YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kuudes jaosto)
29 päivänä huhtikuuta 2004 *

Yhdistetyissä asioissa C-473/01 P ja C-474/01 P,

Procter & Gamble Company, kotipaikka Cincinnati (Amerikan yhdysvallat), edustajinaan advocaat C. van Nispen ja advocaat G. Kuipers,

valittajana,

jossa valittaja vaatii muutoksenhaussaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen (toinen jaosto) asiassa T-128/00, Procter & Gamble vastaan SMHV (Kok. 2001, s. II-2785) (neliönmuotoinen tabletti, jossa on upotekuvio) ja asiassa T-129/00, Procter & Gamble vastaan SMHV (Kok. 2001, s. II-2793) (suorakulmainen pesuainetabletti, jossa on upotekuvio) 19.9.2001 antamien tuomioiden osittaista kumoamista

ja jossa vastapuolena on

sisämarkkinoiden harmonisointivirasto (tavaramerkit ja mallit) (SMHV), asiamiehinään D. Schennen ja C. Røhl Søberg,

vastaajana ensimmäisessä oikeusasteessa,

* Oikeudenkäyntikieli: englanti.

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kuudes jaosto),

toimien kokoonpanossa: V. Skouris, joka hoitaa kuudennen jaoston puheenjohtajan tehtäviä, sekä tuomarit J. N. Cunha Rodrigues, J.-P. Puissochet, R. Schintgen ja F. Macken (esittelevä tuomari),

julkisasiamies: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
kirjaaja: johtava hallintovirkamies M. Múgica Arzamendi,

ottaen huomioon suullista käsittelyä varten laaditun kertomuksen,

kuultuaan asianosaisten 2.10.2003 pidetyssä istunnossa, jossa Procter & Gamble Companya ovat edustaneet C. van Nispen ja G. Kuipers ja jossa sisämarkkinoiden harmonisointiviraston (tavaramerkit ja mallit) (SMHV) asiamiehinä ovat olleet D. Schennen ja A. von Mühlendahl, esittämät huomautukset,

kuultuaan julkisasiamiehen 6.11.2003 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Procter & Gamble Company (jäljempänä Procter & Gamble) on yhteisöjen tuomioistuimeen 6.12.2001 toimittamillaan kahdella valituksella hakenut EY:n tuomioistuimen perussäännön 49 artiklan nojalla muutosta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asiassa T-128/00, Procter & Gamble vastaan SMHV (Kok. 2001, s. II-2785; jäljempänä asia T-128/00) (neliönmuotoinen tabletti, jossa on upotekuvio) ja asiassa T-129/00, Procter & Gamble vastaan SMHV (Kok. 2001, s. II-2793; jäljempänä asia T-129/00) (suorakulmainen tabletti, jossa on upotekuvio) 19.9.2001 antamiin tuomioihin, joilla ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkäsi osittain ne kumoamiskanteet, jotka ensin mainittu oli nostanut sisämarkkinoiden harmonisointiviraston (tavaramerkit ja mallit) (jäljempänä SMHV) kolmannen valituslautakunnan 8.3.2000 tekemistä päätöksistä (asiat R-506/1999-1 ja R-508/1991-1), joilla hylättiin Procter & Gamblen valitukset siitä, ettei pyykinpesukoneissa ja astianpesukoneissa käytettävien pesuainepuristeiden kolmiulotteista muotoa suostuttu rekisteröimään yhteisön tavaramerkkinä (jäljempänä riidanalaiset päätökset).

2 Asiat C-473/01 P ja C-474/01 P yhdistettiin yhteisöjen tuomioistuimen presidentin 20.3.2003 antamalla määräyksellä suullista käsittelyä ja tuomion antamista varten.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

3 Yhteisön tavaramerkistä 20 päivänä joulukuuta 1993 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 40/94 (EYVL 1994, L 11, s. 1) 4 artiklassa säädetään seuraavaa:

"Yhteisön tavaramerkkinä voi olla mikä tahansa merkki, joka voidaan esittää graafisesti, erityisesti sanat, henkilönnimet mukaan lukien, kuviot, kirjaimet, numerot taikka tavaroiden tai niiden päällyksen muoto, jos sellaisella merkillä voidaan erottaa yrityksen tavarat tai palvelut muiden yritysten tavaroista tai palveluista."

4 Saman asetuksen 7 artiklassa säädetään seuraavaa:

"1. Seuraavia merkkejä ei rekisteröidä:

a) merkit, jotka eivät ole 4 artiklan mukaisia;

b) tavaramerkit, joilta puuttuu erottamiskyky;

c) tavaramerkit, jotka muodostuvat yksinomaan sellaisista merkeistä tai merkinnöistä, joita voidaan elinkeinotoiminnassa käyttää osoittamaan tavaroiden tai palvelujen lajia, laatua, määrää, käyttötarkoitusta, arvoa tai maantieteellistä alkuperää, tavaroiden valmistusajankohtaa tai palvelujen suoritusajankohtaa taikka muita tavaroiden tai palvelujen ominaisuuksia.

— —

3. Edellä 1 kohdan b, c ja d alakohtaa ei sovelleta, jos tavaramerkki on käytössä tullut erottamiskykyiseksi niiden tavaroiden tai palvelujen osalta, joille rekisteröintiä haetaan."

Asian tausta

5 Procter & Gamble teki 7.10.1998 SMHV:lle hakemuksen, jossa se pyysi tätä rekisteröimään yhteisön tavaramerkkinä kahden sellaisen pesuainepuristeen kolmiulotteiset muodot, joista toinen oli neliönmuotoinen ja toinen suorakulmainen ja joiden reunoja oli aallotettu, kulmia tasoitettu tai hieman pyöristetty, joissa oli pilkkuja ja joiden pinnassa oli upotekuvio.

6 Tavarat, joita varten rekisteröintiä on haettu, kuuluvat tavaroiden ja palvelujen kansainvälistä luokitusta tavaramerkkien rekisteröimistä varten koskevaan, 15 päivänä kesäkuuta 1957 tehtyyn Nizzan sopimukseen pohjautuvan luokituksen luokkaan 3, sellaisena kuin tämä sopimus on tarkistettuna ja muutettuna, ja merkin kuvauksen mukaan näitä tavaroita ovat "pesuaineet ja valkaisutuotteet ja muut vaatteiden pesussa käytettävät aineet; puhdistus-, kiillotus-, tahranpoisto- ja hiontavalmisteet; astioiden pesu-, puhdistus- ja hoitovalmisteet; saippuat".

7 SMHV:n tutkija hylkäsi 17.6.1999 tekemillään päätöksillä hakemukset siitä syystä, että rekisteröitäviksi haetuilta tavaramerkeiltä puuttuu erottamiskyky eikä niitä tästä syystä voida rekisteröidä asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan nojalla.

8 SMHV:n kolmas valituslautakunta vahvisti riidanalaisilla päätöksillä tutkijan päätökset katsoen, että kultakin rekisteröitäväksi haetulta tavaramerkiltä puuttuu tässä samassa säännöksessä tarkoitettu erottamiskyky.

9 Valituslautakunta on ensinnäkin todennut, että asetuksen N:o 40/94 4 artiklan mukaan tavaran muoto voidaan rekisteröidä yhteisön tavaramerkiksi, jos se on ominaispiirteiltään siinä määrin epätavallinen ja omaperäinen, että asianomaiset kuluttajat tunnistavat tavaran jo sen ulkomuodon perusteella tietyn yrityksen tavaraksi. Koska puristemuotoisilla pyykin- ja astianpesuaineilla on tiettyjä etuja, valituslautakunta on korostanut sitä, että Procter & Gamblen kilpailijoiden on myös saatava vapaasti valmistaa näitä puristeita ja käyttää yksinkertaisia geometrisia muotoja. Valituslautakunnan mukaan geometriset perusmuodot (neliönmuotoinen, pyöreä tai suorakulmainen) ovat ilmeisimpiä tällaisten tablettien muotoja, eikä sillä, että kiinteät pesuaineet muotoillaan valmistusprosessissa neliönmuotoisiksi puristeiksi, lisätä merkkiin mitään omaperäistä tai mielikuvituksellista elementtiä. Lopuksi se on katsonut, etteivät kyseisten merkkien värit anna niille erottamiskykyä.

Oikeudenkäynti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa ja valituksenalaiset tuomiot

10 Procter & Gamble nosti 12.5.2000 ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon jättämillään kannekirjelmillä kaksi kannetta, joissa se vaati riidanalaisten päätösten kumoamista.

11 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi asiassa T-129/00 antamassaan tuomiossa, että SMHV oli perustellusti katsonut, että rekisteröitäväksi haetulta kolmiulotteiselta tavaramerkiltä puuttuu asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettu erottamiskyky, ja että näin oli seuraavista syistä:

"47 Kodinhoitotuotteiden osalta asetuksen N:o 40/94 4 artiklasta ilmenee, että niihin merkkeihin, joista yhteisön tavaramerkki voi muodostua, kuuluu muiden ohella tavaran muoto. Se, että tietyntyyppiset merkit yleisesti ottaen voivat olla tavaramerkkeinä, ei merkitse kuitenkaan sitä, että tällaiset merkit olisivat välttämättä erottamiskykyisiä suhteessa tiettyyn tavaraan tai palveluun asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitetulla tavalla.

48 Asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaan 'tavaramerkkejä, joilta puuttuu erottamiskyky', ei rekisteröidä. Erottamiskykyiseksi on katsottava sellainen tavaramerkki, jonka perusteella ne tavarat tai palvelut, joita varten rekisteröintiä on haettu, voidaan erottaa alkuperänsä osalta muiden tavaroista tai palveluista. Tältä osin ei ole tarpeen, että tavaramerkistä olisi saatava täsmälliset tiedot siitä, kuka on tavaran valmistaja tai palvelujen tarjoaja. Riittävää on, että tavaramerkillä varustetut tavarat tai palvelut voidaan asianomaisessa kohderyhmässä erottaa tavaramerkin perusteella niistä tavaroista tai palveluista, joiden kaupallinen alkuperä on eri, ja että tavaramerkin perusteella voidaan päätellä, että kaikki ne tavarat tai palvelut, joissa sitä käytetään, on tuotettu tai saatetaan markkinoille taikka toimitetaan näiden tavaroiden tai palvelujen laadusta vastaavan tavaramerkin haltijan valvonnassa (ks. vastaavasti asia C-39/97, Canon, tuomio 29.9.1998, Kok. 1998, s. I-5507, 28 kohta).

49 Asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdasta ilmenee, että jo vähäinenkin erottamiskyky riittää siihen, että tässä artiklassa määritelty hylkäysperuste ei ole sovellettavissa. On siis tutkittava — — osana a priori tutkintaa ja ottamatta huomioon asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 3 kohdassa tarkoitettua merkin tosiasiallista käyttöä — — käykö asiassa ilmi, että asianomaiset tavarat voidaan kohderyhmässään erottaa kyseisen tavaramerkin perusteella toisista tavaroista, joilla on eri kaupallinen alkuperä, kun tässä kohderyhmässä tehdään ostotilanteessa valinta näiden tavaroiden välillä.

50 Asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa ei tehdä eroa eri tavaramerkkityyppien välillä. Arvioitaessa itse tavaran muodosta koostuvien kolmiulotteisten tavaramerkkien erottamiskykyä sovelletaan siis niitä samoja arviointiperusteita, joita sovelletaan myös muihin tavaramerkkityyppeihin.

51 Näitä arviointiperusteita sovellettaessa on kuitenkin otettava huomioon se, että itse tavaran muodosta ja väreistä koostuvia kolmiulotteisia tavaramerkkejä ei välttämättä ymmärretä kohderyhmässä samalla tavoin kuin sanamerkkejä, kuviomerkkejä tai sellaisia kolmiulotteisia tavaramerkkejä, jotka eivät esitä tavaran muotoa. Yleisön keskuudessa on totuttu pitämään tällaisia viimeksi mainittuja tavaramerkkejä välittömästi merkkeinä, jotka yksilöivät tuotteen, mutta sama ei välttämättä koske merkkiä, joka esittää itse tavaran ulkoasua.

52 On syytä huomata, että kodinhoitotuotteet, joita varten nyt kyseessä oleva tavaramerkki on haluttu rekisteröidä, ovat laajalti levinneitä kulutushyödykkeitä. Näiden tavaroiden osalta kohderyhmä muodostuu siis kaikista kuluttajista. Kyseisen tavaramerkin erottamiskykyä on siis arvioitava ottamalla huomioon tavanomaisesti 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).

53 Siihen, millä tavoin tavaramerkki ymmärretään kohderyhmässä, vaikuttaa keskivertokuluttajan tarkkaavaisuusaste, joka voi vaihdella kyseisten tavaroiden tai palvelujen tyypin mukaan (ks. asia C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, tuomio 22.6.1999, Kok. 1999, s. I-3819, 26 kohta). Tältä osin on syytä todeta, että kuluttajille suunnattujen päivittäistavaroiden osalta keskivertokuluttajan tarkkaavaisuusaste ei ole korkea, kun kyse on pyykin- tai astianpesuainetablettien muodosta ja mallista.

54 Arvioitaessa, ymmärretäänkö kohderyhmässä kyseisen tabletin muodon ja mallin yhdistelmän ilmaisevan tavaran alkuperää, on tarkasteltava tästä yhdistelmästä saatavaa kokonaisvaikutelmaa (ks. vastaavasti asia C-251/95, SABEL, tuomio 11.11.1997, Kok. 1997, s. I-6191, 23 kohta), mikä ei estä sitä, että tavaramerkin ulkoasun eri piirteitä tarkastellaan peräkkäin.

55 Koska kantaja ei ole hakenut tavaramerkilleen mitään väriä, haettu tavaramerkki voi täyttää sen tehtävänsä, jonka mukaan tavaramerkki ilmaisee tavaroiden alkuperän, ainoastaan, jos keskivertokuluttaja, joka tarkastelee suorakulmaista tablettia, jonka reunat on aallotettu ja jossa on pilkkuja ja kolmikulmainen upotekuvio, tunnistaa tämän tabletin riippumatta sen väristä ja katsoo, että kaikilla ulkoasultaan tällaisilla tavaroilla on sama alkuperä.

56 Kolmiulotteinen muoto, jolle rekisteröintiä on haettu — — on yksi geometrisista perusmuodoista ja yksi pyykin- tai astianpesuaineiden ilmeisistä muodoista. Se, että tabletin kulmia on hieman pyöristetty, johtuu käytännön syistä, eikä keskivertokuluttaja pidä tätä seikkaa kyseisen muodon erityispiirteenä, joka voisi erottaa tämän tabletin muista pyykin- tai astianpesuainetableteista. Vastaavasti aallotettu reuna on tuskin havaittava perusmuodon muunnelma, eikä se vaikuta tabletista saatavaan kokonaisvaikutelmaan.

57 Siltä osin, että tabletissa on pilkkuja ja että sen keskellä on kolmikulmainen upotekuvio, on aluksi syytä tutkia se kantajan väite, jonka mukaan valituslautakunta ei ole ottanut huomioon tabletissa olevia pilkkuja. Vaikka on totta, että valituslautakunta ei ole riidanalaisessa päätöksessään nimenomaisesti tutkinut tätä seikkaa, se on kuitenkin todennut kolmikulmaisen upotekuvion osalta, että kyseisissä tavaroissa käytetään yleisesti eri värejä. Tämän toteamuksen perusteella voidaan valituslautakunnan ymmärtää katsoneen, että haettu tavaramerkki ei ole pilkkujen perusteella erottamiskykyinen, koska pilkut ovat yleinen ulkoasun piirre. Tältä osin riidanalainen päätös on siis riittävästi perusteltu.

58 Seuraavaksi on todettava, että asianomaisessa kohderyhmässä on totuttu siihen, että pesuaineessa on vaaleampia ja tummempia kohtia. Perinteisesti pesuaineita myydään jauheena, joka on useimmiten erittäin vaalean harmaata tai beigeä ja näyttää lähes valkoiselta. Kuten kantaja on itse todennut suullisessa käsittelyssä, pesuaineissa on usein yhden tai useamman värisiä rakeita, jotka voivat olla vaaleampia tai tummempia kuin tavaran perusväri. Kantajan ja muiden pesuainevalmistajien mainonnasta ilmenee, että rakeet ilmentävät sitä, että pesuaineessa on erilaisia vaikuttavia aineita. Rakeet viittaavat siis tiettyihin tavaran ominaisuuksiin, vaikka niiden ei voidakaan katsoa kuvailevan tavaran ominaisuuksia asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan c alakohdassa tarkoitetulla tavalla. Siitä, ettei tässä viimeksi mainitussa säännöksessä tarkoitettu hylkäysperuste ole sovellettavissa, ei kuitenkaan voida päätellä, että kyseinen tavaramerkki olisi vaaleampien tai tummempien sävyjen vuoksi välttämättä erottamiskykyinen. Erottamiskyky puuttuu, kun — — kuten tässä asiassa — — kohderyhmässä sävyjen ymmärretään viittaavan tiettyihin tavaran ominaisuuksiin eikä siis tavaran alkuperään.

59 Siitä, että kyseisessä tabletissa on pilkkujen lisäksi keskustassa ja yläpinnalla kolmikulmainen upotekuvio, on todettava, että se valituslautakunnan päätelmä, jonka mukaan tällainen upotekuvio ei ole riittävä siltä kannalta, että tabletti sen perusteella miellettäisiin tavaran alkuperän ilmaukseksi, on perusteltu. Kun nimittäin pyykin- tai astianpesuainetabletteja valmistettaessa yhdistetään eri aineita, upotekuvion tekeminen tabletin keskiosaan on yksi kaikkein ilmeisimmistä ratkaisuista. Se, että upotekuvio muodostaa pienen syvennyksen tabletin keskiosaan, ei muuta merkittävästi tabletin ulkomuotoa eikä siis vaikuta kuluttajan tabletista saamaan vaikutelmaan.

60 Se, että upotekuvio on kolmikulmainen, ei myöskään riitä tekemään haetusta tavaramerkistä erottamiskykyistä. Kahden geometrisen perusmuodon yhdistäminen siten, kuin kyseisessä tabletissa on tehty, on yksi kyseisen tavaran ulkoasun ilmeisistä muunnelmista. Koska ulkoasussa ei ole mitään lisäele-

menttejä, jotka voisivat vaikuttaa kuluttajan saamaan vaikutelmaan, asianomaisessa kohderyhmässä ei voida tämän muotojen yhdistelmän perusteella erottaa niitä tavaroita, joiden ulkoasu vastaa nyt kyseessä olevaa muotoa, niistä tavaroista, joiden kaupallinen alkuperä on eri.

61 Se, että kuluttajat voivat silti tottua tunnistamaan tavaran tällaisen muotojen yhdistelmän perusteella, ei yksinään riitä perusteeksi sille päätelmälle, että asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädettyä hylkäysperustetta ei olisi sovellettava. Tällainen kehitys, joka koskee merkin ymmärtämistä yleisön keskuudessa, voidaan — — jos siitä on saatu riittävä selvitys — — ottaa huomioon ainoastaan tarkasteltaessa asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 3 kohdan soveltamisedellytysten täyttymistä.

62 Tältä osin merkitystä ei ole sillä, että kyseistä geometristen muotojen yhdistelmää ei tällä hetkellä käytetä pyykin- ja astianpesuaineissa. — —

63 Siitä kokonaisvaikutelmasta, joka saadaan kyseisen tabletin muodosta ja mallista, on todettava, että kyseisen merkin perusteella ei voida kohderyhmässään erottaa asianomaisia tavaroita toisista tavaroista, joilla on eri kaupallinen alkuperä, kun tässä kohderyhmässä tehdään ostotilanteessa valinta näiden tavaroiden välillä.

64 Lisäksi siihen päätelmään, ettei rekisteröintihakemuksessa tarkoitettu tavaramerkki kykene ilmaisemaan tavaran alkuperää a priori ja riippumatta asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 3 kohdassa tarkoitetusta käytöstään, ei vaikuta se, kuinka suuri määrä vastaavia tabletteja on jo markkinoilla. Näin ollen tässä asiassa ei ole tarpeen ratkaista sitä kysymystä, onko tavaramerkin

erottamiskyvyn arvioimisen kannalta ratkaisevana ajankohtana pidettävä rekisteröintihakemuksen jättämisajankohtaa vai rekisteröintiajankohtaa.

— —

68 Näin ollen valituslautakunta on perustellusti katsonut, että rekisteröintihakemuksessa tarkoitetulta kolmiulotteiselta tavaramerkiltä puuttuu erottamiskyky niiden tavaroiden osalta, jotka kuuluvat Nizzan sopimukseen pohjautuvan luokituksen luokkaan 3 ja jotka vastaavat seuraavaa tavarankuvausta: 'pesuaineet ja valkaisutuotteet ja muut vaatteiden pesussa käytettävät aineet; puhdistus-, kiillotus-, tahranpoisto- ja hiontavalmisteet; astioiden pesu-, puhdistus- ja hoitovalmisteet; saippuat.'

12 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin päätyi samaan lopputulokseen asiassa T-128/00 antamassaan tuomiossa. Tämän tuomion 47–68 kohta ovat pääasiallisesti samansisältöiset kuin edellisessä kohdassa siteeratut, asiassa T-129/00 annetun tuomion 47–68 kohta.

13 Näin ollen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkäsi valituksenalaisilla tuomioilla Procter & Gamblen riidanalaisista päätöksistä nostamat kanteet osittain.

Valitukset

14 Procter & Gamble vaatii valituksissaan valituksenalaisten tuomioiden kumoamista ja SMHV:n velvoittamista korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

15 SMHV vaatii, että valitukset hylätään ja että Procter & Gamble velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

16 Procter & Gamble väittää valitustensa tueksi, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohtaa tulkitessaan. Tämä ainoa valitusperuste jakautuu pääasiallisesti viiteen osaan, jotka koskevat

— rekisteröitäviksi haettujen tavaramerkkien erottamiskykyä

— tarvetta tarkastella tavaramerkkiä yhtenä kokonaisuutena

— keskivertokuluttajan tarkkaavaisuusasteen määrittelyä

— ajankohtaa, jona kyseisten tavaramerkkien erottamiskykyä on arvioitava, ja

— kyseisten tavaramerkkien käytön arviointiperustetta.

17 SMHV katsoo, ettei ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ole tehnyt oikeudellista virhettä tulkitessaan ja soveltaessaan asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohtaa valituksenalaisissa tuomioissa.

Tavaramerkin erottamiskykyä koskeva valitusperusteen ensimmäinen osa

Asianosaisten lausumat

18 Valitusperusteen ensimmäisessä osassa Procter & Gamble väittää, että asian kannalta merkityksellistä ei ole ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tavoin tutkia sitä, onko tavaran geometrinen muoto ilmeinen muoto, tai sitä, pitääkö keskivertokuluttaja pesuainepuristeiden hieman pyöristettyjä kulmia tai viistoja reunoja tavaramerkiksi rekisteröitäväksi haetun muodon sellaisena omaperäisyytenä, joka voi erottaa sen muista pyykin- tai astianpesuainepuristeista. Oikea kysymys on se, kuuluivatko puristeiden muoto, niiden hieman pyöristetyt kulmat, viistotetut reunat tai aallotettu reuna, jo asian kannalta merkityksellisenä ajankohtana markkinoilla saatavilla olleiden puristeiden tavanomaiseen ulkoasuun, ja jolleivät ne kuuluneet, oliko eroavuus merkittävä siten, että se antoi tavaramerkeille erottamiskyvyn.

19 Procter & Gamble väittää erityisesti kyseisten pesuainepuristeiden pilkuista, että vaikka ne yksittäin tarkasteltuina eivät ilmaisekaan puristeiden alkuperää, ne ovat kokonaisulkonäön osa ja lisäävät tavaramerkkien erottamiskykyä. Toisin kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin, se toteaa näiden puristeiden pintakerroksissa olevista neliön- tai kolmionmuotoisista upotekuvioista, etteivät ne ole ilmeisiä ratkaisuja, vaan niillä muutetaan huomattavasti näiden puristeiden ulkonäköä ja näin osaltaan vaikutetaan ainakin siihen, miten kuluttaja ne mieltää.

20 Valittajan mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on todennut, ettei sitä, ettei rekisteröitäviksi haetuilla tavaramerkeillä voida osoittaa tavaran alkuperää, voida asettaa kyseenalaiseksi markkinoilla jo olevien samankaltaisten pesuainepuristeiden jokseenkin suurella lukumäärällä. Procter & Gamble väittää kuitenkin, että vaikka asian kannalta merkityksellisenä ajankohtana markkinoilla ei ollutkaan samanlaisia pesuainepuristeita, kyseisten puristeiden ulkoasut olivat selvästi erilaisia ja näin erottamiskykyisiä.

21 SMHV katsoo, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on soveltanut asianmukaisesti asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa asetettuja arviointiperusteita arvioidessaan tavaramerkin erottamiskykyä niin kohderyhmän kuin kyseisten tavaroidenkin kannalta, sillä erottamiskykyä on arvioitava suhteessa tavaran omaperäisyyteen. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on myös jokaista tavaramerkkiä tutkiessaan tarkastellut sitä kokonaisuutena ja ottanut huomioon, niin kuin pitääkin, sen kaikki osatekijät, tehtävän ja sen, miten asianomaiset kuluttajat ne käsittävät. SMHV katsoo lisäksi, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on perustellusti kieltäytynyt huomioimasta sitä, käyttivätkö Procter & Gamble tai sen kilpailijat rekisteröintihakemuksen jättöajankohtana todellakin samanlaisia tai samankaltaisia pesu- tai astianpesukoneissa käytettäviä pesuainepuristeita.

22 Erottamiskyvystä SMHV väittää, että tavaramerkillä on tällainen ominaisuus, kun hakemuksessa tarkoitetut tavarat tai palvelut voidaan sen avulla erotella toisistaan niiden kaupallisen alkuperän mukaan, eikä sen mukaan, mitä ominaisuuksia tai luonteenomaisia piirteitä niillä on. Vain tällainen erottamiskyvyn tulkinta, jonka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on omaksunut, on yhteensopiva asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan säännösten ja tavaramerkin määritelmän sekä tehtävän kanssa.

23 SMHV pitää nyt esillä olevassa asiassa erityisen tärkeänä sitä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamusta, jonka mukaan itse tavaran muodosta ja väreistä koostuvia kolmiulotteisia tavaramerkkejä ei välttämättä ymmärretä kohderyhmässä samalla tavoin kuin sanamerkkejä. Yleisöllä on tapana välittömästi pitää sanamerkkejä merkkeinä, jotka yksilöivät tavaran, mutta sama ei välttämättä koske merkkiä, joka esittää itse tavaran ulkoasua.

24 SMHV:n mukaan keskivertokuluttaja ei yleensä välittömästi pidä tavaramerkkinä pelkkää muotoa, jos muut yleensä merkkeinä käytetyt elementit — — kuten kaiverretut sanat — — puuttuvat, ainakaan, jollei tämä muoto ole omaperäinen.

Tavaran muodolle erottamiskyvyn antava omaperäisyys on siis tarpeen määrittää, ja se on määritettävä suhteessa tavaramerkeillä oleviin tehtäviin. Myönteisessä määritelmässä voitaisiin sanoa, että muodon pitää olla riittävän mielikuvituksellinen, omaperäinen tai epätavanomainen. Kielteisessä määritelmässä voitaisiin sanoa, että muodoilta ja/tai muotojen ja värien yhdistelmiltä, jotka ovat tavallisia, ilmeisiä tai yleisiä, puuttuu erottamiskyky.

25 Jokaisessa valituksenalaisiin tuomioihin johtaneessa asiassa kyseisistä pesuainepuristeista saa nyt esillä olevassa tapauksessa sellaisen kokonaisvaikutelman, että erottamiskykyinen merkki puuttuu. Yhdelläkään näistä puristeista ei ole sellaisia erottavia ominaispiirteitä, joiden avulla keskivertokuluttaja yhdistäisi sen mielessään tiettyyn valmistajaan, paitsi tilanteissa, joissa sitä on intensiivisesti mainostettu ja/tai käytetty, toisin sanoen asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 3 kohdan nojalla.

26 Procter & Gamblen ehdottama testi, jossa ensin tarkistettaisiin se, minkälainen ulkoasu tavaralla tavallisesti on asian kannalta merkityksellisillä markkinoilla, ja tämän jälkeen se, pitääkö kuluttaja rekisteröintihakemuksessa tarkoitetun tavaramerkin muotoa huomattavan erilaisena, merkitsisi nimittäin sitä, että kolmiulotteinen merkki pitäisi rekisteröidä pelkästään sillä edellytyksellä, että se eroaa kaikista muista muodoista, mikä on asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan vastaista.

27 Tällaisen testin vaatimisella vaadittaisiin samalla, että tavaramerkkien rekisteröinnissä täyttyisivät samat edellytykset kuin kuvioiden tai mallien rekisteröinnissä. Vaikka SMHV myöntääkin, että yksi ja sama elementti voi olla teollisoikeuksia koskevien eri suojajärjestelmien suojaama, sen mukaan on ensiarvoisen tärkeää, että jokaisessa suojajärjestelmässä sovelletaan erikseen tämän järjestelmän tarjoamaa suojaa vastaavia määritelmiä ja edellytyksiä.

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

28 Asetuksen N:o 40/94 4 artiklan mukaan yhteisön tavaramerkkinä voi olla mikä tahansa merkki, joka voidaan esittää graafisesti, jos sillä voidaan erottaa yrityksen tavarat tai palvelut muiden yritysten tavaroista tai palveluista.

29 Kyseisestä säännöksestä ilmenee, että sellaisia merkkejä, joista yhteisön tavaramerkki voi muodostua, ovat muiden ohella tavaran muoto ja värit. Näin ollen merkki, joka muodostuu pyykin- ja astianpesukoneissa käytettävän pesuainepuristeen kolmiulotteisesta muodosta, ja jonka reunoja on aallotettu, jonka kulmia on tasoitettu tai hieman pyöristetty ja jossa on pilkkuja ja jonka yläpinnassa on upotekuvio, voi, kun sitä tarkastellaan yhdessä kyseisen puristeen värien sijoittelun kanssa, lähtökohtaisesti muodostaa tavaramerkin edellyttäen, että edellisessä kohdassa mainitut kaksi edellytystä täyttyvät.

30 Kuten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on valituksenalaisten tuomioiden 47 kohdassa perustellusti todennut, se, että jokin merkki yleisesti ottaen voi olla asetuksen N:o 40/94 4 artiklassa tarkoitettuna tavaramerkkinä, ei merkitse sitä, että tämä merkki olisi välttämättä 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitetuin tavoin erottamiskykyinen suhteessa tiettyyn tavaraan tai palveluun.

31 Viimeksi mainitun säännöksen mukaan tavaramerkkejä, joilta puuttuu erottamiskyky, ei rekisteröidä.

32 Asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettu tavaramerkin erottamiskyky merkitsee sitä, että tavaramerkki pystyy yksilöimään rekisteröintihakemuksessa tarkoitetun tavaran tietyn yrityksen tavaraksi ja erottamaan näin tämän tavaran muiden yritysten tavaroista (ks. jäsenvaltioiden tavaramerkkilain-

säädännön lähentämisestä 21 päivänä joulukuuta 1988 annetun ensimmäisen neuvoston direktiivin 89/104/ETY (EYVL 1989, L 40, s. 1) 3 artiklan 1 kohdan b alakohdan, joka on samansisältöinen kyseisen 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan kanssa, osalta yhdistetyt asiat C-53/01–C-55/01, Linde ym. tuomio 8.4.2003, Kok. 2003, s. I-3161, 40 kohta).

33 Erottamiskykyä on arvioitava yhtäältä suhteessa niihin tavaroihin tai palveluihin, joille sen rekisteröintiä on haettu, ja toisaalta suhteessa siihen, miten kohdeyleisö, joka muodostuu näiden tavaroiden tai palvelujen tavanomaisesti valistuneista sekä kohtuullisen tarkkaavaisista ja huolellisista keskivertokuluttajista, mieltää tavaramerkin (ks. em. asia Linde ym. tuomion 41 kohta ja asia C-363/99, Koninklijke KPN Nederland, tuomio 12.2.2004, Kok. 2004, s. I-1619, 34 kohta).

34 Valituksenalaisten tuomioiden perusteluista ilmenee tältä osin, ettei ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ole tehnyt minkäänlaista oikeudellista virhettä tulkitessaan asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohtaa.

35 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on nimittäin yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaisesti arvioinut kyseisten merkkien erottamiskyvyn puuttumista yhtäältä suhteessa niihin tavaroihin tai palveluihin, joille niiden rekisteröintiä on haettu, ja toisaalta suhteessa siihen, miten tässä tapauksessa kaikista kuluttajista koostuva kohdeyleisö ne mieltää.

36 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on myös perustellusti todennut, että itse tavaran muodosta muodostuvien kolmiulotteisten tavaramerkkien erottamiskykyä koskevat arviointiperusteet eivät eroa muihin tavaramerkkiryhmiin sovellettavista arviointiperusteista. Se on kuitenkin näitä arviointiperusteita soveltaessaan muistuttanut, että kohdeyleisö ei välttämättä miellä itse tavaran muodosta ja väreistä muodostuvaa kolmiulotteista tavaramerkkiä samalla tavoin kuin sana-

tai kuviomerkkiä, joka muodostuu merkistä, joka ei liity sillä varustettujen tavaroiden ulkonäköön. Keskivertokuluttajat eivät nimittäin ole tottuneet olettamaan tavaroiden tai niiden pakkauksen muodon perusteella graafisen tai sanallisen osatekijän puuttuessa, että tavaroilla on tietty alkuperä, joten tällaisen kolmiulotteisen tavaramerkin erottamiskykyä voi olla vaikeampi osoittaa kuin sana- tai kuviomerkin erottamiskykyä (ks. vastaavasti em. asia Linde ym., tuomion 48 kohta ja asia C-218/01, Henkel, tuomio 12.2.2004, Kok. 2004, s. I-1725, 52 kohta).

37 Mitä enemmän rekisteröitäväksi haettu muoto siis muistuttaa sitä muotoa, joka sille tavaralle, jolle tavaramerkin rekisteröintiä haetaan, tullaan antamaan, sitä todennäköisempää on, että kyseiseltä muodolta puuttuu asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettu erottamiskyky. Vain sellaisella tavaramerkillä, joka poikkeaa merkittävästi yleisestä käytännöstä tai toimialalla vallitsevasta tavasta ja joka tästä syystä täyttää keskeisen tehtävänsä alkuperän osoittajana, on kyseisessä säännöksessä tarkoitettu erottamiskyky (ks. ensimmäisen direktiivin 89/104 3 artiklan 1 kohdan b alakohdan samansisältöisestä säännöksestä em. asia Henkel, tuomion 49 kohta).

38 Tästä seuraa, että katsoessaan, että tavaramerkeiltä, joiden rekisteröintiä haetaan, puuttuu asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettu erottamiskyky, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole tehnyt oikeudellista virhettä tähän säännökseen eikä yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön nähden.

39 On todettava, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen suorittamaan arviointiperusteiden konkreettiseen soveltamiseen nyt esillä olevissa asioissa sisältyy tosiseikkoja koskevia arviointeja. Ainoastaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on toimivaltainen yhtäältä määrittämään tosiseikaston, lukuun ottamatta sellaisia tapauksia, joissa määritetyn tosiseikaston paikkansapitämättömyys käy ilmi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle toimitetusta aineistosta, ja toisaalta arvioimaan tätä tosiseikastoa. Lukuun ottamatta sitä tapausta, että tuomioistuimelle esitetty selvitys on otettu huomioon vääristyneellä tavalla, tosiseikaston arviointi ei näin ollen ole sellainen oikeuskysymys, että se sellaisenaan kuuluisi yhteisöjen tuomioistuimen muutoksenhakuasteena harjoittaman valvonnan piiriin (ks. asia C-104/00 P, DKV v. SMHV, tuomio 19.9.2002, Kok. 2002, s. I-7561, 22 kohta).

40 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämissä toteamuksissa ei ole mitään sellaista, joka antaisi olettaa, että sille esitetty selvitys olisi otettu huomioon vääristyneellä tavalla.

41 Edellä esitetty huomioon ottaen tavaramerkin erottamiskykyä koskeva valitusperusteen ensimmäinen osa on perusteettomana hylättävä.

Valitusperusteen toinen osa, jonka mukaan tavaramerkkiä on tarkasteltava yhtenä kokonaisuutena

Asianosaisten lausumat

42 Procter & Gamble väittää valitusperusteen toisessa osassa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on arvioidessaan, mielletäänkö kohderyhmässä kyseisten pesuainepuristeiden muodon ja värien yhdistelmän ilmaisevan niiden alkuperää, todellisuudessa jättänyt oikeuskäytännössä vaadituin tavoin analysoimatta, mikä on tästä yhdistelmästä saatava kokonaisvaikutelma. Se on tutkinut yksityiskohtaisesti jokaisen erilaisen elementin, joista nämä puristeet muodostuvat, ja tehnyt päätelmänsä näiden elementtien tutkinnasta, mutta se ei ole oikeasti analysoinut kyseisten erityisten yhdistelmien tuottamaa kokonaisvaikutelmaa.

43 SMHV kiistää valitusperusteen tämän osan todeten, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on perustellusti tarkastellut kyseisiä tavaramerkkejä yhtenä kokonaisuutena, vaikka se onkin, perustellusti, todennut, että tämä lähestymistapa ei tee mahdottomaksi sitä, etteikö aluksi voitaisi analysoida niiden jokaista osatekijää erikseen. SMHV, joka itse tekee tällaisen analyysin, toteaa lopuksi, että kustakin kyseisestä merkistä saatava kokonaisvaikutelma on se, että niiltä puuttuu erottamiskyky.

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

44 Kuten yhteisöjen tuomioistuin on useaan otteeseen todennut, keskivertokuluttaja käsittää yleensä tavaramerkin kokonaisuutena eikä ryhdy tutkimaan merkin erilaisia yksityiskohtia (em. asiat Sabel, tuomion 23 kohta ja Lloyd Schuhfabrik Meyer, tuomion 25 kohta). Arvioitaessa, onko tavaramerkki erottamiskykyinen vai ei, on otettava huomioon myös siitä syntyvä kokonaisvaikutelma (ks. em. asiat Sabel, tuomion 23 kohta ja sanamerkistä asia DKV v. SMHV, tuomion 24 kohta).

45 Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että toimivaltainen viranomainen, joka tutkii, voiko kohdeyleisö mieltää haetulla tavaramerkillä — — nyt esillä olevassa asiassa pyykin- ja astianpesuainepuristeen muodon ja osatekijöiden yhdistelmän graafisella esittämisellä — — ilmaistavan alkuperää, ei voisi ensin toinen toisensa jälkeen tutkia kyseisessä merkissä käytettyjen eri elementtien ulkoasun. Voi nimittäin olla hyödyllistä, että toimivaltainen viranomainen asian kokonaisvaltaisen arvioinnin aikana tutkii asianomaisen tavaramerkin jokaisen osatekijän.

46 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on nyt esillä olevassa asiassa tutkinut ensin kyseiset osatekijät erikseen, ja tämän jälkeen se on, kuten valituksenalaisten tuomioiden 54–63 kohdasta ilmenee, arvioinut kyseisten pesuainepuristeiden muodosta ja muista sen osatekijöistä, sellaisena kuin ne on kuvattu tämän tuomion 29 kohdassa, syntyvää kokonaisvaikutelmaa tämän tuomion 44 kohdassa mieliin palautetussa oikeuskäytännössä vaadituin tavoin.

47 Tästä seuraa, ettei valituksenalaisista tuomioista ilmene mitään sellaista, jonka nojalla voitaisiin olettaa, ettei ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olisi perustanut rekisteröitäviksi haettujen tavaramerkkien erottamiskykyä koskevaa arviointiaan niistä syntyvään kokonaisvaikutelmaan.

48 Valitusperusteen toinen osa, jonka mukaan tavaramerkkiä on tarkasteltava yhtenä kokonaisuutena, on näin ollen siis hylättävä.

Keskivertokuluttajan tarkkaavaisuusasteen määrittämiseen liittyvä valitusperusteen kolmas osa

Asianosaisten lausumat

49 Procter & Gamble muistuttaa valitusperusteen kolmannessa osassa, että kyseisten tavaramerkkien rekisteröintihakemusten jättämisajankohtana eivät astianpesuainepuristeet eivätkä etenkään pyykinpesuainepuristeet olleet päivittäistavaroita, ja että ne tuohon aikaan kuuluivat ylellisyystavaroihin kyseisillä markkinoilla. Tästä syystä Procter & Gamble väittää, että — — toisin kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on todennut — — sen tarkkaavaisuuden aste, jonka kyseisten tavaroiden keskivertokuluttaja kiinnitti niiden ulkoasuun, oli korkea.

50 Procter & Gamble lisää kuitenkin, ettei se ymmärrä, miksei sen tarkkaavaisuuden aste, jonka keskivertokuluttaja kiinnittää päivittäistavaroihin, voisi olla korkea. Sen mukaan näiden tavaroiden päivittäinen käyttö vetää koko ajan kuluttajan tarkkaavaisuutta niiden ulkoasuun ja myötävaikuttaa siihen, että näihin tavaroihin kohdistuu korkea tarkkaavaisuusaste.

51 SMHV huomauttaa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on valituksenalaisissa tuomioissaan määritellyt kohdeyleisön tavanomaisesti valistuneeksi sekä kohtuullisen tarkkaavaiseksi ja huolelliseksi keskivertokuluttajaksi, ja pitänyt kyseisiä tavaroita päivittäistavaroina. Tässä suhteessa SMHV:n mukaan on tärkeää se, että pyykin- tai astianpesuainepuristeet on tarkoitettu kenen tahansa

kuluttajan päivittäiseen käyttöön. Se seikka, että kyseiset puristeet ovat kalliimpia kuin jauheen muodossa tarjottavat pyykin- tai astianpesuaineet, ja se seikka, että ne ovat uusia tavaroita markkinoilla, ei merkitse, että kyse on ylellisyystuotteista, joihin kuluttajat kiinnittävät suurta tarkkaavaisuutta.

52 Lisäksi SMHV pitää tärkeänä sitä, miten kyseisiä puristeita myydään, mitkä ovat ne erot tai edut, joita niillä on suhteessa muussa muodossa oleviin pyykin- tai astianpesuaineisiin, ja miten niitä tosiasiallisesti käytetään eri pesuvaiheissa. Kuluttajan ei näiden puristeiden käytön missään vaiheessa ole pakko tai häntä ei tällöin edes yllytetä enempää pohtimaan niiden muotoa tai ulkonäköä.

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

53 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen valituksenalaisten tuomioiden 53 kohdassa esittämä toteamus, jonka mukaan kuluttajille suunnattujen päivittäistavaroiden osalta keskivertokuluttajan tarkkaavaisuusaste ei ole korkea, kun kyse on pyykin- tai astianpesuainepuristeiden muodosta tai väreistä, on tosiseikkoja koskeva toteamus, joka, kuten tämän tuomion 39 kohdassa todetaan, ei kuulu yhteisöjen tuomioistuimen muutoksenhakuasteena harjoittaman valvonnan piiriin, koska sillä ei nyt esillä olevassa asiassa vääristellä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen käsiteltäväksi saatettuja tosiseikkoja.

54 Keskivertokuluttajan tarkkaavaisuusasteen määrittämiseen liittyvä valitusperusteen kolmas osa on näin ollen sekin hylättävä.

Valitusperusteen neljäs osa, joka koskee sitä ajankohtaa, jonka suhteen tavaramerkin erottamiskykyä on arvioitava

Asianosaisten lausumat

55 Procter & Gamble väittää valitusperusteen neljännessä osassa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on virheellisesti jättänyt ratkaisematta, minkä ajankohdan suhteen rekisteröitäviksi haettujen tavaramerkkien erottamiskykyä on arvioitava. Sen mukaan nyt esillä olevassa asiassa on tarkistettava niiden pyykin- ja astianpesuainepuristeiden tavanomainen ulkoasu, jotka olivat markkinoilla sinä ajankohtana, jona vastaavat rekisteröintihakemukset jätettiin, ja arvioitava, pitääkö kuluttaja rekisteröitäviksi haettujen tavaramerkkien ulkoasua huomattavan erilaisena.

56 SMHV väittää, ettei ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ole valituksenalaisissa tuomioissa pitänyt tarpeellisena lausua tästä asiasta siitä syystä, että merkeiltä puuttui erottamiskyky rekisteröintihakemusten jättämisajankohtana. Joka tapauksessa SMHV:n mukaan yhteisön tavaramerkin rekisteröintiedellytysten on oltava täyttyneitä sekä kyseisenä ajankohtana että rekisteröintiajankohtana.

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

57 Kuten tämän tuomion 32 kohdassa todetaan, tavaramerkillä on asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettu erottamiskyky, jos sen avulla voidaan erottaa ne tavarat tai palvelut, joiden rekisteröintiä haetaan, muiden yritysten tavaroista tai palveluista.

58 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on perustellusti katsonut valituksenalaisten tuomioiden 64 kohdassa, ettei asiassa merkityksellisen ajankohdan ratkaiseminen ollut tarpeen sen arvioimiseksi, ovatko tavaramerkit tässä säännöksessä tarkoitetuin tavoin erottamiskykyisiä, sillä se oli katsonut, että rekisteröitäviksi haetut tavaramerkit eivät kykene ilmaisemaan kyseisten tavaroiden alkuperää, ja että tähän päätelmään ei vaikuta se, kuinka suuri määrä vastaavia pesuainepuristeita jo on markkinoilla.

59 Näin ollen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole tehnyt oikeudellista virhettä katsoessaan, ettei asiassa ollut syytä ratkaista sitä kysymystä, onko rekisteröitäviksi haettujen tavaramerkkien erottamiskyvyn arvioimisen kannalta ratkaisevana ajankohtana pidettävä rekisteröintihakemuksen jättämisajankohtaa vai rekisteröintiajankohtaa.

60 Valitusperusteen neljäs osa, joka koskee sitä ajankohtaa, jonka suhteen tavaramerkin erottamiskykyä on arvioitava, on näin ollen sekin perusteettomana hylättävä.

Valitusperusteen viides osa, joka liittyy tavaramerkin käyttöä koskevaan arviointiperusteeseen

Asianosaisten lausumat

61 Procter & Gamble väittää valitusperusteen viidennessä osassa, että yleisön yleinen tapa käsittää värien ilmaisevan tavaran alkuperää eli tapa, joka on voinut syntyä muiden merkkien käytöstä tai näitä merkkejä koskevasta mainonnasta, kuuluu asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan eikä saman artiklan 3 kohdan soveltamisalaan.

62 SMHV katsoo, että kysymys siitä, että tavaramerkki on käytössä tullut erottamiskykyiseksi, tulee esille vain asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 3 kohdan yhteydessä.

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

63 Riittää kun todetaan, että tämä lausuma on tehoton, koska ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on, kuten tämän tuomion 31–38 kohdasta ilmenee, soveltanut asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohtaa asianmukaisesti ja oikeudellista virhettä tekemättä todennut, että rekisteröitäviksi haetuilta tavaramerkeiltä puuttuu erottamiskyky.

64 Kaikesta edellä lausutusta seuraa, että valitukset eivät ole perusteltuja ja että ne tästä syystä on hylättävä.

Oikeudenkäyntikulut

65 Yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 69 artiklan 2 kohdan mukaan, jota tämän saman työjärjestyksen 118 artiklan nojalla sovelletaan valituksen käsittelyyn, asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska SMHV on vaatinut Procter & Gamblen velvoittamista korvaamaan oikeudenkäyntikulut ja koska viimeksi mainittu on hävinnyt asian, se on velvoitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kuudes jaosto)

on antanut seuraavan tuomiolauselman:

1) **Valitukset hylätään.**

2) **Procter & Gamble Company velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.**

Skouris Cunha Rodrigues Puissochet

Schintgen Macken

Julistettiin Luxemburgissa 29 päivänä huhtikuuta 2004.

R. Grass V. Skouris

kirjaaja presidentti