YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (toinen jaosto)

19 päivänä syyskuuta 2001 *

Asiassa T-118/00,

Procter & Gamble Company, kotipaikka Cincinnati, Ohio, edustajinaan asianajajat C. J. J. C. van Nispen ja G. Kuipers, prosessiosoite Luxemburgissa,

kantajana,

vastaan

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

vastaajana,

* Oikeudenkäyntikieli: englanti.

jossa kantaja on nostanut kanteen sisämarkkinoiden harmonisointiviraston (tavaramerkit ja mallit) ensimmäisen valituslautakunnan 3.3.2000 tekemästä päätöksestä (asia R 516/1999-1), joka on annettu kantajalle tiedoksi 7.3.2000,

EUROOPAN YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN (toinen jaosto),

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

kirjaaja: hallintovirkamies D. Christensen,

ottaen huomioon ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 3.5.2000 jätetyn kannekirjelmän,

ottaen huomioon ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 28.7.2000 jätetyn vastineen,

ottaen huomioon 5.4.2001 pidetyssä suullisessa käsittelyssä esitetyn,

on antanut seuraavan

tuomion

Asian tausta

1 Kantaja on hakenut 13.10.1998 yhteisön tavaramerkkiä sisämarkkinoiden harmonisointivirastolta (tavaramerkit ja mallit) (jäljempänä virasto) yhteisön tavaramerkistä 20 päivänä joulukuuta 1993 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 40/94 (EYVL 1994, L 11, s. 1), sellaisena kuin se on muutettuna, perusteella.

2 Rekisteröintiä on haettu kolmiulotteiselle tavaramerkille, joka on kantajan esittämän kuvion perusteella neliönmuotoinen tabletti, jonka reunoja ja kulmia on hieman pyöristetty ja jossa on kaksi kerrosta, joista toinen on valkoinen ja sisältää vihreitä pilkkuja (yläosa) ja toinen vaaleanvihreä (alaosa); rekisteröinnin on tarkoitus kattaa myös nämä värit.

3 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".

4 Hakemuksen tutkijana toiminut virkamies hylkäsi 17.6.1999 hakemuksen asetuksen N:o 40/94 38 artiklan perusteella siitä syystä, että kyseinen merkki on erottamiskyvytön.

5 Kantaja teki 13.8.1999 virastolle asetuksen N:o 40/94 59 artiklan mukaisen valituksen tutkijan päätöksestä.

6 Valitus hylättiin 3.3.2000 tehdyllä päätöksellä (jäljempänä riidanalainen päätös).

7 Valituslautakunta on lähinnä todennut, että kyseiseltä tavaramerkiltä puuttuu erottamiskyky. Se 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 tuotteeksi. Koska tablettimuotoisilla pyykin- ja astianpesuaineilla on tiettyjä etuja, valituslautakunta on korostanut sitä, että kantajan kilpailijoiden on myös saatava käyttää yksinkertaisia geometrisia muotoja tällaisten tablettien valmistuksessa. Kuvailtuaan haettua tavaramerkkiä valituslautakunta toteaa päätöksessään, että tabletin neliönmuotoinen muoto ei tee tabletista erottamiskykyistä. Valituslautakunnan mukaan geometriset perusmuodot (neliönmuotoinen, pyöreä, kolmikulmainen tai suorakulmainen) ovat ilmeisimpiä tällaisten tablettien muotoja, eikä sillä, että kiinteät pesuaineet muotoillaan valmistusprosessissa neliönmuotoisiksi tableteiksi, lisätä merkkiin mitään omaperäistä tai mielikuvituksellista elementtiä. Myöskään kyseisessä tavaramerkissä käytetyt värit eivät tee siitä erottamiskykyistä, koska valkoinen, joka yhdistetään moitteettomaan puhtauteen, on perinteinen saippuajauhon väri ja koska väripilkkujen käyttäminen on myös tavanomaista. Valituslautakunnan mukaan sen lisäksi, että väripilkut ovat miellyttävän näköisiä, ne voivat myös olla osoi-

tuksena siitä, että tuote sisältää erilaisia vaikuttavia aineita, ja tämän vuoksi muiden elinkeinonharjoittajien on saatava käyttää väripilkkuja tässä tarkoituksessa. Valituslautakunnan mukaan tämä pätee myös vihreään väriin, joka on yksi perusväreistä, joka on silmiinpistävä ja synnyttää positiivisia mielleyhtymiä, koska se yhdistetään ympäristönsuojeluun. Lisäksi virasto tosin voi ottaa huomioon kansallisten viranomaisten päätökset, mutta ne eivät millään tavoin sido sitä.

Asianosaisten vaatimukset

8 Kantaja vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— kumoaa riidanalaisen päätöksen

— velvoittaa viraston korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

9 Virasto vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— hylkää kanteen

— velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Tutkittavaksi ottaminen

Asianosaisten väitteet ja niiden perustelut

10 Kantaja on esittänyt suullisessa käsittelyssä, että tällä kanteella sekä rinnakkaisissa asioissa T-117/00, T-119/00—T-121/00, T-128/00 ja T-129/00 nostetuilla kanteilla pyritään pääasiallisesti saamaan selvennystä oikeustilaan siltä osin, voidaanko näissä hakemuksissa tarkoitetut tavaramerkit rekisteröidä. Kantajan mukaan kyseisiä tavaramerkkejä ei ole syytä suojella asetuksen N:o 40/94 perusteella. Koska kuitenkin tietyt markkinoilla toimivat yritykset ovat tehneet rekisteröintihakemuksia, joissa tavaramerkkisuojaa vaaditaan muodoille, jotka ovat samankaltaisia kuin nyt vireillä olevassa asiassa ja sen kanssa rinnakkaisissa asioissa kyseessä olevat muodot, kaikkien valmistajien on kantajan mukaan yritettävä saada vastaava tavaramerkkisuoja omille tavaroilleen.

11 Virasto katsoo, että kantaja itse asiassa vaatii ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta hylkäämään kanteen. Virasto asettaa näin kyseenalaiseksi sen, onko kantajalla tässä tilanteessa oikeussuojan tarvetta.

Yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

12 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan luonnollisen henkilön tai oikeushenkilön nostama kumoamiskanne voidaan tutkia vain siltä osin kuin kantajalla on intressi saada kyseinen toimi kumotuksi. Tällaisesta oikeussuojan tarpeesta on kysymys

ainoastaan, jos toimen kumoamisesta itsestään voi aiheutua oikeudellisia seurauksia (ks. yhdistetyt asiat T-480/93 ja T-483/93, Antillean Rice Mills ym. v. komissio, tuomio 14.9.1995, Kok. 1995, s. II-2305, 59 kohta ja siinä mainittu oikeuskäytäntö). Sama koskee myös asetuksen N:o 40/94 63 artiklan nojalla nostettua kannetta.

13 Nyt käsiteltävänä olevassa asiassa kantaja on hakenut tabletin muotoisen kolmiulotteisen tavaramerkin rekisteröintiä; tutkija on hylännyt tämän hakemuksen, ja valituslautakunta on pysyttänyt tutkijan päätöksen. Kantajan intressiin saada kumottua valituslautakunnan päätös, jossa kantajan vaatimukset on hylätty, ei vaikuta kantajan mahdollinen mielipide siitä, onko toivottavaa, että haetun kolmiulotteisen tavaramerkin osalta valittu muoto suojataan tavaramerkkioikeudellisesti. Kantajan oikeussuojan tarvetta ei siis voida asettaa kyseenalaiseksi tässä asiassa.

Pääasia

14 Vaatimustensa tueksi kantaja vetoaa asiallisesti ottaen kahteen kanneperusteeseen. Ensimmäinen niistä perustuu asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan rikkomiseen ja toinen perusteluvelvollisuuden täyttämättä jättämiseen. Koska nämä kaksi kanneperustetta liittyvät läheisesti toisiinsa, ne on syytä tutkia yhdessä.

Asianosaisten väitteet ja niiden perustelut

15 Kantaja esittää ensinnäkin, että haettu tavaramerkki on kokonaisuutena tarkasteltuna epätavallinen ja mielikuvituksellinen ja täyttää erottamiskyvylle asetetut vähimmäisedellytykset.

16 Kantaja esittää erinäisiä huomioita kyseisen tavaramerkin muodosta, mallista ja väreistä sekä siitä, että tavaramerkkihakemusta käsiteltäessä tavaramerkkiä on tarkasteltava kokonaisuutena. Lopuksi kantaja pohtii tarvetta soveltaa yhdenmukaisella tavalla asetusta N:o 40/94.

17 Tavaramerkin muodon osalta kantaja toteaa, että asetuksen N:o 40/94 4 artiklasta ilmenee, että tavaran muodosta koostuvat tavaramerkit ovat sallittuja.

18 Kantaja arvostelee valituslautakuntaa siitä, että se on ottanut huomioon jokaisella elinkeinonharjoittajalla olevan intressin saada vapaasti käyttää hakemuksessa tarkoitettua muotoa. Kantajan mukaan tätä intressiä ei voida ottaa huomioon ratkaistaessa sitä, puuttuuko tavaramerkiltä erottamiskyky asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitetulla tavalla, vaan ainoastaan silloin, kun tutkitaan saman asetuksen 7 artiklan 1 kohdan e alakohdan mahdollista soveltamista.

19 Siltä osin kuin valituslautakunta on viitannut asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohtaa tarkastellessaan siihen hylkäysperusteeseen, joka sisältyy saman asetuksen 7 artiklan 1 kohdan e alakohtaan, kantaja esittää, että tableteille voidaan antaa myös muunlainen muoto eli niistä voidaan tehdä suorakulmaisia tai pyöreitä ja että nämä muut muodot vaikuttavat jopa paremmilta kuin asianomainen muoto. Lisäksi kantajan mukaan pesuaineiden osalta voidaan käyttää myös muita muotoja, eli pesuaineita voidaan myydä jauheena tai nesteseoksena.

20 Kantaja korostaa sitä, että tablettien osalta ulkoasua voidaan muuttaa paitsi käyttämällä erilaista perusmuotoa tai suorakulmion osalta muuttamalla suorakulmion sivujen suhteita myös muuttamalla tabletin paksuutta. Kantaja päättelee

tästä, että nyt käsiteltävänä olevassa asiassa jo tabletin neliönmuotoista muotoa voidaan pitää epätavallisena ja mielikuvituksellisena pesuainemuotona verrattuna muihin tabletteihin, joita oli markkinoilla rekisteröintihakemuksen jättämishetkellä.

21 Tabletin mallin osalta kantaja toteaa, että asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettua erottamiskykyä arvioitaessa merkitystä ei ole niillä näkökohdilla, jotka liittyvät pilkkujen käyttämiseen siinä tarkoituksessa, että ne osoittavat pesuaineessa olevan erilaisia vaikuttavia aineita, vaikka tämä seikka sinänsä pitäisi paikkansa. Näillä näkökohdilla voi kantajan mukaan olla merkitystä ainoastaan sovellettaessa asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan c alakohdassa tarkoitettua hylkäysperustetta, jota nyt käsiteltävänä oleva kanne ei kuitenkaan koske. Kantajan mukaan on vaikea ymmärtää, miten se, että haetun tavaramerkin tietty piirre on miellyttävän näköinen, voi johtaa rekisteröinnin epäämiseen asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan perusteella. Tabletin kahden kerroksen osalta kantaja toteaa, ettei valituslautakunta ole lausunut mitään tästä seikasta ja että kantajalle ei siksi ole selvinnyt, miksi tällaista mallia ei valituslautakunnan mukaan voida pitää erottamiskykyisenä. Se, että tabletti on pilkullinen ja kaksikerroksinen ja että kerrosten suhde on niiden paksuuden vuoksi erityinen, tekee tavaramerkistä kokonaisuutena tarkasteltuna omaperäisen, epätavallisen ja mielikuvituksellisen. Pilkut ja kaksikerroksinen malli ovat tyypillisiä tavaramerkin ulkomuodolle ja kykeneviä erottamaan yrityksen tavarat toisten yritysten tavaroista.

22 Haetun tavaramerkin värien osalta kantaja muistuttaa, että vakiintuneen käytännön mukaan väriyhdistelmästä muodostuva merkki ja tietyissä tapauksissa jopa yksikin väri voi olla itsessään erottamiskykyinen. Tavaramerkit, jotka koostuvat kahden tai useamman värin yhdistelmästä ja erityisestä muodosta (tietyn paksuinen neliönmuotoinen tabletti) ja erityisestä mallista (kahdesta kerroksesta), täyttää selvästikin erottamiskyvylle asetetut vähimmäisvaatimukset. Kantajan mukaan näin on katsottava siitä huolimatta, että se valituslautakunnan toteamus, jonka mukaan valkoinen, joka yhdistetään moitteettomaan puhtau-

teen, on perinteinen saippuajauhon väri ja jonka mukaan vihreä on miellyttävä väri ja synnyttää positiivisia mielleyhtymiä, pitäisi paikkansa. Kantaja pitää lisäksi tätä toteamusta virheellisenä, eikä sen tueksi ole esitetty mitään selvitystä. Joka tapauksessa kantajan mukaan haettu tavaramerkki on erottamiskykyinen, kun otetaan huomioon se, että yksi rekisteröintihakemuksessa kuvailluista väreistä on vaaleanvihreä.

23 Tavaramerkin arvioinnin osalta kantaja muistuttaa, että erottamiskykyä arvioitaessa tavaramerkkiä on tarkasteltava kokonaisuutena. Vaikka tavaramerkin osatekijät eivät erikseen tarkasteltuina olisi siinä määrin epätavallisia tai mielikuvituksellisia, että tavaramerkkiä voitaisiin pitää erottamiskykyisenä, osatekijöiden (muoto, malli ja väri) erityisen yhdistelmän vuoksi merkillä on erottamiskyky ja se voidaan rekisteröidä.

24 Sitä valituslautakunnan perustelua, jonka mukaan haetun tavaramerkin osatekijöiden täytyy olla kaikkien elinkeinonharjoittajien vapaasti käytettävissä, ei siis voida hyväksyä perusteeksi rekisteröintihakemuksen hylkäämiselle. Vaikka tällainen perustelu olisi merkityksellinen asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohtaan perustuvaa rekisteröintiestettä tutkittaessa, minkä kantaja on kuitenkin riitauttanut, tätä rekisteröintiestettä tutkittaessa tavaramerkkiä on tarkasteltava kokonaisuutena, eikä tavaramerkin osatekijöitä siis ole tarkasteltava toisistaan erillään.

25 Kantaja korostaa pyrkivänsä saamaan tavaramerkkihakemuksillaan yksinoikeuden ainoastaan kulloisenkin tavaramerkin ominaispiirteiden (muoto, malli ja värit) erityiseen yhdistelmään, eikä kantaja siis pyri estämään muita elinkeinonharjoittajia esimerkiksi käyttämästä vihreää väriä pesuaineissaan. Kantaja toteaa olevansa valmis ilmoittamaan, ettei tavaramerkkisuojaa vaadita näiltä osin, jos ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin pitää tätä tarpeellisena. Lisäksi kantajan mukaan niistä lukuisista virastolle tehdyistä rekisteröintihakemuksista, jotka koskevat pesuaineita varten rekisteröitäviä, tabletin muotoisia kolmiulotteisia tavaramerkkejä, ilmenee, että näiden tablettien ulkoasulle on melkein loputtomasti vaihtoehtoja.

26 Lopuksi, mitä tulee tarpeeseen tulkita asetusta N:o 40/94 yhdenmukaisella tavalla, kantaja toteaa, että nyt kyseessä olevaa vastaavia kolmiulotteisia tavaramerkkejä on rekisteröity tietyissä jäsenvaltioissa, joiden tavaramerkkisäännöksiä on yhdenmukaistettu jäsenvaltioiden tavaramerkkilainsäädännön lähentämisestä 21 päivänä joulukuuta 1988 annetulla ensimmäisellä neuvoston direktiivillä 89/104/ETY (EYVL 1989, L 40, s. 1), eli muun muassa Ranskassa, Yhdistyneessä kuningaskunnassa, Belgiassa, Alankomaissa ja Luxemburgissa; viimeisten kolmen valtion osalta rekisteröinnin on tehnyt Bureau Benelux des Marques (Benelux-tavaramerkkivirasto). Lisäksi virasto on kantajan mukaan julkaissut seuraavat tavaramerkkihakemukset:

— hakemus nro 809 830, joka on jätetty Benckiser N.V:n nimissä sellaisen tavaramerkin rekisteröimiseksi, joka on muodoltaan pyöreä tabletti, jossa on sininen ja valkoinen kerros

— hakemus nro 924 829, joka on jätetty kantajan nimissä sellaisen tavaramerkin rekisteröimiseksi, joka muodostuu suorakulmaisesta tabletista, jossa on sinistä, vihreää ja valkoista väriä.

27 Tässä yhteydessä kantaja tuo esiin sen, että virasto on hyväksynyt tiettyjä kolmiulotteisia tavaramerkkejä värillisiä hammastahnoja varten, vaikka samat väitteet, jotka on esitetty kantajan tavaramerkkihakemusta vastaan, olisivat soveltuneet myös näiden tavaramerkkien muodon, mallin ja värin osalta. Kantaja katsoo, että nyt haettu tavaramerkki olisi pitänyt käsitellä vastaavalla tavalla. Kantaja lisää esittäneensä näitä tavaramerkkihakemuksia vastaan huomautuksia, jotka perustuvat muun muassa siihen, että kolmiulotteisten tavaramerkkien osalta virasto soveltaa asetuksen N:o 40/94 säännöksiä epäjohdonmukaisesti.

28 Virasto toteaa, että haettu kolmiulotteinen tavaramerkki koskee pyykin- ja astianpesuainetabletteja ja muodostuu tavarasta itsestään.

29 Sen tutkimiseksi, voidaanko haettu yhteisön tavaramerkki myöntää tällaista uutta tuotetta varten, virasto esittelee ensiksi, miten pyykin- ja astianpesuaineiden ulkomuoto on kehittynyt markkinoilla ja mitä etuja tabletin muodossa olevista pesuaineista voi olla.

30 Toiseksi virasto tuo esiin ne periaatteet, jotka koskevat kolmiulotteisten tavaramerkkien rekisteröintiä, ja viittaa tältä osin niihin rekisteröintihakemusten hylkäysperusteisiin, joilla voi olla merkitystä tässä yhteydessä.

31 Viraston mukaan tavaramerkki on asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitetulla tavalla erottamiskykyinen, jos ne tavarat tai palvelut, joita varten rekisteröintiä on haettu, voidaan tämän tavaramerkin perusteella erottaa muiden tavaroista tai palveluista alkuperänsä osalta eikä siis luonteensa tai muiden ominaispiirteidensä osalta.

32 Viraston mukaan kuluttajat eivät yleensä yhdistä tavaran muotoa ja alkuperää toisiinsa. Jotta kuluttajat ymmärtäisivät tavaran muodon keinoksi yksilöidä tavaran alkuperä, tämän muodon on viraston mukaan oltava sillä tavalla omaperäinen, että kuluttajan huomio kiinnittyy siihen.

33 Viraston mukaan tavaran muodon erottamiskyvyn arvioinnissa on oltava kolme vaihetta. Ensiksi on tutkittava, mitä muotoja on käytössä kyseisen tavaran osalta. Toiseksi on tutkittava, eroaako hakemuksessa tarkoitettu muoto muista käytössä olevista muodoista niin, että kuluttaja havaitsee tämän eron. Lopuksi on ratkaistava, onko tämä erityinen muoto omiaan ilmaisemaan tavaran alkuperän.

34 Virasto korostaa, että arvioinnin kolmannessa vaiheessa suurta merkitystä on tavaran tyypillä ja sillä, miten kuluttaja käyttää tavaraa. Otettuaan pyykin ja astioiden pesuun tarkoitetut tabletit pakkauksestaan kuluttaja laittaa ne viraston mukaan välittömästi pesukoneeseen, ja tunnistaakseen tavaran seuraavalla ostokerralla kuluttaja painaa mieleensä vain tavaran pakkauksen, jossa on valmistajan sanamerkki, eikä kyseisen tavaran muotoa tai väriä.

35 Viraston mukaan arvioitaessa nyt kyseessä olevan kaltaisten, tavaran muodosta itsestään koostuvien kolmiulotteisten tavaramerkkien erottamiskykyä sovelletaan niitä samoja oikeudellisia kriteerejä, joita sovelletaan myös muunlaisten tavaramerkkien osalta, eikä ensin mainittuihin siis sovelleta tavallista tiukempia kriteerejä. Virasto esittää kuitenkin, että tavaran muoto ei ilmaise tavaran alkuperää samalla tavoin kuin sanat tai kuviot, jotka on esitetty tuotteessa tai sen pakkauksessa.

36 Kolmanneksi virasto tarkastelee kyseistä tavaramerkkiä.

37 Viraston mukaan kyseisen tavaramerkin suorakulmainen muoto ei ole epätavallinen eikä mielikuvituksellinen vaan täysin tavanomainen ja yleinen markkinoilla.

38 Värien osalta virasto esittää, että vaaleanvihreän kerroksen lisääminen ei tee kyseisestä merkistä erottamiskykyistä ja että myöskään pilkuilla ei ole tältä osin merkitystä. Viraston mukaan väriyhdistelmänä ei ole pidettävä sitä, että pyykin- tai astianpesuaineiden perusväriin (valkoinen tai harmaa) on lisätty yhtä ainoaa väriä.

39 Viraston mukaan sillä, että tabletin eri kerroksissa tai osissa käytetään eri värejä, ei tehdä tavaramerkistä kokonaisuutena tarkasteltuna erottamiskykyistä. Ensinnäkin perusvärit, kuten vihreä tai sininen, ovat yleisiä pesuainealalla, ja ne aiheuttavat myönteisiä mielikuvia, kuten ajatuksen puhtaudesta tai puhdistuskyvystä. Toiseksi näillä väreillä, joita on käytetty tabletin eri kerroksissa tai osissa, viitataan siihen, että tableteissa on useaa vaikuttavaa ainetta, ja näin tällaisella värien käytöllä annetaan kuluttajalle tietoa tavaran ominaisuuksista, mitä on korostettu myös kyseisten tablettien mainonnassa. Kolmanneksi viraston mukaan tablettien käyttötavasta ilmenee, että kuluttaja ei katso tablettien värin viittaavan tavaroiden alkuperään, ja tämä koskee erityisesti sitä tapausta, että kyse on perusväreistä ja niiden yhdistelmistä.

40 Viraston mukaan väripilkkujen käyttö on yleistä ja merkitsee usein sitä, että tavarassa on käytetty tiettyjä vaikuttavia aineita. Pilkut antavat viitteitä siitä, missä määrin se raaka-aine, josta pesuainejauho tai -tabletti koostuu, on koostumukseltaan homogeeninen, mutta ne eivät anna mitään viitteitä tavaran alkuperästä. Nyt esillä olevassa asiassa pilkkuja ei voida pitää "mallina". Viraston mukaan pilkut eivät vaikuta tabletista kokonaisuutena tarkasteltuna saatavaan näköhavaintoon siksi, että pilkut ovat kooltaan pieniä ja että kyseinen vihreä värisävy herättää vain vähän huomiota.

41 Tavaramerkin kokonaisarvioinnin osalta virasto toteaa, että tällaisten erottamiskyvyttömien ominaispiirteiden yhdistäminen ei tee haetusta tavaramerkistä erottamiskykyistä. Erottamiskykyä ei voida johtaa erityisesti siitä, että kaikki tabletit ovat erilaisia.

42 Siitä, että kantajan kilpailijat ovat valinneet muita värejä tablettejaan varten, ei viraston mukaan voida päätellä, että nämä tavarat voidaan väriensä perusteella erottaa toisistaan alkuperänsä suhteen. Eri värien valitseminen selittyy viraston mukaan sillä, että kansallisille tavaramerkkivirastoille ja yhteisön virastolle on esitetty useita rekisteröintihakemuksia, jotka koskevat pyykin- ja astianpesuaineita, sen jälkeen kun nämä tuotteet äskettäin tuotiin markkinoille. Virasto korostaa, että koska tietyt kansalliset virastot ovat myöntäneet tavaramerkkisuojan tällaisille tuotteille, ei ole asianmukaista, että valmistaja tarjoaa jo ennen oikeustilan selventävää tuomioistuimen ratkaisua tuotetta, jonka muoto vastaa kilpailijalle rekisteröityä tai kilpailijan hakemaa tavaramerkkiä.

43 Virasto lisää, että asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 3 kohdan osalta on teoriassa mahdollista, että väreistä voi tulla niiden käytön vuoksi erottamiskykyisiä, mutta tämä seikka on näytettävä toteen. Viraston mukaan kantaja ei ole missään vaiheessa tuonut esiin sitä mahdollisuutta, että tavaramerkki olisi käyttönsä vuoksi erottamiskykyinen.

44 Siitä perustelusta, jonka mukaan ei ole toivottavaa, että kantaja on ainoa yritys, joka saa myydä pyykin- ja astianpesuaineita tablettimuodossa, virasto toteaa, että tämä perustelu on merkityksellinen sovellettaessa asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohtaa. Viraston mukaan tähän perusteluun turvautumista ei voida tulkita niin, että valituslautakunta olisi soveltanut nyt esillä olevaan asiaan itsenäisenä hylkäämisperusteena vapaana pitämisen tarvetta (Freihaltebedürfnis). Vapaana pitämisen tarve merkitsee sitä, että tavaramerkkihakemuksen hylkäämisen tueksi viraston olisi osoitettava, että kilpailijoilla on oikeutettu ja erityinen intressi saman tavaramerkin käyttämiseen. Nyt esillä olevan asian osalta virasto toteaa valituslautakunnan ainoastaan korostaneen sitä, että hakemuksessa tarkoitetun muodon rekisteröimisestä yhteisön tavaramerkiksi aiheutuisi epätoivottavia seurauksia markkinoiden toiminnalle. Viraston mukaan asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohtaa sovellettaessa on tarpeen ottaa huomioon ne seuraukset, joita tiettyjen yksinkertaisten ja tavanomaisten sanojen, merkkien tai muotojen rekisteröimisestä aiheutuisi, koska muussa tapauksessa unohdettaisiin tavaramerkkioikeuden ja teollisoikeuksien muodostaman järjestelmän perustehtävä eli vilpittömän kilpailun edistäminen.

45 Neljänneksi siitä, että riidanalaisen päätöksen väitetään olevan ristiriidassa muiden viraston päätösten kanssa, virasto toteaa hylänneensä kaikki hakemukset, jotka ovat koskeneet pyöreitä tai suorakulmaisia pyykin- tai astianpesuainetabletteja, ja valituslautakunnat ovat pysyttäneet nämä päätökset kaikissa niiden käsiteltäväksi saatetuissa valitusasioissa. Tavaramerkkihakemukset nro 809830 ja 924829 on julkaistu yhteisön tavaramerkkilehdessä, mutta kyseisiä tavaramerkkejä ei ole rekisteröity. Lisäksi, vaikka virasto olisikin rekisteröinyt nämä tavaramerkit, tällaiset päätökset olisivat virheellisiä, eikä kantaja voisi tukeutua niihin pyytääkseen sellaisen päätöksen tekemistä, jossa toistettaisiin sama virhe.

46 Hammastahnoja varten rekisteröityjen tavaramerkkien osalta virasto toteaa, ettei niitä voida verrata nyt esillä olevaan tavaramerkkiin, koska nämä tavaramerkit olivat kuviomerkkejä ja koska asianomaiset tavarat ja niiden käyttötapa sekä tavaramerkkien ominaispiirteet ovat erilaisia.

47 Kansallisten virastojen käytännön osalta virasto myöntää, että jos kantajan nimissä olisi rekisteröity nyt esillä olevan kaltaisia tavaramerkkejä useissa tai kaikissa jäsenvaltioissa, tämä olisi seikka, joka voidaan ottaa huomioon yhteisön tavaramerkkiä rekisteröitäessä, mutta se ei kuitenkaan olisi merkitykseltään ratkaiseva. Kantaja ei ole myöskään missään vaiheessa vedonnut siihen, että se olisi saanut haetun tavaramerkin rekisteröityä joissain Euroopan yhteisön jäsenvaltioissa.

48 Siitä, että jäsenvaltioiden kansalliset virastot ovat rekisteröineet tavaramerkkejä, jotka vastaavat nyt kyseessä olevaa merkkiä, virasto toteaa, että näiden virastojen käytäntö ei ole yhdenmukainen.

49 Virasto katsoo, että vaikka kantaja olisi ollut ensimmäinen yritys, joka markkinoi pyykin- ja astianpesuaineita tablettimuodossa, on selvää, että nykyään suorakulmainen muoto on yleinen. Vaikka tästä muodosta on tullut yleinen vasta yhteisön tavaramerkkihakemuksen jättämisen jälkeen, kyseistä tavaramerkkiä ei siltikään voida rekisteröidä. Viraston mukaan tavanomaisen tai yleisen muodon käyttäminen ensimmäisenä ei sinänsä tee tästä muodosta erottamiskykyistä, ja lisäksi tavaramerkin on oltava erottamiskykyinen myös sen rekisteröintihetkellä.

Yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

50 Tavaramerkin erottamiskykyä on arvioitava suhteessa niihin tavaroihin tai palveluihin, joita varten tavaramerkin rekisteröintiä on haettu.

51 Nyt käsiteltävänä olevassa asiassa kantajan rekisteröintihakemus koskee seuraavia Nizzan luokituksen luokkaan 3 kuuluvia tavaroita: "pesuaineet ja valkaisutuotteet ja muut vaatteiden pesussa käytettävät aineet; puhdistus-, kiillotus-, tahranpoisto- ja hiontavalmisteet; astioiden pesu-, puhdistus- ja hoitovalmisteet; saippuat"; näin ollen rekisteröintihakemuksessa tarkoitettu tavaramerkki koostuu tavaran itsensä muodosta ja siinä käytetyistä väreistä.

52 Asetuksen N:o 40/94 4 artiklasta ilmenee, että sellaisia merkkejä, joista yhteisön tavaramerkki voi muodostua, ovat muiden ohella tavaran muoto ja värit. 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.

53 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).

54 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.

55 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.

56 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.

57 On syytä huomata, että tavarat, 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).

58 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 tai väreistä.

59 Arvioitaessa, ymmärretäänkö kohderyhmässä kyseisen tabletin muodon ja värien 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.

60 Kolmiulotteinen muoto, jolle rekisteröintiä on haettu, eli neliönmuotoinen tabletti 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.

61 Siitä, että tabletissa on kaksi kerrosta eli valkoinen ja vihreä kerros ja että valkoisessa osassa on vihreitä pilkkuja, on todettava, että asianomaisessa kohderyhmässä on totuttu siihen, että pesuaineessa on eri värejä. 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. Kantajan ja muiden pesuainevalmistajien mainonnasta ilmenee, että rakeet ilmentävät sitä, että pesuaineessa on erilaisia vaikuttavia aineita. Värilliset 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 väriensä vuoksi välttämättä erottamiskykyinen. Erottamiskyky puuttuu, kun — kuten tässä asiassa — kohderyhmässä värien ymmärretään viittaavan tiettyihin tavaran ominaisuuksiin eikä siis tavaran alkuperään. Se, että kuluttajat voivat silti tottua tunnistamaan tavaran sen värien 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 Siltä osin, että nyt esillä olevassa tapauksessa värillisiä rakeita ei ole ainoastaan pilkkuina tabletissa vaan ne ovat osittain keskittyneet tabletin alaosaan, on tutkittava ensinnäkin se kantajan väite, jonka mukaan valituslautakunta ei ole perustellut sitä päätelmäänsä, jonka mukaan haettu tavaramerkki ei ole myöskään tällaisen värien käytön vuoksi erottamiskykyinen. On syytä tuoda esiin, että kuvaillessaan riidanalaisen päätöksen 15 kohdassa tavaramerkkiä valituslautakunta on maininnut, että tabletissa on kaksi kerrosta. Tätä toteamusta ei ole nimenomaisesti toistettu riidanalaisen päätöksen 18 ja 19 kohdassa, jotka koskevat erottamiskyvyn arviointia tabletin värien osalta. Valituslautakunta on kuitenkin viitannut sen riidanalaisen päätöksen 19 kohtaan sisältyvän lausumansa tueksi, jonka mukaan tavaramerkkihakemuksessa tarkoitetuissa tuotteissa käytetään yleisesti väriyhdistelmiä, esimerkinomaisesti kahteen markkinoilla olevaan tablettiin, joissa molemmissa on kaksi eriväristä kerrosta. Tämän perusteella valituslautakunta on katsonut, että tabletti, jossa on kaksi eriväristä kerrosta, ei ole erottamiskykyinen, koska tällainen ulkoasu on yleinen. Näiltä osin riidanalaista päätöstä on siis perusteltu riittävästi.

63 Seuraavaksi on todettava, että se valituslautakunnan päätelmä, jonka mukaan värillinen kerros ja pilkut eivät ole riittäviä siltä kannalta, että tabletti niiden perusteella miellettäisiin tavaran alkuperän ilmaukseksi, on perusteltu. Kun nimittäin eri aineita yhdistetään valmistettaessa pyykin- tai astianpesuainetabletteja, pilkkujen tai kerroksen lisääminen tablettiin on yksi kaikkein ilmeisimmistä ratkaisuista.

64 Vihreän värin osalta on syytä todeta, että perusvärien eli esimerkiksi sinisen tai vihreän käyttäminen on yleistä ja jopa tyypillistä pesuaineiden osalta. Muiden perusvärien eli esimerkiksi punaisen tai keltaisen käyttämistä on pidettävä näiden tavaroiden tyypillisen ulkoasun ilmeisenä muunnelmana. Sama koskee näiden

värien eri värisävyjä. Tästä syystä se kantajan väite, jonka mukaan haettu merkki on erottamiskykyinen siksi, että yksi tabletin kerroksista on vaaleanvihreä, on hylättävä.

65 Tästä seuraa, että rekisteröintihakemuksessa tarkoitettu kolmiulotteinen tavaramerkki muodostuu sellaisten ulkoasun piirteiden yhdistelmästä, jotka ovat ilmeisiä ja tyypillisiä kyseisen tavaran osalta.

66 On syytä lisätä, että näitä tavaran ulkoasun piirteitä voidaan yhdistellä eri tavoin muuttamalla geometrisia perusmuotoja ja lisäämällä tavaran perusväriin toinen perusväri niin, että tätä väriä käytetään tabletin kerroksessa tai pilkuissa. Tästä aiheutuvat erot eri tablettien ulkomuodossa eivät ole riittäviä siinä mielessä, että ne voisivat toimia tablettien osalta tavaran alkuperän ilmauksena, kun kyse on — kuten nyt esillä olevassa asiassa — tavaran perusmuotojen ilmeisistä muunnelmista.

67 Siitä kokonaisvaikutelmasta, joka saadaan kyseisen tabletin muodosta ja väreistä, 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.

68 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.

69 Niiden kantajan esittämien perustelujen osalta, jotka koskevat kansallisten tavaramerkkivirastojen käytäntöä, on syytä muistuttaa, että aikaisemmin jäsenvaltioissa suoritetut rekisteröinnit ovat ainoastaan seikka, joka voidaan pelkästään ottaa huomioon yhteisön tavaramerkkiä rekisteröitäessä, eikä tämä seikka ole rekisteröinnin kannalta ratkaiseva (ks. asia T-122/99, Procter & Gamble v. SMHV (saippuan muoto), tuomio 16.2.2000, Kok. 2000, s. II-265, 61 kohta ja asia T-24/00, Sunrider v. SMHV (VITALITE), tuomio 31.1.2001, Kok. 2001, s. II-449, 33 kohta). Lisäksi niistä vastauksista, jotka kantaja on antanut ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämiin kysymyksiin, ilmenee, että nyt esillä olevan tavaramerkin kanssa samanlainen tavaramerkki on rekisteröity ainoastaan Bureau Benelux des Marquesissa, kun taas rekisteröinti on evätty Saksassa. Yhdistyneessä kuningaskunnassa samaa tavaramerkkiä koskevaa rekisteröintimenettelyä on lykätty siihen asti, että nyt esillä oleva asia ratkaistaan, ja Ranskassa vastaava rekisteröintihakemus on peruutettu. Niistä vastauksista, jotka virasto on antanut ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kysymyksiin, ilmenee, että pyykin- ja astianpesuainetableteista muodostuvia tavaramerkkejä koskeva kansallisten tavaramerkkivirastojen käytäntö ei yleisesti ottaen ole yhtenäinen. Tämän vuoksi valituslautakuntaa ei voida arvostella siitä, ettei se ole ottanut huomioon näiden virastojen käytäntöä ja kansallista oikeuskäytäntöä.

70 Viraston itsensä käytännöstä on todettava, että niistä vastauksista, jotka virasto on antanut ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kysymyksiin, ilmenee, että ne tavaramerkkihakemukset, joiden julkaisemiseen kantaja on vedonnut, eivät ole johtaneet yhteisön tavaramerkkien rekisteröintiin. Yhden näistä hakemuksista tutkija hylkäsi sen jälkeen, kun nyt käsiteltävänä oleva kanne oli nostettu, ja tämä päätös on parhaillaan valituslautakunnan käsiteltävänä. Viraston mukaan on odotettavissa, että myös toinen näistä hakemuksista hylätään. Näin ollen se perustelu, joka koskee kyseisten hakemusten julkaisemista, on menettänyt merkityksensä. Lisäksi siitä, että tiettyjä tavaramerkkejä on rekisteröity hammastahnoja varten, mihin kantaja on vedonnut, on todettava, että kyseiset tavaramerkit ja tavara, jota varten ne on rekisteröity, ovat erilaisia kuin nyt

käsiteltävänä oleva tavaramerkki ja tavara. Viraston käytäntö niiden osalta ei siis ole merkityksellinen tämän asian kannalta.

71 Näin ollen ne kantajan perustelut, jotka koskevat viraston ja tiettyjen kansallisten tavaramerkkivirastojen käytäntöä, on hylättävä.

72 Tästä seuraa, että valituslautakunta on perustellusti katsonut, että rekisteröintihakemuksessa tarkoitetulta kolmiulotteiselta tavaramerkiltä puuttuu erottamiskyky.

73 Niistä kantajan väitteistä, jotka koskevat sitä, että valituslautakunta on ottanut huomioon kyseisen tabletin muotoon ja väreihin liittyvän vapaana pitämisen tarpeen, on todettava, että asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b—e alakohdassa säädetyt ehdottomat hylkäysperusteet pohjautuvat yhteisön lainsäätäjän pyrkimykseen välttää tilanteet, joissa elinkeinonharjoittajalle myönnetään yksinoikeuksia, jotka voivat rajoittaa kilpailua kyseisten tavaroiden tai palveluiden markkinoilla (ks. merkin kuvailevuutta koskevan hylkäysperusteen osalta yhdistetyt asiat C-108/97 ja C-109/97, Windsurfing Chiemsee, tuomio 4.5.1999, Kok. 1999, s. I-2779, 25 kohta). Se, että tavaran ulkoasusta itsestään muodostuvan kolmiulotteisen tavaramerkin rekisteröintiä hakeneen yrityksen kilpailijoilla voi olla intressi saada vapaasti valita omien tuotteidensa muoto ja värit, ei kuitenkaan sinänsä ole peruste tällaisen hakemuksen hylkäämiselle eikä myöskään yksinään riittävä kriteeri kyseisen tavaramerkin erottamiskyvyn arvioimiseksi. Kun asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa suljetaan pois erottamiskyvyttömien merkkien rekisteröinti, tässä säännöksessä turvataan se, että tavaran ulkoasun eri muunnelmat ovat kaikkien käytettävissä, ainoastaan siinä määrin kuin rekisteröintihakemuksessa tarkoitettu tavaran ulkoasu ei kykene — a priori ja riippumatta asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 3 kohdassa tarkoitetusta käytöstään — täyttämään tavaramerkin tehtävää eli sitä, että asianomaisessa kohderyhmässä voidaan tavaramerkin perusteella erottaa kyseinen tavara sellaisista tavaroista, joiden kaupallinen alkuperä on eri.

74 On syytä todeta, että vaikka valituslautakunta on riidanalaisessa päätöksessään käsitellyt huomattavan laajasti niitä näkökohtia, jotka liittyvät intressiin välttää tavaran monopolisointi tavaramerkkioikeuden kautta, tästä ei kuitenkaan seuraa, että valituslautakunta olisi soveltanut virheellisesti niitä kriteerejä, jotka koskevat tavaramerkin erottamiskyvyn arvioimista. Valituslautakunta toteaa nimittäin riidanalaisen päätöksen 11 kohdassa, että 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 tuotteeksi". Valituslautakunta on siis asiallisesti tarkasteltuna soveltanut kriteeriä, joka on sopusoinnussa edellä mainittujen periaatteiden kanssa.

75 Edellä esitetystä seuraa, että kanne on hylättävä.

Oikeudenkäyntikulut

76 Yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 87 artiklan 3 kohdassa määrätään, että jos asiassa osa vaatimuksista ratkaistaan toisen asianosaisen ja osa toisen asianosaisen hyväksi tai jos siihen on muutoin erityisiä syitä, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin voi määrätä oikeudenkäyntikulut jaettaviksi asianosaisten kesken tai määrätä, että kukin vastaa omista kuluistaan. Koska riidanalaisen päätöksen sanamuodosta saattoi aiheutua epäilyksiä sen suhteen, onko valituslautakunta nyt esillä olevassa asiassa soveltanut oikein asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohtaa, ja koska se näin myötävaikutti tämän oikeusriidan syntymiseen, on syytä päättää, että kumpikin asianosaisista vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN
(toinen jaosto)

on antanut seuraavan tuomiolauselman:

1) **Kanne hylätään.**

2) **Kumpikin asianosaisista vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan.**

Meij Potocki Pirrung

Julistettiin Luxemburgissa 19 päivänä syyskuuta 2001.

H. Jung
kirjaaja

A. W. H. Meij
jaoston puheenjohtaja