ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer)

24 november 2004 *

In zaak T-393/02,

Henkel KGaA, gevestigd te Düsseldorf (Duitsland), vertegenwoordigd door C. Osterrieth, advocaat, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM), vertegenwoordigd door U. Pfleghar en G. Schneider als gemachtigden,

verweerder,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de vierde kamer van beroep van het BHIM van 3 oktober 2002 (zaak R 313/2001-4) inzake de inschrijving van een driedimensionaal teken bestaande uit de vorm van een witte doorzichtige flacon,

* Procestaal: Duits.

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: H. Legal, kamerpresident, V. Tiilli en M. Vilaras, rechters, griffier: J. Plingers, administrateur,

gezien het op 27 december 2002 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 24 april 2003 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

na de terechtzitting op 10 juni 2004,

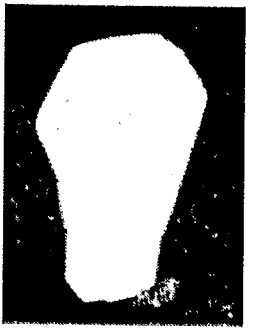
het navolgende

Arrest

De voorgeschiedenis van het geding

1 Op 5 mei 1999 heeft verzoekster krachtens verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), zoals gewijzigd, bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) een gemeenschapsmerkaanvraag ingediend.

2 Het merk waarvan inschrijving is aangevraagd, is het hieronder weergegeven driedimensionale teken:



3 In het aanvraagformulier wordt aanspraak gemaakt op de kleuren wit en doorzichtig.

4 De inschrijvingsaanvraag betreft waren van de klassen 3 en 20 in de zin van de overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, zoals herzien en gewijzigd. Zij zijn omschreven als volgt:

— klasse 3: „Zepen; bleekmiddelen en andere wasmiddelen; poets- en polijstmiddelen; aromatische reinigers; chemische middelen voor het reinigen van porselein, steen, hout, glas, metalen en plastics";

— klasse 20: „Houders van plastic voor vloeibare, geleiachtige en pasteuze middelen".

5 Bij brief van 28 september 2000 heeft de onderzoeker aan verzoekster laten weten dat haar merk elk onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 mist, en bijgevolg overeenkomstig deze bepaling niet kon worden ingeschreven. De onderzoeker heeft vastgesteld dat een flesje dat op zijn dop wordt geplaatst, niet ongebruikelijk is voor cosmetische middelen.

6 Bij brief van 9 oktober 2000 heeft verzoekster betwist dat haar merk onderscheidend vermogen mist. Volgens haar verlenen de betrokken vorm en kleuren samen onderscheidend vermogen aan het teken.

7 Bij beslissing van 23 maart 2001 heeft de onderzoeker de aanvraag afgewezen op grond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

8 Op 28 maart 2001 heeft verzoekster krachtens artikel 59 van verordening nr. 40/94 bij het BHIM beroep ingesteld tegen de beslissing van de onderzoeker.

9 Bij beslissing van 3 oktober 2002 (hierna: „bestreden beslissing") heeft de vierde kamer van beroep van het BHIM het beroep verworpen. Zij heeft niet aanvaard dat het aangevraagde merk intrinsiek onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 heeft. De kamer van beroep heeft, zakelijk weergegeven, geoordeeld dat het aangevraagde merk bestaat uit een vorm en een kleur die gangbaar zijn voor recipiënten van reinigingsmiddelen, en dat de combinatie ervan onderscheidend vermogen mist. Volgens de kamer van beroep heeft geen enkel kenmerk van het aangevraagde teken intrinsiek onderscheidend vermogen en is het bijgevolg onwaarschijnlijk dat de gemiddelde consument, die weinig aandacht besteedt aan de vorm en de kleur van recipiënten van wasmiddelen, deze kenmerken waarneemt als een aanduiding van de commerciële herkomst.

De conclusies van partijen

10 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beslissing te vernietigen;

— het BHIM te verwijzen in de kosten.

11 Het BHIM concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

12 Verzoekster voert in wezen een enkel middel aan, te weten schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

Argumenten van partijen

13 Verzoekster komt op tegen het oordeel van de kamer van beroep, die heeft geconcludeerd dat het aangevraagde merk elk onderscheidend vermogen mist. Een merk heeft in concreto onderscheidend vermogen wanneer het publiek het kan waarnemen als een middel om de waren of diensten van een onderneming te onderscheiden van die van andere ondernemingen. Het onderscheidend vermogen moet worden vastgesteld met betrekking tot de in de aanvraag bedoelde waren en diensten [zie in die zin arrest Gerecht van 8 juli 1999, Procter & Gamble/BHIM (BABY-DRY), T-163/98, Jurispr. blz. II-2383, punt 21].

14 Wat de in vloeibare vorm aan de consument aangeboden waren betreft, beschikken de producenten volgens verzoekster over veel speelruimte bij het ontwerpen van de verpakkingen, in casu een flesvormige recipiënt. Het publiek is zich daarvan bewust en weet bovendien dat de producenten de verpakking ontwerpen en gebruiken ter aanduiding van de herkomst van de betrokken waar. Verzoekster noemt als voorbeeld het volgens haar wereldbekende Coca-Cola-flesje ten bewijze dat de vorm van de fles met name de herkomst van de waar kan aanduiden.

15 Wat de betrokken vorm betreft, stelt verzoekster aan de hand van door haar overgelegde voorbeelden dat de recipiënt een groot aantal kenmerken vertoont waardoor hij duidelijk verschilt van andere recipiënten die voor soortgelijke waren worden gebruikt. Verzoekster beschrijft het merk waarvan zij inschrijving heeft aangevraagd, als een erg plat flesje waarvan de vorm, in vooraanzicht, doet denken aan de geometrische basisvorm van een vlieger – dat wil zeggen een basisvorm bestaande uit twee driehoeken van verschillende grootte die met elkaar zijn verbonden door een gemeenschappelijke basisstructuur — waarvan de bovenste en de onderste top echter afgevlakt zijn. Volgens verzoekster is de bovenste driehoek – zonder de afvlakking — bijna gelijkzijdig, terwijl de onderste driehoek gelijkbenig is. Het flesje heeft een dop.

16 Volgens de door verzoekster gegeven beschrijving bestaat de dop, die van „ondoorzichtig plastic" is gemaakt, in essentie uit een zesvlakkig lichaam waarvan de voorste ribben ongeveer tweemaal zo lang zijn als de zijribben. De dop, waarvan de hoogte ongeveer 20 % van de totale hoogte van het flesje bedraagt, heeft aan de voor- en achterkant een uitstekend V-vormig profiel dat een lijn vormt met de contour van de zijribben van het flesje zelf. De dunne recipiënt bevindt zich boven de dop, en is gemaakt van doorzichtig, melkwit plastic. Het flesje zelf is bovenaan afgevlakt tot een rechthoekig oppervlak en de voor- en zijkanten zijn lichtjes bolvormig. Het flesje zelf is maximaal ongeveer even dik als de zijribben van de dop lang zijn.

17 Verzoekster benadrukt bovendien dat de betrokken recipiënt bewust contrasteert met de klassieke vormen van dit soort recipiënten. Volgens verzoekster wordt de recipiënt gekenmerkt door een groot aantal hoeken, ribben en oppervlakken, waardoor hij op een kristal lijkt, wat nog wordt versterkt door de melkwitte kleur ervan. Aan de recipiënt is opzettelijk een scherpe en agressieve vorm gegeven, waarbij verzoekster benadrukt dat het gaat om een navulling voor een WC-reiniger in een specifiek daarvoor bedoeld bakje. Verzoekster verklaart dat, anders dan bij andere recipiënten, de dop hier deel uitmaakt van het totaalbeeld, waardoor de indruk ontstaat dat de verpakking uit één stuk bestaat. Ten slotte stelt verzoekster vast dat de recipiënt zich van de bekende vormen onderscheidt doordat hij erg plat is.

18 Verzoekster herinnert eraan dat haar merk als internationaal merk is ingeschreven krachtens het protocol bij de Schikking van Madrid betreffende de internationale inschrijving van merken, ondertekend te Madrid op 27 juni 1989. Elf lidstaten van de Europese Gemeenschap, namelijk het Koninkrijk België, het Koninkrijk Denemarken, de Bondsrepubliek Duitsland, het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek, de Italiaanse Republiek, het Groothertogdom Luxemburg, het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Oostenrijk, de Portugese Republiek en de Republiek Finland, hebben geen bezwaar gemaakt tegen de inschrijving. Het Koninkrijk Denemarken had eerst wel een weigeringsgrond aangevoerd, maar het Deense Merkenbureau heeft uiteindelijk met de inschrijving van het merk ingestemd op grond dat het de

praktijk van het BHIM volgt wat de driedimensionale merken betreft. Verzoekster voegt daaraan toe dat het betrokken merk in Zwitserland als nationaal merk is ingeschreven.

19 Het BHIM betoogt dat de kamer van beroep op goede gronden heeft geoordeeld dat het betrokken driedimensionale teken elk onderscheidend vermogen mist.

20 Om een merk te kunnen vormen moet de verpakking geschikt zijn om bij de consument de herkomst van de waar op te roepen en aldus het aankoopgedrag van de consument te beïnvloeden, aangezien alleen in deze hypothese de verpakking de herkomst van de waar kan waarborgen, dat wil zeggen dat alle van dat merk voorziene waren of diensten zijn vervaardigd of verricht onder controle van een en dezelfde onderneming (arrest Hof van 29 september 1998, Canon, C-39/97, Jurispr. blz. I-5507, punt 28).

21 Het BHIM voert met name aan dat de consument de verpakking van waren die niet onverpakt kunnen worden verkocht, alleen maar waarneemt als een verpakking die de waar beschermt. Bij massaconsumptiegoederen, zoals de waar in casu, associeert de consument de vorm of de verpakking van de waar niet met de commerciële herkomst ervan. De consument percipieert de verpakking zelf van de waar slechts dan als een aanduiding van de herkomst ervan, wanneer het uiterlijk van de verpakking zijn aandacht trekt, bijvoorbeeld wanneer de verpakking zich duidelijk onderscheidt van de voor de betrokken waren gebruikte verpakkingen. Het BHIM verwijst naar het arrest van het Gerecht van 7 februari 2002, Mag Instrument/BHIM (Vorm van zaklampen) (T-88/00, Jurispr. blz. II-467, punt 37), waarin is geoordeeld dat wanneer de betrokken consument het gewoon is gelijksoortige vormen met een grote verscheidenheid in het design te zien, dergelijke vormen veeleer als varianten van een van de gebruikelijke vormen dan een aanduiding van de commerciële herkomst van de waren overkomen.

22 Bijgevolg dient volgens het BHIM te worden uitgemaakt welke indruk de verpakking bij de doelconsument doet ontstaan. Daarbij moet worden uitgegaan van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument (arrest Hof van 16 juli 1998, Gut Springenheide en Tusky, C-210/96, Jurispr. blz. I-4657, punt 31).

23 Voorts stelt het BHIM dat de kamer van beroep correct heeft beoordeeld op welke wijze het relevante publiek het teken waarneemt. Hoewel het design van de betrokken recipiënt inderdaad bepaalde specifieke kenmerken, qua vorm en de kleuren, vertoont, waardoor deze recipiënt zich onderscheidt van die welke op de markt gewoonlijk voor dergelijke waren worden gebruikt, volstaat dit in se niet om de betrokken recipiënt onderscheidend vermogen te verlenen, wat veronderstelt dat de consument deze als een aanduiding van de herkomst van de waar kan opvatten.

24 Wat de specificiteit van de kleuren betreft, voert het BHIM aan dat de algemene ervaring leert dat in de betrokken sector redelijk frequent wordt gekozen voor een witte dop of voor een doorzichtige flacon. De gekozen kleuren kunnen dus niet als ongebruikelijk worden beschouwd. Volgens het BHIM vormt de keuze voor een doorzichtige flacon geen kleurenkeuze sensu proprio. De recipiënt belandt immers op de achtergrond wanneer de consument onmiddellijk de inhoud van de recipiënt waarneemt, alsmede de kleur van deze inhoud.

25 Met betrekking tot verzoeksters argument dat de vorm van de betrokken recipiënt zich duidelijk onderscheidt van de vorm van andere WC-reinigers, benadrukt het BHIM dat verzoekster haar aanvraag heeft ingediend voor verschillende waren van klassen 3 en 20, waarbij de lijst zeer uitgebreid is en ook recipiënten voor tandpasta, cosmetische middelen – zoals douchegel — of afwasmiddelen omvat, waarvoor de betrokken vorm gangbaar is. Het BHIM stelt dat, hoewel verzoekster voornemens is de aangevraagde vorm uitsluitend voor WC-reinigers te gebruiken, het ertoe gehouden is, het onderscheidend vermogen van de aangevraagde vorm te

beoordelen met betrekking tot alle waren die in de gemeenschapsmerkaanvraag zijn opgegeven.

26 Het BHIM erkent dat sommige op de markt aangeboden recipiënten een andere vorm hebben dan het teken waarvan inschrijving is aangevraagd. Dat betekent echter niet dat het betrokken teken intrinsiek onderscheidend vermogen heeft. Volgens het BHIM moet de gekozen vorm specifieke kenmerken vertonen die de aandacht van de consument kunnen trekken, wat impliceert dat deze vorm duidelijk moet verschillen van de gebruikelijke vormen. Overigens vormt het feit dat een recipiënt voor was- en reinigingsmiddelen rechtop kan staan, geen specifiek kenmerk dat de aandacht van de consument kan trekken; deze aanbiedingsvorm is integendeel alom verspreid, bijvoorbeeld voor tandpastatubes. Het BHIM stelt dat de consument uit het soort verpakking dat voor was- en reinigingsmiddelen is gekozen, in casu niet kan afleiden dat deze verpakking een aanduiding van de commerciële herkomst van de waren vormt. Zelfs de combinatie van de bestanddelen van de recipiënt kan de consument er niet toe brengen de vorm waarvan inschrijving is aangevraagd, op een andere manier waar te nemen dan als een verpakking; kortom, de consument zal de commerciële herkomst van de waren niet waarnemen.

27 Het BHIM komt aldus tot de conclusie dat het aangevraagde merk in geen enkel opzicht het voor inschrijving vereiste minimum aan onderscheidend vermogen heeft.

28 Wat de eerdere nationale inschrijvingen betreft, erkent het BHIM overigens dat het wenselijk is dat de praktijk van de lidstaten op die van het BHIM wordt afgestemd, maar dat de nationale overheden rechtens niet gebonden zijn door de beslissingen van het BHIM en vice versa. De reeds in lidstaten verrichte inschrijvingen vormen dus slechts een factor die een rol kan spelen bij de inschrijving van een gemeenschapsmerk, zonder evenwel beslissend te zijn [arrest Gerecht van 31 januari 2001, Mitsubishi HiTec Paper Bielefield/BHIM (Giroform), T-331/99, Jurispr. blz. II-433, punt 26].

Beoordeling door het Gerecht

29 Volgens artikel 4 van verordening nr. 40/94 kan de vorm of de verpakking van een waar een gemeenschapsmerk vormen, mits zij de waren van een onderneming kan onderscheiden van die van andere ondernemingen. Bovendien wordt volgens artikel 7, lid 1, sub b, van deze verordening inschrijving geweigerd van „merken die elk onderscheidend vermogen missen".

30 In de eerste plaats zij eraan herinnerd dat volgens de rechtspraak artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 inzonderheid gericht is tegen merken die uit het oogpunt van het relevante publiek gewoonlijk in de handel worden gebruikt voor de voorstelling van de betrokken waren of diensten, of waarvoor er op zijn minst concrete aanwijzingen bestaan waaruit kan worden opgemaakt dat de merken op deze wijze kunnen worden gebruikt [arresten Gerecht van 20 november 2002, Bosch/BHIM (Kit Pro en Kit Super Pro), T-79/01 en T-86/01, Jurispr. blz. II-4881, punt 19, en 3 december 2003, Nestlé Waters France/BHIM (Vorm van fles), T-305/02, Jurispr. blz. II-5207, punt 28]. Bovendien zijn de onder deze bepaling vallende merken ongeschikt voor het vervullen van de wezenlijke functie van het merk, te weten de herkomst van de waar of dienst aan te geven, zodat de consument die de door dit merk aangeduide waar heeft verkregen of aan wie de door dit merk aangeduide dienst is verleend, bij een latere aankoop of opdracht, indien de ervaring positief was, die keuze kan herhalen of, in geval van een negatieve ervaring, een andere keuze kan maken [arrest Gerecht van 27 februari 2002, Rewe-Zentral/BHIM (LITE), T-79/00, Jurispr. blz. II-705, punt 26; arrest Kit Pro en Kit Super Pro, reeds aangehaald, punt 19; arrest Gerecht van 30 april 2003, Axions en Belce/BHIM (Vorm van bruine sigaar en vorm van goudstaaf), T-324/01 en T-110/02, Jurispr. blz. II-1897, en arrest Vorm van fles, reeds aangehaald, punt 28].

31 Hoe meer de vorm van een driedimensionaal merk waarvan inschrijving is aangevraagd, overeenstemt met de meest waarschijnlijke vorm van de betrokken waar, hoe groter de kans dat deze vorm onderscheidend vermogen mist in de zin van

artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94. Een merk dat op significante wijze afwijkt van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is, en daarvoor zijn wezenlijke functie van herkomstaanduiding vervult, heeft daarentegen wel onderscheidend vermogen (arresten Hof van 12 februari 2004, Henkel, C-218/01, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 49, en 29 april 2004, Henkel/BHIM, C-456/01 P en C-457/01 P, Jurispr. blz. I-5089, punt 39).

32 Het onderscheidend vermogen van een merk kan slechts worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor inschrijving is aangevraagd, en uitgaande van de perceptie van het relevante publiek (arresten LITE, reeds aangehaald, punt 27, en Kit Pro en Kit Super Pro, reeds aangehaald, punt 20).

33 Opgemerkt zij dat de in de merkaanvraag opgegeven waren gangbare consumptiegoederen zijn die voor alle consumenten bestemd zijn. Bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk moet dus worden uitgegaan van de vermoedelijke verwachting van de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument (arrest Hof van 22 juni 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Jurispr. blz. I-3819, punt 26).

34 Voorts hangt de wijze waarop het relevante publiek de merken waarneemt, af van diens aandachtsniveau, dat kan variëren naar gelang van de soort waren of diensten waarom het gaat (zie, mutatis mutandis, arrest Lloyd Schuhfabrik Meyer, reeds aangehaald, punt 26). Het is algemeen bekend dat de ondernemers die actief zijn op de markt van was- en reinigingsmiddelen, die wordt gekenmerkt door een sterke mededinging, allen worden geconfronteerd met de technische noodzaak van verpakking om de waren te kunnen verkopen, en met de noodzaak van etikettering van de waren. Deze omstandigheden vormen voor de ondernemers een sterke impuls om hun waren identificeerbaar te maken ten opzichte van die van de

concurrenten, inzonderheid wat het uiterlijk en het design van de verpakking ervan betreft. De gemiddelde consument is dus kennelijk zeer goed in staat, de vorm van de verpakking van de betrokken waren als een aanduiding van de commerciële herkomst ervan waar te nemen, mits deze vorm voldoende kenmerkend is om zijn aandacht te trekken (zie in die zin arrest Vorm van fles, reeds aangehaald, punt 34).

35 Bovendien maakt artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 geen onderscheid tussen de verschillende categorieën merken. Derhalve gelden bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken bestaande uit de vorm van de waar zelf of uit de vorm van de verpakking van deze waren, geen strengere criteria dan voor andere categorieën merken (zie in die zin arrest Vorm van fles, reeds aangehaald, punt 35).

36 In de bestreden beslissing heeft de kamer van beroep geconcludeerd dat het aangevraagde merk elk onderscheidend vermogen mist, op grond dat „het betrokken teken in wezen bestaat uit een recipiënt waarvan de vorm veel weg heeft van een op zijn top staande peer – aangezien het ene uiteinde breder is en het andere smaller wordt — met tamelijk platte zijkanten". Zij heeft verder vastgesteld dat „geen van die kenmerken, op zichzelf dan wel in hun onderlinge samenhang, onderscheidend vermogen heeft", dat „derhalve niet kan worden aangenomen dat de betrokken vorm intrinsiek onderscheidend vermogen heeft", dat „noch de platte kanten, noch het platte onderste deel en het platte bovenste deel in wezen iets veranderen aan de totaalindruk die de vorm nalaat" en dat „het onwaarschijnlijk is dat de betrokken consument aan deze kenmerken aandacht besteedt en ze waarneemt als een aanduiding van een bepaalde commerciële herkomst". De kamer van beroep heeft vastgesteld dat de kleurencombinatie waarop voor de betrokken vorm aanspraak wordt gemaakt, het onderscheidend vermogen evenmin vergroot. De kamer van beroep heeft bijgevolg geoordeeld dat „de combinatie van deze kleur- en driedimensionale kenmerken zonder onderscheidend vermogen geen teken kan vormen dat een minimaal onderscheidend vermogen heeft".

37 Er zij aan herinnerd dat, om te beoordelen of het publiek de vorm van de betrokken flacon als een aanduiding van de herkomst van de waar kan opvatten, de door het uiterlijk van deze flacon opgeroepen totaalindruk dient te worden onderzocht (zie in die zin arrest Hof van 11 november 1997, SABEL, C-251/95, Jurispr. blz. I-6191, punt 23; arrest Vorm van fles, reeds aangehaald, punt 39).

38 In casu bestaat het aangevraagde merk uit de vorm van een witte doorzichtige flacon. Deze recipiënt van plastic bestaat uit een doorzichtig flesje met een witte dop. De voor- en achterkant van de dop hebben een uitstekend V-vormig profiel dat een lijn vormt met de contour van de zijribben van het doorzichtige flesje. De recipiënt wordt rechtstaand op zijn dop voorgesteld.

39 Wat de beoordeling van de verschillende bestanddelen betreft, zij eraan herinnerd dat een teken bestaande uit een combinatie van elementen die op zich geen onderscheidend vermogen hebben, toch onderscheidend vermogen kan hebben, indien concrete aanwijzingen, met name de wijze waarop de verschillende bestanddelen zijn gecombineerd, erop duiden dat het méér weergeeft dan alleen de som van de bestanddelen ervan (zie in die zin arresten Kit Pro en Kit Super Pro, reeds aangehaald, punt 29, en Vorm van fles, reeds aangehaald, punt 40).

40 Wat inzonderheid de betrokken vorm betreft, blijkt uit het onderzoek van alle door partijen overgelegde stukken dat de combinatie van de bestanddelen werkelijk specifiek is en niet als alledaags voor alle betrokken waren kan worden aangemerkt. De recipiënt waarvan inschrijving is aangevraagd, vertoont immers een aantal specifieke kenmerken die hem onderscheiden van de op de markt gewoonlijk gebruikte recipiënten voor was- en reinigingsmiddelen. In dat verband zij vastgesteld, zoals verzoekster aanvoert, dat de betrokken recipiënt erg hoekig is en door de hoeken, ribben en oppervlakken op een kristal lijkt. Bovendien ontstaat de indruk dat de recipiënt uit een stuk bestaat, aangezien de dop deel uitmaakt van het totaalbeeld. Ten slotte is de recipiënt erg plat. Deze combinatie verleent de

flacon dus een bijzonder en ongebruikelijk uiterlijk dat de aandacht van het betrokken publiek trekt en dit publiek, ontvankelijk geworden voor de verpakking van de betrokken waren, in staat stelt, de in de inschrijvingsaanvraag opgegeven waren te onderscheiden van waren met een andere commerciële herkomst [zie in die zin arrest Gerecht van 6 maart 2003, DaimlerChrysler/BHIM (Grille van voertuig), T-128/01, Jurispr. blz. II-701, punten 46 en 48, en arrest Vorm van fles, reeds aangehaald, punt 41].

41 Gelet op de voor vergelijkbare waren gebruikte recipiënten en inzonderheid op de door verzoekster overgelegde voorbeelden, zij bovendien vastgesteld dat het witte doorzichtige uiterlijk van de flacon niet afdoet aan het onderscheidend vermogen van het teken waarvan inschrijving is aangevraagd.

42 Per slot van rekening is een minimaal onderscheidend vermogen voldoende om de in artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 bedoelde weigeringsgrond uit te sluiten [zie arrest Gerecht van 27 februari 2002, Eurocool Logistik/BHIM (EUROCOOL), T-34/00, Jurispr. blz. II-683, punt 39, en in die zin arrest Grille van voertuig, reeds aangehaald, punt 49]. Aangezien het aangevraagde merk, zoals hierboven is aangegeven, bestaat uit een combinatie van bestanddelen met een kenmerkend uiterlijk die het onderscheidt van de op de markt voor de betrokken waren gangbare vormen, dient te worden aangenomen dat het, in zijn geheel beschouwd, het vereiste minimum aan onderscheidend vermogen heeft.

43 Voor het overige zij eraan herinnerd dat elf van de vijftien lidstaten die ten tijde van de indiening van de inschrijvingsaanvraag deel uitmaakten van de Europese Gemeenschap, geen bezwaar hebben gemaakt tegen de inschrijving van een identieke vorm als internationaal merk krachtens de Schikking van Madrid betreffende de internationale inschrijving van merken. In elf lidstaten, namelijk België, Denemarken, Duitsland, Spanje, Frankrijk, Italië, Luxemburg, Nederland,

Oostenrijk, Portugal en Finland, is dat merk dus op dezelfde manier beschermd als bij een rechtstreekse inschrijving door het nationale Merkenbureau van het betrokken land het geval zou zijn geweest.

44 In de bestreden beslissing heeft de kamer van beroep weliswaar terecht opgemerkt dat het BHIM in elk concreet geval autonoom moet oordelen.

45 Het communautaire merkensysteem is immers een autonoom systeem, dat uit een samenstel van eigen voorschriften bestaat en eigen doelstellingen nastreeft, en waarvan de toepassing losstaat van welk nationaal systeem ook [arrest Gerecht van 5 december 2000, Messe München/BHIM (electronica), T-32/00, Jurispr. blz. II-3829, punt 47]. De vraag of een teken als gemeenschapsmerk kan worden ingeschreven, dient derhalve alleen op basis van de relevante communautaire regeling te worden beantwoord. Het BHIM en, in voorkomend geval, de gemeenschapsrechter zijn dus niet gebonden door beslissingen van een lidstaat of zelfs van een derde land waarbij wordt geoordeeld dat ditzelfde teken als nationaal merk kan worden ingeschreven (arrest Vorm van zaklampen, reeds aangehaald, punt 41).

46 De reeds in lidstaten verrichte inschrijvingen kunnen niettemin een factor vormen die een rol kan spelen bij de inschrijving van een gemeenschapsmerk, zonder evenwel beslissend te zijn [arresten Gerecht van 16 februari 2000, Procter & Gamble/BHIM (Vorm van stuk zeep), T-122/99, Jurispr. blz. II-265, punt 61; 31 januari 2001, Sunrider/BHIM (VITALITE), T-24/00, Jurispr. blz. II-449, punt 33, en 19 september 2001, Henkel/BHIM (Wit en rood rond tablet), T-337/99, Jurispr. blz. II-2597, punt 58]. Zo kunnen deze inschrijvingen hulp bieden bij het onderzoek van een aanvraag tot inschrijving als een gemeenschapsmerk [arrest Gerecht van 26 november 2003, HERON Robotunits/BHIM (ROBOTUNITS), T-222/02, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 52].

47 Zoals het Gerecht in punt 40 hierboven heeft uiteengezet, is het aangevraagde driedimensionale merk ongebruikelijk en geschikt om de betrokken waren te onderscheiden van de waren met een andere commerciële herkomst. Deze overweging vindt steun in het feit dat verzoekster in elf lidstaten een driedimensionaal merk met dezelfde vorm als het aangevraagde merk heeft ingeschreven.

48 Uit het voorgaande volgt, zonder dat de overige argumenten van verzoekster behoeven te worden onderzocht, dat de kamer van beroep ten onrechte heeft geoordeeld dat het aangevraagde merk elk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

49 Mitsdien moet het middel gegrond worden verklaard en moet de bestreden beslissing worden vernietigd.

Kosten

50 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover dat is gevorderd.

51 Aangezien het BHIM in het ongelijk is gesteld, dient het overeenkomstig de vordering van verzoekster te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) **De beslissing van de vierde kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) van 3 oktober 2002 (zaak R 313/2001-4) wordt vernietigd.**

2) **Verweerder zal de kosten dragen.**

Legal Tiili Vilaras

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 24 november 2004.

De griffier

H. Jung

De president van de Vierde kamer

H. Legal