YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (toinen jaosto)

19 päivänä syyskuuta 2001 *

Asiassa T-337/99,

Henkel KGaA, kotipaikka Düsseldorf (Saksa), edustajinaan asianajajat H. F. Wissel ja C. Osterrieth, prosessiosoite Luxemburgissa,

kantajana,

vastaan

sisämarkkinoiden harmonisointivirasto (tavaramerkit ja mallit) (SMHV), asiamiehinään A. von Mühlendahl, D. Schennen ja S. Laitinen,

vastaajana,

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

jossa kantaja on nostanut kanteen sisämarkkinoiden harmonisointiviraston (tavaramerkit ja mallit) kolmannen valituslautakunnan 21.9.1999 tekemästä päätöksestä (asia R 73/1999-3), joka on annettu kantajalle tiedoksi 28.9.1999,

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 26.11.1999 jätetyn kannekirjelmän,

ottaen huomioon ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 17.2.2000 jätetyn vastineen,

ottaen huomioon 5.4.2001 pidetyssä suullisessa käsittelyssä esitetyn,

on antanut seuraavan

tuomion

Asian tausta

1 Kantaja on hakenut 15.12.1997 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 pyöreä tabletti, jossa on kaksi kerrosta, joiden väreille eli valkoiselle (tabletin alaosa) ja punaiselle (tabletin yläosa) on myös haettu rekisteröintiä.

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 "tablettimuodossa olevat pyykin- ja astianpesuaineet".

4 Hakemuksen tutkijana toiminut virkamies ilmoitti 28.9.1998 päivätyllä kirjeellään, ettei rekisteröintihakemusta voida asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan perusteella hyväksyä, ja samalla hän antoi kantajalle kaksi kuukautta aikaa esittää huomautuksensa, jotka kantaja sitten esittikin 9.10.1998 päivätyllä kirjeellään.

5 Kantaja totesi virastolle 6.1.1999 lähettämässään kirjeessä, että kantajan kilpailijan tavaramerkkihakemus, joka koski samankaltaisia pyykinpesuainetabletteja, oli julkaistu yhteisön tavaramerkkilehdessä.

6 Tutkija hylkäsi hakemuksen 26.1.1999 tekemällään päätöksellä asetuksen N:o 40/94 38 artiklan nojalla. Päätöksensä ensimmäisessä osassa tutkija toisti ne perustelut, jotka hän oli esittänyt 28.9.1998 päivätyssä kirjeessään. Toisessa osassa hän totesi, että kantaja ei ollut ottanut kantaa tähän kirjeeseen kantajalle asetetussa kahden kuukauden määräajassa ja että tämän vuoksi tutkija ratkaisisi asian käsillä olevien tietojen perusteella. Kolmannessa osassa tutkija täsmensi, että 6.1.1999 päivätyssä kirjeessä esitetyt argumentit on otettu huomioon, mutta niitä ei ole hyväksytty.

7 Tutkija lähetti 3.2.1999 kantajalle kopion 26.1.1999 tehdystä päätöksestä ja totesi saatteessa seuraavaa: "On selvää, että edellä mainittu 26.1.1999 teille lähetetty tiedoksianto on virheellinen, koska virasto on saanut huomautuksenne määräajassa. Näin ollen voitte pitää kyseistä tiedoksiantoa oikeudellisesti merkityksettömänä." Tutkija lähetti samana päivänä kantajalle uuden päätöksen, jossa hän hylkäsi yhteisön tavaramerkkiä koskevan rekisteröintihakemuksen.

8 Kantaja teki 5.2.1999 virastolle asetuksen N:o 40/94 59 artiklan mukaisen valituksen tutkijan päätöksestä.

9 Valitus hylättiin 21.9.1999 tehdyllä päätöksellä (jäljempänä riidanalainen päätös).

10 Valituslautakunta on lähinnä katsonut, että asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohta on esteenä kyseisen tavaramerkin rekisteröimiselle. Valituslautakunnan mukaan rekisteröinnin edellytyksenä on se, että tavaramerkin perusteella ne tavarat, joita varten rekisteröintiä haetaan, pystytään erottamaan alkuperänsä suhteen eikä luonteensa suhteen. Kun kyse on sellaisesta kolmiulotteisesta tavaramerkistä, jossa vain toistetaan tavaran ulkomuoto, rekisteröinnin edellytyksenä on, että tavaran muoto on siinä määrin omaperäinen, että se jää helposti mieleen, ja että se poikkeaa siitä, mikä on kyseisessä elinkeinotoiminnassa tavallista. Kun otetaan huomioon siitä johtuva riski, että tavaramerkin haltijalle annetaan tavaran muotoa koskevan suojan kautta yksinoikeus muodon käyttöön, ja tarve ottaa huomioon tavaramerkkioikeuden ja hyödyllisyysmalli- tai mallioikeuden väliset erot, erottamiskykyä arvioitaessa on sovellettava tiukkoja edellytyksiä. Valituslautakunnan mukaan kantajan hakemuksessa tarkoitettu muoto ei ole poikkeuksellisen erityinen tai epätavallinen, vaan se on yksi kyseisillä markkinoilla käytetyistä perusmuodoista. Myöskään käytetyt värit, eli punainen ja valkoinen, eivät tee muodosta omaperäistä. Lisäksi sillä, että viraston ratkaisukäytäntö ei ole ollut täysin yhtenäinen, tai aikaisemmilla rekisteröinneillä, joihin kantaja on vedonnut, ei valituslautakunnan mukaan ole sitovaa vaikutusta viraston päätöksenteossa.

Asianosaisten vaatimukset

11 Kantaja vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— kumoaa riidanalaisen päätöksen

— velvoittaa vastaajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

12 Virasto vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— hylkää kanteen

— velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Oikeudellinen arviointi

13 Kantaja esittää kanteensa tueksi kolme kanneperustetta. Ensimmäinen koskee asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan virheellistä soveltamista. Toinen koskee "harkintavallan väärinkäyttöä" ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen loukkaamista. Kolmas koskee sitä, että oikeutta tulla kuulluksi on loukattu. Ensiksi on syytä tutkia kolmas kanneperuste.

Kanneperuste, jonka mukaan oikeutta tulla kuulluksi on loukattu

14 Kantaja katsoo, että valituslautakunta ei ole tutkinut niitä argumentteja, jotka sisältyivät 9.10.1998 päivättyyn kantajan kirjeeseen, ja tällä menettelyllään valituslautakunta on loukannut kantajan oikeutta tulla kuulluksi.

15 Riidanalaisen päätöksen 3 kohdasta ilmenee kuitenkin, että valituslautakunta on ottanut huomioon 9.10.1998 päivätyn kantajan kirjeen. Päättelyssään, joka on johtanut riidanalaisen päätöksen tekemiseen, valituslautakunta on ottanut merkityksellisiltä osiltaan huomioon kantajan kirjeessään esittämät argumentit. Tätä kanneperustetta ei siis voida hyväksyä.

Kanneperuste, jonka mukaan asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan b alakohtaa on sovellettu virheellisesti

Asianosaisten väitteet ja niiden perustelut

16 Kantajan mielestä valituslautakunta on jättänyt ottamatta huomioon sen, että haettu tavaramerkki on erottamiskykyinen, koska jo vähäinenkin erottamiskyky riittää täyttämään ne edellytykset, joita on asetettu asetukseen N:o 40/94 perustuvan suojan saamiselle.

17 Kantaja esittää, että käytettyjen värien vuoksi kyseistä tavaramerkkiä on pidettävä erottamiskykyisenä, ja muistuttaa, että asetuksen N:o 40/94 mukaan värejä voidaan rekisteröidä tavaramerkeiksi. Kantaja tukeutuu oikeuskirjallisuudessa esitettyyn näkemykseen, jonka mukaan tutkittaessa, voidaanko väriä tai väriyhdistelmää rekisteröidä tavaramerkiksi, rekisteröintihakemuksen hylkäysperusteita ei ole syytä tulkita ja soveltaa suppeasti.

18 Kantajan mukaan kyseinen tavaramerkki on erottamiskykyinen myös muotonsa perusteella, ja kantaja arvostelee sitä valituslautakunnan näkemystä, jonka mukaan kolmiulotteisen muodon on oltava erityinen ja helposti mieleen jäävä eli omaperäinen siihen nähden, mikä on tavallista kyseisessä elinkeinotoiminnassa. Kantajan mukaan se, että kolmiulotteinen muoto on erityinen tai omaperäinen,

on ratkaiseva edellytys ainoastaan mallioikeuden osalta. Tavaramerkin erottamiskyvyn osalta on ainoastaan tutkittava, voidaanko tavaran muoto tai tietty väriyhdistelmä ymmärtää yleisön keskuudessa ilmaukseksi kyseisen tavaran alkuperästä.

19 Kantaja kuvailee sitä, miten pyykin- ja astianpesuaineiden ulkomuodot ovat kehittyneet. Kantajan mukaan vasta vähän aikaa sitten on alettu valmistaa kaksivärisiä pesuainetabletteja ja tällaisten tablettien osalta lukuisat erilaiset muodot ovat mahdollisia. Se, mitä värejä käytetään ja miten värit asetellaan tablettiin, voi vaihdella huomattavasti.

20 Kantajan mukaan markkinatilanne näiden tavaroiden osalta on sellainen, että markkinoilla on muutama suuri valmistaja ja että kaksivärisiä pesuainetabletteja on eri kansallisilla markkinoilla erittäin vähän. Tämän vuoksi kuluttajat ovat alusta alkaen yhdistäneet kaksiväriset pesuainetabletit vain tiettyihin merkkituotteita valmistaviin valmistajiin, joista kantaja on yksi. Tätä kuluttajien näkemystä on kantajan mukaan vahvistettu intensiivisellä ja pitkäkestoisella mainonnalla, jossa on korostettu tavaran ulkomuodolle tyypillisiä kahta väriä ja pesuainetablettien erityistä muotoa. Kantaja korostaa sitä, miten suuria rahamääriä on käytetty tällaiseen mainontaan ja miten suuri liikevaihto on saavutettu näiden tavaroiden myynnissä.

21 Kantaja vetoaa siihen, että markkinatilanne on selkeä ja että jokaisen valmistajan edun mukaista on yksilöidä muotojen ja värien käytöllä tuotteensa suhteessa toisten valmistajien tuotteisiin ja esittää tuotteensa tässä muodossaan myös tuotepakkauksissa. Tämän perusteella ei kantajan mukaan voida väittää, että erityinen muoto- ja väriyhdistelmä sinänsä olisi kykenemätön toimimaan kyseisten tavaroiden alkuperän ilmauksena. Kantajan mukaan se, missä laajuu-

dessa tällaiselle tavaramerkille annetaan suojaa, on tutkittava erikseen. Se, että jossain erityistapauksessa suojaa annetaan vain hyvin rajoitetusti, ei kantajan mukaan ole peruste sille, että tiettyä muoto- ja väriyhdistelmää pidettäisiin jo lähtökohtaisesti erottamiskyvyttömänä.

22 Kantaja vetoaa pyykin- ja astianpesuainetabletteja koskeviin kansallisiin ja kansainvälisiin rekisteröintihakemuksiin, joista osa on hyväksytty ja joista kantajalla on paljon esimerkkejä. Näistä tiedoista ilmenee kantajan mukaan, että kaikki tunnetut pyykin- ja astianpesuaineiden merkkituotevalmistajat ovat aina katsoneet, että tablettien muoto ja värit ovat valmistajaan viittaavia erottamiskykyisiä elementtejä, ja että useat tavaramerkkivirastot ovat pitäneet tabletteja rekisteröimiskelpoisina. Kantaja mainitsee erään päätöksen, jossa italialainen tuomioistuin katsoi päteväksi sellaisen tavaramerkin, joka kantajan mukaan vastaa kantajan merkkiä.

23 Kantajan mukaan tavaramerkin erottamiskykyä arvioitaessa merkityksellisenä ajankohtana on rekisteröintihakemuksen jättämisajankohta, joten sitä, että kilpailijat ovat tämän ajankohdan jälkeen käyttäneet vastaavia muotoja ja värejä, ei voida käyttää perusteena sille päätelmälle, että haettu tavaramerkki ei ole erottamiskykyinen. Kantaja esittää kuitenkin, että tällä seikalla ei ole ratkaisevaa merkitystä tässä asiassa, koska kantaja on ainoa valmistaja, joka valmistaa pyykin- ja astianpesuainetabletteja, joissa on punainen ja valkoinen kerros.

24 Lopuksi kantaja väittää, että haettu tavaramerkki on tullut asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 3 kohdassa tarkoitetulla tavalla käyttönsä johdosta erottamiskykyiseksi Persil Color -nimisen tuotteen osalta ja että tämä perustuu erityisesti omaperäiseen värien käyttöön (punainen ja valkoinen).

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

26 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.

27 Virasto korostaa, että 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. Valituslautakunnan riidanalaisessa päätöksessään käyttämät ilmaukset, jotka voidaan ymmärtää niin, että kolmiulotteisiin tavaramerkkeihin olisi sovellettava tiukempia kriteerejä (riidanalaisen päätöksen 23 ja 24 kohta), voivat aiheuttaa sekaannusta, mutta tällä seikalla ei ole ratkaisevaa merkitystä riidanalaisen päätöksen osalta. Virasto esittää kuitenkin, että tavaran muoto ei ilmaise tavaran alkuperää samalla tavoin kuin sanat tai kuviot, jotka on esitetty tuotteessa tai sen pakkauksessa.

28 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.

29 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.

30 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.

31 Toiseksi virasto tarkastelee kyseistä tavaramerkkiä.

32 Viraston mukaan kyseisen tavaramerkin muoto eli kiekko ei ole epätavallinen vaan täysin tavanomainen ja yleinen markkinoilla.

33 Värien osalta virasto esittää, että punaisen kerroksen lisääminen ei tee kyseisestä merkistä erottamiskykyistä. Viraston mukaan väriyhdistelmänä ei ole pidettävä sitä, että pyykin- tai astianpesuaineiden perusväriin (valkoinen tai harmaa) on lisätty yhtä ainoaa väriä.

34 Viraston mukaan vaadittu väri on yksi perusväreistä. Kaikissa markkinoilla olevissa kaksikerroksisissa tableteissa on kerros, joka on väriltään jonkin perusvärin värinen (punainen, vihreä tai sininen). Jos viraston olisi pidettävä tällaisia tavanomaisia värejä erottamiskykyisinä, viraston käsiteltävänä olevat rekisteröintihakemukset, jotka koskevat punaisia, sinisiä tai vihreitä pesuainetabletteja, kattaisivat käytännössä lähes kaikki tavalliset värit ja johtaisivat tavaran muodon monopolisointiin.

35 Viraston mukaan sillä, että tabletin eri kerroksissa tai osissa käytetään eri värejä, 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. Lisäksi viraston mukaan tablettien käyttötavasta ilmenee, että kuluttaja ei katso tablettien värin viittaavan tavaroiden alkuperään.

36 Sillä, että kantaja on ainoa yritys, joka valmistaa punavalkoisia tabletteja, ei viraston mukaan ole merkitystä. Niitä seikkoja, jotka liittyvät tavaramerkin käyttämiseen, on arvioitava tutkittaessa, onko asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 3 kohta sovellettavissa, ja viraston mukaan kantaja on vedonnut tähän säännökseen ensimmäistä kertaa vasta kannekirjelmässään eli liian myöhään.

37 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.

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

39 Viraston mukaan tavaramerkin erottamiskykyä arvioitaessa ratkaisevana ajankohtana on rekisteröintiajankohta. Viraston mukaan kantajan kilpailijat olivat laskeneet liikkeelle kiekon muotoisia pesuainetabletteja jo ennen nyt kyseessä olevan rekisteröintihakemuksen jättämistä.

Yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

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

41 Nyt käsiteltävänä olevassa asiassa rekisteröintihakemuksessa tarkoitettu tavaramerkki koostuu pyykin- tai astianpesuainetabletin muodosta ja siinä käytetyistä väreistä eli tavaran itsensä ulkoasusta.

42 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.

43 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).

44 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.

45 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.

46 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.

47 Siitä, millä tavoin tavaramerkki ymmärretään tavaroiden kohderyhmässä, valituslautakunta on perustellusti todennut, että tavarat, joita varten nyt kyseessä oleva tavaramerkki on haluttu rekisteröidä, eli tabletin muotoiset pyykin- ja astianpesutuotteet 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).

48 Siihen, millä tavoin tavaramerkki ymmärretään kohderyhmässä, vaikuttaa ensinnäkin 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 valituslautakunta on todennut perustellusti, että kuluttajille suunnattujen päivittäistavaroiden osalta keskivertokuluttajan tarkkaavaisuusaste ei ole korkea, kun kyse on pyykin- tai astianpesuainetablettien muodosta tai väreistä.

49 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.

50 Kolmiulotteinen muoto, jolle rekisteröintiä on haettu, eli pyöreä tabletti on yksi geometrisistä perusmuodoista ja yksi pyykin- tai astianpesuaineiden ilmeisistä muodoista.

51 Siitä, että tabletissa on kaksi kerrosta eli valkoinen ja punainen kerros, on todettava, että 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. 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 kuitenkin — jos siitä on saatu riittävä selvitys — ottaa huomioon ainoastaan tarkasteltaessa asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 3 kohdan soveltamisedellytysten täyttymistä.

52 Se, että nyt esillä olevassa tapauksessa värillisiä rakeita ei ole säännöllisesti koko tabletin alueella vaan ainoastaan tabletin yläosassa, ei ole riittävä peruste sille, että tabletin ulkomuodon katsottaisiin viittaavan tavaran alkuperään. Kun eri aineita yhdistetään valmistettaessa pyykin- tai astianpesuainetabletteja, kerroksen lisääminen tablettiin on yksi kaikkein ilmeisimmistä ratkaisuista.

53 Tältä osin merkitystä ei ole sillä, että kantaja on ainoa yritys, joka käyttää punaista väriä kaksikerroksisissa tableteissa. 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.

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

55 On syytä lisätä, että näitä piirteitä voidaan yhdistellä eri tavoin muuttamalla geometrisiä 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.

56 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.

57 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.

58 Niiden kantajan esittämien perustelujen osalta, jotka koskevat kansallisten tavaramerkkivirastojen käytäntöä ja sitä, että italialainen tuomioistuin on päätöksessään pitänyt vastaavaa merkkiä erottamiskykyisenä, 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). Samat näkökohdat pätevät myös jäsenvaltioiden tuomioistuinten oikeuskäytäntöön. Lisäksi niistä vastauksista, jotka virasto on antanut ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kysymyksiin, ilmenee, että pyykin- ja astianpesuainetableteista muodostuvia tavaramerkkejä koskeva kansallisten tavaramerkkivirastojen käytäntö ei ole yhtenäinen. Tämän vuoksi valituslautakuntaa ei voida arvostella siitä, ettei se ole ottanut huomioon näiden virastojen käytäntöä ja kansallista oikeuskäytäntöä.

59 Näin ollen valituslautakunta on perustellusti katsonut, että rekisteröintihakemuksessa tarkoitetulta kolmiulotteiselta tavaramerkiltä puuttuu erottamiskyky.

60 Tähän päätelmään ei vaikuta se, että arvioitaessa itse tavaran muotoa esittävän kolmiulotteisen tavaramerkin erottamiskykyä ei sovelleta tiukempia arviointiperusteita kuin niitä, joita sovelletaan muuntyyppisten tavaramerkkien osalta.

61 Ne näkökohdat, joiden perusteella valituslautakunta on todennut, että kyseiseltä tavaramerkiltä puuttuu erottamiskyky, ovat nimittäin sellaisia, että tähän samaan päätelmään päädyttäisiin, vaikka erottamiskykyä arvioitaisiin kaikkiin tavaramerkkeihin — olivatpa ne sanamerkkejä, kuviomerkkejä tai kolmiulotteisia merkkejä — sovellettavien arviointiperusteiden mukaisesti.

62 Kantaja väittää edelleen, että kyseinen tavaramerkki on erottamiskykyinen käyttönsä vuoksi, vetoamatta kuitenkaan nimenomaisesti asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 3 kohdan virheellistä soveltamista koskevaan kanneperusteeseen. Koska tällaiseen perusteeseen ei ole vedottu valituslautakunnassa, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei voi tutkia tätä väitettä (ks. asia T-163/98, Procter & Gamble v. SMHV, BABY-DRY, tuomio 8.7.1999, Kok. 1999, s. II-2383, 48—51 kohta).

Kanneperuste, joka koskee "harkintavallan väärinkäyttöä" ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen loukkaamista

Asianosaisten väitteet ja niiden perustelut

63 "Harkintavallan väärinkäyttöä" koskevan kanneperusteensa tueksi kantaja esittää, että virasto on hyväksynyt sen, että tietyt kantajan hakemusta vastaavat yhteisön tavaramerkkejä koskevat hakemukset, joissa rekisteröintiä on pyydetty saman tai lähialan tavaroille, julkaistaan. Kantaja on vedonnut erityisesti Benc-

kiser N.V:n hakemukseen nro 809 830. Kantaja katsoo, että valituslautakunta on näin ollen loukannut yhdenvertaisen kohtelun periaatetta.

64 Kantaja esittää lisäksi, että riidanalainen päätös on ristiriidassa sen ylemmänasteisen päämäärän kanssa, joka on vahvistettu yhteisön oikeudessa yleensä ja yhteisön tavaramerkistä annetussa asetuksessa erityisesti ja jonka mukaan tavaramerkkioikeutta koskevat oikeussäännöt on yhdenmukaistettava yhteisön tasolla. Kantajan mukaan tämä yhdenmukaistamistavoite voidaan todellisuudessa saavuttaa vain, jos tavaramerkkioikeutta tulkitaan yhdenmukaisesti.

65 Virasto esittää, että kantajan mainitsema tavaramerkkihakemus ei ole johtanut rekisteröintiin. Lisäksi, vaikka virasto olisikin rekisteröinyt tämän tavaramerkin, tällainen päätös olisi virheellinen eikä kantaja voisi tukeutua siihen pyytääkseen sellaisen päätöksen tekemistä, jossa toistettaisiin sama virhe.

Yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

66 On muistutettava, että harkintavallan väärinkäytöllä on yhteisön oikeudessa täsmällinen merkitys ja että sillä tarkoitetaan sitä tilannetta, jossa hallintoviranomainen käyttää valtuuksiaan muuhun tarkoitukseen kuin siihen, jota varten ne on sille annettu. Tältä osin vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan päätös voidaan kumota harkintavallan väärinkäytön perusteella vain silloin, kun objektiivisten, asiaan vaikuttavien ja yhtäpitävien seikkojen perusteella on selvää, että päätös on tehty yksinomaan tai ainakin olennaisilta osin muussa kuin esitetyssä tarkoituksessa (ks. erityisesti yhdistetyt asiat T-551/93, T-231/94, T-232/94, T-233/94 ja T-234/94, Industrias Pesqueras Campos ym. v. komissio, tuomio 24.4.1996, Kok. 1996, s. II-247, 168 kohta). Kantaja ei ole esittänyt

mitään, minkä perusteella voitaisiin päätellä, että riidanalaisella päätöksellä pyrittiin johonkin muuhun kuin sen tutkimiseen, täyttääkö hakemuksessa tarkoitettu tavaramerkki asetuksessa N:o 40/94 asetetut rekisteröintiedellytykset.

67 Siltä osin kuin nyt käsiteltävänä oleva kanneperuste koskee yhdenvertaisen kohtelun periaatteen loukkaamista, niistä vastauksista, jotka virasto on antanut ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kysymyksiin, ilmenee, että tutkija on hylännyt rekisteröintihakemuksen, jonka julkaisemiseen kantaja on vedonnut, nyt käsiteltävänä olevan kanteen nostamisen jälkeen ja että tutkijan päätös on parhaillaan valituslautakunnan tutkittavana. Näin ollen argumentti, joka koskee tämän hakemuksen julkaisemista, on joka tapauksessa menettänyt merkityksensä. Näin ollen tätä kanneperustetta ei voida hyväksyä.

68 Edellä esitetystä seuraa, että kanne on hylättävä kokonaisuudessaan.

Oikeudenkäyntikulut

69 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, 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