip prekių identiškumo garantijos teikėjas, kadangi su skoniu dažniausiai susipažinti galima tik jau įsigijus prekę, o ne ją renkantis. Nors ir neabejojama, kad skonis *gali* informuoti³⁹, tačiau skonį vartotojas suvokia tik ragavimo momentu, todėl tik ragaudamas vartotojas turi skonį atpažinti tokiu būdu, kad skonio suvokimas leistų suprasti, jog šis konkretus skonis išskiria vienam asmeniui priklausančias prekes iš kitam asmeniui priklausančių prekių. Kitaip tariant, ragaudamas vartotojas tam tikrą prekę turi pasirinkti todėl, kad to gaminio skonis jam teikia informaciją apie konkrečių prekių komercinę kilmę. Tačiau nėra aišku, kaip traktuoti identifikacinės funkcijos skonio atveju galimybę, kai vartotojas gali pasirinkti tik prekę pradėjęs vartoti. Skeptikų nuomone, apskritai nėra skonio, kaip prekių ženklo, apsaugos poreikio, kadangi tam, kad su tokiu prekių ženklu susipažintum, reikia jį įdėti į burną, o toks veiksmas, savaime aišku, yra produktą naikinantį, tad kam saugoti tai, kas čia pat sunaikinama⁴⁰.

Tačiau gali būti ir taip, kad vartotojas įsidėmės skonį, nes šis jam patiko, ir kitą kartą sieks įsigyti to paties ūkio subjekto gaminį. Paradoksalu, bet kitą kartą rinkdamasis produktą vartotojas atsidurs toje pačioje situacijoje, skonį suvokti jis galės tik produktą įsigijęs ir jį ragaudamas arba jam teks gaminį atpažinti bei išskirti iš kitų ūkio subjektų gaminių pagal tradicinius prekių ženklus, tokius kaip žodžiai ar etiketės. Būtent dėl šios priežasties daugelis prekių ženklų ekspertų sutaria, jog skonio suvokimą kaip prekių ženklą apsunkina ir tai, kad paprastai naudojant visus nematomus žymenis, tarp jų ir skonį, neišvengiama sąsaja su klasikiniiais prekių ženklais⁴¹. Todėl peršasi išvada, jog pasirinkimo momentu vartotojo pasirinkimą lemia bei vartotojas vadovaujasi ne skoniu *per se*, kadangi tam objektyviai neturi jokios galimybės, o kitais prekės žodiniiais ar vaizdiniais elementais, teikiančiais jam informaciją apie prekių komercinę kilmę.

Taigi, antroji problema yra susijusi su vartotojo neįpratimu skonį suvokti kaip prekių ar paslaugų komercinės kilmės šaltinį. To priežastis yra aplinkybė, kad skonis natūraliai negali būti atskiras nuo produkto, kuriam žymėti jis būtų skiriamas, todėl vidutiniam vartotojui skonis paprasčiausiai asocijuojasi su gaminio bruožu, savybe. Teisingumo Teismas nurodo, kad vartotojas pagal prekių ženklą atskirti prekes turi neatlikdamas jokios analitinės analizės bei nekreipdamas ypatingo dėmesio⁴². Taigi, vartotojas skonio suvokimo momentu savaime bei be jokių papildomų pastangų bei atsiribodamas nuo papildomų vaizdinių ar žodinių elementų, galinčių identifikuoti kilmės šaltinį, turi skonį suprasti ne tik kaip prekės savybę, bet suteikti šiai savybei ir antrinę reikšmę – susieti šį skonį su kilmės šaltiniu.

39 Sandri, S.; Rizzo, S., *supra* note 25, p. 155.

40 Volker, S. Registering new forms under the Community Trademark. *Trademark World*. No. 152, November 2002, p. 32.

41 Lawry, M.; Dickerson, J. The curse of invisibility. *Trademark World*. 2004, p. 27.

42 Case C-136/02, *Mag Instrument Inc. v. OHIM*, [2004] ECR I-9165, p. 32.

Trečia, skonis pasižymi tuo, kad jis yra suvokiamas subjektyviai. Jau minėjome, jog mokslas skiria tik kelis pagrindinius skonius: kartumą, rūgštumą, sūrumą ir saldumą, taip pat *umami* skonį. Atsižvelgiant į tai, jog skonio suvokimo procesas yra ypatingai sudėtingas, čia paminėtinas tik tas aspektas, kad receptoriai, kurie yra jautrūs atitinkamam skoniui, yra išsidėstę skirtingose liežuvio dalyse, tuo tarpu visi liežuviai yra unikalūs, kaip ir skonio receptorių skaičius bei jų išsidėstymas⁴³. Be to, egzistuoja didelė skonių įvairovė: yra daug pagrindinių skonių kombinacijų bei jų kombinacijų su kvapais, taip pat situaciją apsunkina tai, kad atpažįstant skonį dalyvauja ir uoslės sistema⁴⁴. Šios priežastys leidžia daryti išvadą, kad skonio suvokimas yra ypatingai subjektyvus, todėl du žmonės tą patį skonį gali suvokti skirtingai. Tuo tarpu vartotojas turėtų skonį suvokti tokiu būdu, kad šis pojūtis leistų suprasti, jog konkretus skonis išskiria vienam asmeniui priklausančias prekes ar paslaugas iš kitam asmeniui priklausančių prekių ar paslaugų. Tačiau kokių būdu pojūtis, kuris mokslininkų suvokimo prasme laikomas vienu subjektyviausių, gali padėti atskirti skirtingų ūkio subjektų gaminamas prekes, juk objektyviai nėra aišku, koks objektas įgytų išimtinę apsaugą, juk kiekvienas vartotojas tą patį skonį gali suvokti bei įsiminti skirtingai. Taigi, pagrįsta teigti, jog skonio potencialą suteikti juo pažymėtų prekių identiškumo garantą menkina ir tai, kad skonio prigimtis eliminuoja skonio, kaip prekių ženklo, objektyvumo galimybę, todėl tokio objekto teisinė apsauga tampa dar problemiškesnė.

4. Skonio *per se* gebėjimas įgyti skiriamąjį požymį dėl naudojimo

Aptarti aspektai leidžia daryti išvadą, kad skonis *per se* iš prigimties neturi *būdingo* skiriamąjo požymio, todėl skonis *per se* paprastai nesugeba veikti vartotojo pasirinkimo tokiu būdu, kad vartotojas dėl skonio atpažintų, jog prekės yra pagamintos *skirtingų* ūkio subjektų. Kita vertus, nors skonis, kuris neturi skiriamąjo požymio, negali būti *prima facie* registruojamas prekių ženklu, tačiau jei šio žymens savininkas sugebės įrodyti, kad vidutinis vartotojas skonį iš karto susieja su atitinkama kilmė, tai skonis bus laikomas įgijusiu skiriamąjį požymį dėl jo naudojimo. Tiek reikalavimui prekių ženklui nebūti aprašomojo pobūdžio, įtvirtintam Direktyvos 3 straipsnio 1 dalies (c) punkte, Reglamento 7 dalies 1 dalies (c) punkte, tiek reikalavimui ženklui turėti skiriamąjį požymį, įtvirtintam Direktyvos 3 straipsnio 1 dalies (b) punkte bei Reglamento 7 dalies 1 dalies (b) punkte, gali būti taikoma išimtis, nustatyta Direktyvos 3 straipsnio 3 dalyje: tuo atveju, jei prekių ženklas dėl naudojimo yra įgijęs skiriamąjį požymį, jis gali būti registruojamas prekių ženklu.

Net ir esant šiai formaliai galimybei, nėra aišku, kokiomis sąlygomis skonis galėtų būti vertinamas kaip įgijęs skiriamąjį požymį. Vis dėlto manytina, jog skonis privalo būti tiek nebūdingas prekei, kad vartotojas gebėtų skonį ne tik identifikuoti atskirai nuo pačios produkto substancijos, bet ir šį skonį suvoktų kaip prekės komercinės kilmės

43 Sandri, S.; Rizzo, S., *supra* note 25, p. 155.

44 Goldstein, B., *et. al.*, *supra* note 18, p. 605.

identifikatorių. Vartotojo suvokimas turėtų būti nulemtas išimtinai skonio *per se*, atsiri-
bojant bei neimant domėn nei prekių ar jų pakuočių išvaizdos, nei kitų žodinių ar vaizdi-
nių elementų, galinčių atskirti vieno asmens prekes nuo kito asmens prekių. Kita vertus,
vartotojo interesas atpažinti prekės šaltinį visuomet turi būti vertinamas atsižvelgiant
į viešąjį interesą verslo subjektams turėti galimybę efektyviai konkuruoti neiškreiptos
konkurencijos sistemoje, paliekant tam tikrus skonius rinkoje laisvai prieinamus tam,
kad galimybė juos naudoti būtų suteikta visiems suinteresuotiems asmenims. Todėl
kiekvienam atveju turi būti įvertinta, ar išimtinės teisės į tam tikrą skonį suteikimas vie-
nam ar keliems ūkio subjektams nereikš prastai tam tikros rūšies prekėms naudojamam
skonio nepagrįsto monopolizavimo.

5. Funkcionalumo doktrinos taikymas skonio prekių ženklams

Siekiant nuodugnesnės skonio galimybės atlikti pagrindines prekių ženklo funkci-
jas analizės, anksčiau aptartą Europos Bendrijos prekių ženklo teisinį reglamentavimą
būtina palyginti su teisiniais instrumentais, naudojamais JAV jurisdikcijoje. Toks pasi-
rinkimas suponuotas aplinkybės, jog JAV yra laikoma šalimi, kurioje tolerantiškiausias
bei liberaliausias požiūris į netradicinius prekių ženklus⁴⁵. Kita vertus, matysime, jog
JAV taikoma *funkcionalumo* doktrina skonį faktiškai eliminuoja iš žymenų, galinčių
būti registruojamų prekių ženklu, nors tokia formali teisės aktų įtvirtinta galimybė eg-
zistuoja.

Atkreiptinas dėmesys, jog JAV prekių ženklų teisinių santykių reglamentavimas
skiriasi nuo Bendrijos prekių ženklo teisinio reglamentavimo, tačiau čia, neanalizuojant
visų egzistuojančių skirtumų, paminėtini tik reikšmingiausi analizuojamam klausimui
teisinio reglamentavimo aspektai.

Funkcionalumo doktrina draudžia prekių ženklais registruoti funkcionalias gami-
nio savybes. Šios doktrinos paskirtis yra skatinti įstatymu reglamentuotą konkurenciją,
palaikant reikiamą pusiausvyrą tarp prekių ženklų teisės ir patentų teisės⁴⁶. Laikoma,
jog negalima suteikti monopolijos funkciniam produkto bruožams neribotam laikui,
kaip tai įmanoma remiantis prekių ženklų teisės nuostatomis, kadangi leidimas gami-
tojui kontroliuoti naudingas gaminio savybes iškreipia konkurenciją⁴⁷. Kitaip tariant,
funkcionalumo doktrina garantuoja, kad teisinė apsauga funkcinėms produkto savy-
bėms būtų suteikiama ribotos trukmės galiojimo patentu, o ne saugoma prekių ženklų
teisės instrumentais.

JAV Patentų ir prekių ženklų biuro Apeliacinis skyrius, nagrinėdamas Olandijos
farmacijos įmonės „N. V. Organon“ skundą dėl atsisakymo registruoti prekių ženklu

45 Pavyzdžiui, straipsnio rengimo metu JAV Patentų ir prekių ženklų biuro (TESS) duomenų bazėje prekių
ženklais yra įregistruota 16 kvapų. Informacija TESS duomenų bazėje [interaktyvus]. [žiūrėta 2011-05-02].
<<http://tess2.uspto.gov/>>. Tuo tarpu neegzistuoja nė vienos galiojančios Bendrijos prekių ženklo kvapo re-
gistracijos, informacija Vidaus rinkos derinimo tarnybos duomenų bazėje CTM-online [interaktyvus]. [žiū-
rėta 2011-05-02]. <http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/en_DetailCTM_NoReg>.

46 Dudas, J. W. *American Trademark Manual of Examining Procedures*. Beijing: Comerical Press, 2008, p. 54.

47 Carvalho, N. P., *supra* note 24, p. 310.

apelsinų skonį antidepresantams žymėti, be kita ko, sprendė klausimą, ar pateiktas registruoti apelsinų skonis neprieštarauja Jungtinių Amerikos Valstijų prekių ženklų įstatymo⁴⁸ 2 skyriaus (§ 2, 15 U.S.C. § 1052) (e) punkto 5 daliai, draudžiančiai prekių ženklų registruoti tokį objektą, kuris iš esmės yra funkcinis (toliau vadinama *Organon* byla)⁴⁹. Taigi, JAV Patentų ir prekių ženklų biuro Apeliacinis skyrius, spręsdamas, ar apelsinų skonis gali būti registruojamas prekių ženklų antidepresantams žymėti, pirmiausiai vertino skonio funkcinį pobūdį.

Organon atveju JAV Patentų ir prekių ženklų biuro Apeliacinis skyrius konstatavo, jog apelsinų skonis, vertinant jį gaminio, kuriam žymėti šis skonis būtų skirtas, atžvilgiu, yra laikomas turinčiu funkcinį pobūdį: „farmacijos gaminių sudedamosios dalys paprastai turi nemalonų skonį, kuris gali būti maskuojamas tam, kad pacientai tikėtinau geriau rinktųsi pagerinto, o ne įprasto skonio farmacijos gaminius. Todėl skonis šiuo atveju atlieka praktišką, taikomąją funkciją, kuri negali būti monopolizuota. Monopolizavus funkcinę gaminio savybę būtų neribotą laiką nepagrįstai apsinkinta galimybė farmacijos įmonėms konkuruoti tarpusavyje.“ Skonio, turinčio funkcines savybes, tikroji paskirtis yra maskuoti nemalonų pojūtį vartojant farmacijos produktą, o ne atskirti vieno farmacijos subjekto prekes nuo kito farmacijos subjekto prekių, todėl funkcionalus skonis neatlieka pagrindinės prekių ženklo funkcijos ir negali būti registruojamas prekių ženklų. Jungtinių Valstijų prekių ženklų ekspertai pripažįsta, jog didžiausia kliūtis registruoti skonį kaip prekių ženklą yra šio žymens funkcionalus pobūdis⁵⁰. Svarbu pasakyti, kad pagal JAV teisę skonio funkcionalumas visiškai ir be jokių išimčių eliminuoja skonio galimybę būti įregistruotam prekių ženklų. Jungtinių Valstijų prekių ženklų įstatymo 2 skyriaus (§ 2, 15 U.S.C. § 1052) (f) punktas įtvirtina nuostatą, kad objektas, kuris iš esmės yra funkcinis, negali būti registruojamas net ir tuo atveju, kai yra įrodoma, kad šis objektas įgijo skiriamąjį požymį. Akivaizdu, jog toks teisinis reglamentavimas prioritetą teikia neiškreiptos konkurencijos apsaugai, ne tokiu reikšmingu laikant vartotojo interesą atskirti skirtingų gamintojų produktus. Tokia JAV pozicija yra pateisinama objektyviu pasirinkimo galimybių ribotumu. Mokslininkai atkreipia dėmesį, jog ne pats funkcionalumas *per se* diskvalifikuoja funkcinio žymens galimybę būti prekių ženklų, o tokių žymenų pasirinkimo ribotumas⁵¹.

Vertinant JAV pasirinktą teisinio reglamentavimo specifiką, svarbu paminėti keletą aspektų. Neretai farmacijos gaminių sudėtis (į kurią įeina ir cheminės medžiagos, lemiančios gaminio skonį) yra saugoma išradimų patentais. Bendrasis patentų galiojimo terminas, nustatytas tarptautiniais teisės aktais, yra dvidešimt metų nuo paraiškos gauti

48 Jungtinių Amerikos Valstijų prekių ženklų įstatymas. December 28, 2009. Informacija PINO duomenų bazėje (WIPO Lex) [interaktyvus]. 2006 [žiūrėta 2011-05-02]. <<http://www.thinkipstrategy.com/ipthinktank/70/pharmaceutical-taste-trade-marks-a-bitter-pill-to-swallow/>>.

49 JAV Patentų ir prekių ženklų biuro Apeliacinio skyriaus 2006 m. birželio 14 d. sprendimas byloje *In re N.V. Organon*.

50 Martens, L.; Garcia, A. United States: Shape, sound and smell marks. *Trademark World*. 2009, 222: 31.

51 Carvalho, N. P., *supra* note 24, p. 231.

patentą pateikimo datos⁵², tačiau laikoma, kad efektyvus patento galiojimo vaistui laikas iš tikrųjų yra kur kas trumpesnis, kadangi nuo patento paraiškos apsaugoti veikliąją medžiagą pateikimo iki medikamento išleidimo į rinką praeina ilgas laiko tarpas, kuris paprastai skiriamas išsamiam vaisto veikliųjų medžiagų savybių ištyrimui, poveikio žmogui ir aplinkai nustatymui⁵³. Tuo tarpu prekių ženklai paprastai registruojami dešimčiai metų su galimybe terminą pratęsti kitiems dešimties metų laikotarpiams, taigi, galima sakyti, jog egzistuoja galimybė prekių ženklo apsaugą išlaikyti neribotą terminą. Teisiškai atkreipia dėmesį į problemą, jog tokios priežastys, kaip minėtas patento apsaugos termino ribotumas, didelės naujo vaisto sukūrimo sąnaudos bei mažas vaistų, realiai pasiekiančių rinką, procentas lemia farmacijos įmonių siekį „pratęsti“ vaisto patento apsaugos laiką naudojant kitas, o ne patentų teisės instrumentus⁵⁴. Šiam tikslui pasiekti taikomos įvairios vaistų apsaugos strategijos, kurių viena yra vaisto prekių ženklo, kuris užtikrintų papildomą teisinę apsaugą, sukūrimas⁵⁵. Akivaizdu, jog šios strategijos poveikį ypatingai sustiprina tai, kad prekių ženklų būtų saugoma pati medikamento substancija – jo skonis. Taip, net ir pasibaigus patentu garantuotai vaisto apsaugai, išlieka prekių ženklų teisės instrumentai, kurios įgalina apsaugoti ne tik vaistinio preparato etiketę ar formą, bet ir tam tikra apimtimi produkto sudėtį. JAV tokios situacijos siekiama išvengti vadovaujantis *funkcionalumo* doktrina.

Autorės nuomone, iš esmės JAV *funkcionalumo* doktrina savo paskirtimi atitinka Direktyvos 3 straipsnio 1 dalies (e) punktą, Reglamento 7 straipsnio 1 dalies (e) punktą⁵⁶, tačiau teisės doktrinoje pripažįstama, jog šios nuostatos skirtos ir taikytinos tik erdviniam prekių ženkluoms⁵⁷. Teisingumo Teismas, aiškindamas Direktyvos 3 straipsnio 1 dalies (e) punktą, akcentavo šios normos paskirtį – garantuoti, jog teisinė apsauga, suteikiama prekių ženklu, kuris turi atskirti prekę ar paslaugą nuo prekių ar paslaugų, nebūtų išplėsta tiek, kad taptų kliūtimi, kuri neleistų konkurentams laisvai pardavinėti produktus, pasižyminčius tokiu techniniu sprendimu ar funkcinėmis charakteristikomis, konkuruojant su prekių ženklo savininku⁵⁸. Šis aiškinimas atitinka JAV *funkcionalumo* doktrinos siekį apriboti funkcionalių produkto bruožų monopolizavimą, siekiant išvengti iškreiptos konkurencijos sistemos. Analogiškų tikslų siekimas leidžia pritarti Makso Planko instituto parengtoje „Europos prekių ženklų sistemos funkcionavimo studijoje“

52 Patento galiojimo terminas nustatytas TRIPS 33 straipsnyje ir „neturi būti trumpesnis nei 20 metų“ nuo paraiškos gauti patentą pateikimo dienos. Analogiškas terminas nustatytas ir Europos patentų konvencijos 63 straipsnyje. Be bendrojo patento apsaugos galiojimo termino, nustatyto visiems farmacijos išradimams, taikomi papildomi apsaugos terminai.

53 Birštonas, R., *et al.*, *supra* note 12, p. 437.

54 Glasgow, L. J. Stretching the Limits of Intellectual Property Rights: Has the Pharmaceutical Industry gone too far? *The Journal of Law and Technology*. 2001, 41(2): 232.

55 *Ibid.*, p. 252.

56 Direktyvos 3 straipsnio 1 dalies (e) punkte įtvirtinta, kad žymenys, susidedantys vien tik iš formos, kurią lemia pačių prekių rūšis, arba prekių formos, būtinos techniniam rezultatui gauti, arba prekėms esminę vertę suteikiančios formos, nebus registruojami arba, jeigu įregistruoti, galės būti pripažinti negaliojančiais. Analogiškas nuostatas įtvirtina Reglamento 7 straipsnio 1 dalies (e) punktas.

57 Klimkevičiūtė, D., *supra* note 15, p. 43.

58 Case C-299/99, *Koninklijke Philips Electronics NV v. Remington Consumer Products Ltd* [2002] ECR I-5475, P. 78.

išreikštai nuomonei, jog neegzistuoja nė vienos pateisinamos priežasties, dėl kurios į Direktyvos 3 straipsnio 1 dalies (e) punkto reguliavimo apimtį negalėtų patekti visų rūšių žymenys⁵⁹ (tokie kaip kvapas, garsas ar skonio žymuo). Taigi, tuo atveju, jei kvapas *per se* vertintinas tik kaip prekės savybė, kuri suteikia monopoliją tik techniniams sprendimams ar funkcinėms, t. y. praktiškai naudingoms, prekės charakteristikoms, kurių vartotojas gali tikėtis ir siekti iš konkurentų prekių, Direktyvos 1 dalies 3 straipsnio (e) punkto (i) papunktis skoniui *per se* turėtų būti taikomas pagal analogiją, jei šis skonis vertintinas tik kaip prekių prigimties rezultatas ar prekių techninė charakteristika. Šios nuostatos taikymo atveju skonio registracija skiriamąjo požymio įgijimu Direktyvos 3 straipsnio 3 dalies prasme taip pat nėra pateisinama, šiuo atveju funkcionalumas be jokių išimčių eliminuoja skonio galimybę būti įregistruotam prekių ženklu, jeigu būtų pripažinta, jog skonis yra funkcionalus.

Išvados

1. Skonio *per se* gebėjimą atlikti identifikacinę prekių ženklo funkciją tiesiogiai lemia vidutinio vartotojo suvokimo elementai: vidutinis vartotojas skonį turėtų suvokti savarankiškai atžvilgiu tų prekių, kurioms žymėti šis skonis būtų skirtas; vartotojas, gavęs tam tikros prekės skonio pojūčio impulsą į smegenis, būtent šį pojūtį savaime, be jokių papildomų pastangų bei neimdamas domėn galimų vaizdinių, žodinių, spalvinių, erdvinių ar kitų matomų prekės elementų, kurie papildomai galėtų atlikti vieno asmens prekių atskyrimo nuo kito asmens prekių funkciją, turi suvokti kaip prekės komercinės kilmės identifikatorių; vartotojas prekės skonį *per se* turėtų suvokti *kaip prekių ženklą*, o ne kaip prekės savybę, dekoratyvinį, funkcinį bruožą ar charakteristiką.

2. Tam, kad skonis *per se* galėtų atskirti vieno asmens prekes nuo kito asmens prekių, toks skonis turi būti iš prigimties nebūdingas pačiai prekei, kuriai žymėti jis būtų skirtas. Skonio potencialą būti prekių ženklu veikia ryškus atotrūkis nuo natūralaus prekės skonio: prekės skonis vartotojui turi būti tiek netikėtas bei nebūdingas ir tiek ženkliai nukrypti nuo skonio normos, kad vartotojas gebėtų skonį suvokti kaip tokį ir sieti jį su prekės komercine kilme, o ne su prekės charakteristika.

3. Tam, kad skonis būtų kvalifikuojamas kaip gebantis atskirti vieno asmens prekes nuo kito asmens prekių, skonis neturėtų atlikti praktinės ar taikomosios funkcijos, o sprendžiant dėl tokio žymens registravimo prekių ženklu svarbu atsakyti į klausimą, ar išimtinės teisės į tam tikrą skonį suteikimas vienam ar keliems asmenims nereikš tam tikrame rinkos sektoriuje nusistovėjusio skonio monopolizavimo ir tokiu būdu nepagrįstai neiškreips laisvos konkurencijos modelio. Galimybės laisvai konkuruoti aspektas turi būti vertinamas atsižvelgiant į tai, ar tam tikras skonis turi poreikį būti apsaugotas nuo „išseikvojimo“, t. y. ar tam tikras skonis yra toks, kad kiti to paties sektoriaus rinkos dalyviai turi pagrįstą viešą bei teisėtą interesą naudoti šį skonį savo veikloje. Tuo atveju, jei tam tikras skonis turėtų potencialą būti saugomas nuo „išseikvojimo“, tačiau būtų

59 „Europos prekių ženklų sistemos funkcionavimo studija“, paragrafas 2.31, *supra* note 8.

įrodyta, kad šis skonis įgijo skiriamąjį požymį dėl naudojimo, tokio skonio registracijos klausimas turėtų būti sprendžiamas ieškant pagrįstos pusiausvyros tarp vartotojo intereso atpažinti prekės šaltinį bei ūkio subjektų galimybės efektyviai konkuruoti užtikrinimo.

Literatūra

- Anil, S., et. al. Smell Marks – A Singapore Study and Implications for the Commercial Use and Exploitation of Non-Traditional Trade Marks. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*. IIC6/2009.
- Birštonas, R., et al. *Intelektinės nuosavybės teisė*. Vilnius: VĮ Registrų centras, 2010.
- Bucknell, D. Pharmaceutical taste trademarks – a bitter pill to swallow [interaktyvus]. 2006 [žiūrėta 2011-05-02]. <<http://www.thinkips-strategy.com/ipthinktank/70/pharmaceutical-taste-trade-marks-a-bitter-pill-to-swallow/>>.
- Carvalho, N. P. *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*. USA: Kluwer Law International, 2010.
- Dudas, J. W. *American Trademark Manual of Examining Procedures*. Beijing: Comerical Press, 2008.
- Goldstein, B., et. al. *Blackwell Handbook of Sensation and Perception*. London: Blackwell publishing, 2005.
- Glasgow, L. J. Stretching the Limits of Intellectual Property Rights: Has the Pharmaceutical Industry gone too far? *The Journal of Law and Technology*. 2001, 41(2).
- Jaconiah, J. The Requirements for Registration and Protection of Non – Traditional Marks in the European Union and in Tanzania. *IIC (International Review of Intellectual Property and Competition Law)*. Munich: Max Planck Institute for Intellectual Property Competition and Tax Law, 2009.
- Case C-273/00, *Ralf Sieckmann v. Deutsches Patent-und Markenamt* [2002] ECR I-11737.
- Case C-289/28, *Dyson Ltd v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs)* [2002] T-278/02.
- Case C-299/99, *Koninklijke Philips Electronics NV v Remington Consumer Products Ltd* [2002] ECR I-5475.
- Case C-239/02, *SAT.1 Satelliten Fernsehen GmbH. v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs)* [2004].
- Case C-104/01, *Libertel v. Benelux-Merkenbureau* [2003] ECR I-3793.
- Case C-191/01, *OHIM v. Wm. Wrigley Jr. Company* [2003] ECR I-12447.
- Case C-363, *Koninklijke KPN Nederland NV v. Benelux-Merkenbureau* [2004] ECR I-1619.
- Case C-136/02, *Mag Instrument Inc. v OHIM*, [2004] ECR I-9165.
- Kitchin, Q. C., et. al. *Kerly's law of trade marks and trade names*. London: Sweet & Maxwell, 2005.
- Klimkevičiūtė, D. Erdvinių prekių ženklų teisinės apsaugos ypatumai: kai kurie teoriniai ir praktiniai aspektai. *Justitia*. 2008, 1(67).
- Lawry, M.; Dickerson, J. The curse of invisibility. *Trademark World*. 2004.
- Lindstrom, M. *Prekės ženklo jausmas: galingų prekių ženklų kūrimas, naudojant lytėjimą, skonį, kvapą, vaizdą ir garsą*. Vilnius: Vaga, 2008.
- Maniatis, S. M.; Botis, D. *Trade Marks in Europe: a Practical Jurisprudence*. London: Sweet & Maxwell, 2010.
- Martens, L.; Garcia, A. United States: Shape, sound and smell marks. *Trademark World*. 2009, 222.
- „Europos prekių ženklų sistemos funkcionavimo studija“, paskelbta 2011 m. vasario 15 d.
- Sandri, S.; Rizzo, S. *Non – conventional trademarks and Community Law*. Leicester (UK): Marques, 2004.

- Pirmoji Tarybos 1988 m. gruodžio 21 d. direktyva 89/104/EEC valstybių narių įstatymams, susijusiems su prekių ženklais, suderinti. [1989] OL L 040.
- Pranevičius, G. Europos Bendrijos prekių ženklo ir asmenų, galinčių būti Europos Bendrijos prekių ženklo savininkais, samprata. *Jurisprudencija*. 2002, 34(26).
- 2008 m. spalio 22 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva Nr. 2008/95/EB valstybių narių teisės aktams, susijusiems su prekių ženklais, suderinti (kodifikuota redakcija). [2008] OL L 299.
- 1993 m. gruodžio 20 d. Tarybos reglamentas (EB) Nr. 40/94 dėl Bendrijos prekių ženklo. [1993] OL L 11.
- Tarybos 2009 m. vasario 26 d. reglamentas (EB) Nr. 207/2009 dėl Bendrijos prekių ženklo. [2009] OL L 078.
- World Intellectual Property Organization, Standing Committee on the Law of Trade-marks, Industrial Designs and Geographical Indications [interaktyvus]. [žiūrėta 2011-03-20]. <<http://www.wipo.org>>.
- VRDT Antrosios apeliacinės tarybos 2003 m. rugsėjo 4 d. sprendimas byloje *Eli Lilly and Company*, Nr. R 120/2001-2.
- Volker, S. Registering new forms under the Community Trademark. *Trademark World*. November 2002, 152.
- Jungtinių Amerikos Valstijų prekių ženklų įstatymas. December 28, 2009 [interaktyvus]. 2006 [žiūrėta 2011-05-02]. <<http://www.thinkipstrategy.com/ipthinktank/70/pharmaceutical-taste-trade-marks-a-bitter-pill-to-swallow/>>.
- JAV patentų ir prekių ženklų biuro Apeliacinio skyriaus 2006 m. birželio 14 d. sprendimas byloje *In re N.V. Organon*.

TASTE AS A TRADE MARK

Rūta Zmejauskaitė

Mykolas Romeris University, Lithuania

Summary. *The registration of tastes as Community Trade Marks became possible from 1 April, 1996. The Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM) began accepting applications for taste trademarks when EC Regulation 40/94 on the Community Trade Mark came into force.*

The primary issue of this article is the discussion of whether the taste is capable of providing the essential function of a trademark. The basic criterion for identifying trademarks eligible for registration (and protection) is distinctiveness. A taste is a sign that has the potential to be included in the definition of a trademark according to the Directive and to the CTMR.

It should be noted that taste as a trademark can be applied only for goods but not for services. It comes from the nature of the taste itself: taste is initially stimulated by the contact of saliva, which dissolves or dilutes tasty molecules of food and transports them toward the taste receptors. Normally, the services cannot stimulate taste receptors.

The taste trademark is not immediately viewed as a trademark, in part because it has not been traditionally used as such. Consumers need to be conditioned to perceive the claimed taste as a source-identifying object: taste should help a consumer distinguish one brand of goods and services from that of another. The taste should be viewed by the consumer as a

trademark, but not as a decorative or functional feature of goods. The main problem of the taste trademark is that it is typically perceived as simply as a functional feature of the goods. Taste is a different sort of a distinctive sign in the sense it is intrinsic to the product in question. Very often, taste will prove to be an essential component of the product it claims to distinguish. Tastes cannot normally be separated from the product they should distinguish and that makes some difficulty for consumers in gaining access to the mark. The taste of a product can only be appreciated once it is consumed. The article discusses if there is any point where the taste mark can be exhibited.

The article discusses Eli Lilly & Co.'s Community Trade Mark Application case. The application for an artificial strawberry flavour for use in pharmaceutical products was refused by the OHIM second board of appeals. An artificial strawberry flavour was found to be commonplace and devoid of a distinctive character in relation to pharmaceutical products. It was thought that consumers were likely to see the taste as a means to disguise the unpleasant flavour of medicine rather than as a trademark—in other words there was doubt over whether it functioned as an indication of origin.

Keywords: *non-traditional trademark, mark consisting of a non-visible sign, the essential function of a trademark, distinctiveness, taste.*

Rūta Zmejauskaitė, Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto Civilinės justicijos instituto doktorantė. Mokslinių tyrimų kryptys: prekių ženklų teisė, sutarčių teisė.

Rūta Zmejauskaitė, Mykolas Romeris University, Faculty of Law, Institute of Civil Justice, Doctoral Student. Research interests: trademark law, contract law.

