ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

19 september 2001 *

In zaak T-118/00,

Procter & Gamble Company, gevestigd te Cincinnati, Ohio (Verenigde Staten van Amerika), vertegenwoordigd door C. van Nispen en G. Kuipers, advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM), vertegenwoordigd door A. von Mühlendahl, D. Schennen en C. Røhl Søberg als gemachtigden,

verweerder,

* Procestaal: Engels.

betreffende een beroep tegen de beslissing van de eerste kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) van 3 maart 2000 (zaak R 516/1999-1) die op 7 maart 2000 aan verzoekster is betekend,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: A. W. H. Meij, kamerpresident, A. Potocki en J. Pirrung, rechters,

griffier: D. Christensen, administrateur,

gezien het op 3 mei 2000 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 28 juli 2000 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

na de mondelinge behandeling op 5 april 2001,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geschil

1 Op 13 oktober 1998 diende verzoekster bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (hierna: „Bureau") een aanvraag voor de inschrijving van een gemeenschapsmerk in krachtens verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), zoals gewijzigd.

2 Volgens de door verzoekster verstrekte grafische voorstelling heeft het driedimensionale merk waarvoor inschrijving wordt aangevraagd, de vorm van een vierkant tablet met enigszins afgeronde randen en hoeken en bestaande uit twee lagen waarvan de kleuren, wit met groene spikkels (bovenste deel) en lichtgroen (onderste deel), eveneens worden geclaimd.

3 De waren waarvoor de aanvraag werd ingediend, behoren tot klasse 3 als bedoeld in 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: „bleekmiddelen en andere wasmiddelen; reinigings-, polijst-, ontvettings- en schuurmiddelen; middelen voor het wassen, reinigen en verzorgen van de vaat; zepen".

4 Bij beslissing van 17 juni 1999 wees de onderzoeker de aanvraag af op grond van artikel 38 van verordening nr. 40/94. Zijns inziens miste het betrokken merk elk onderscheidend vermogen.

5 Op 13 augustus 1999 stelde verzoekster krachtens artikel 59 van verordening nr. 40/94 bij het Bureau beroep in tegen de beslissing van de onderzoeker.

6 Het beroep werd verworpen bij beslissing van 3 maart 2000 (hierna: „bestreden beslissing").

7 De kamer van beroep oordeelde, zakelijk weergegeven, dat het betrokken merk elk onderscheidend vermogen miste. Zij merkte in de eerste plaats op dat blijkens artikel 4 van verordening nr. 40/94 de vorm van een waar als gemeenschapsmerk kan worden ingeschreven op voorwaarde dat deze vorm zo ongebruikelijk en willekeurig is dat de betrokken consumenten de waar op basis van het voorkomen alleen kunnen herkennen als afkomstig van een bepaalde onderneming. Gelet op de voordelen van was- en afwasmiddelen in tabletvorm, moeten verzoeksters concurrenten de vrijheid hebben om deze eveneens te produceren en daarbij gebruik te maken van de eenvoudigste geometrische vormen. Na het betrokken merk te hebben beschreven, stelde de kamer van beroep vast dat de vierkante vorm dit tablet geen onderscheidend vermogen verleende. De geometrische basisvormen (vierkant, rond, drie- of rechthoekig) zijn voor dergelijke tabletten de meest voor de hand liggende vormen en de keuze van een vierkant tablet als vorm van vaste detergenten is willekeurig noch fantasievol. De gebruikte kleuren verlenen het aangevraagde merk geen onderscheidend vermogen, aangezien de kleur wit — die met absolute properheid wordt geassocieerd — voor zeep in poedervorm een traditionele kleur is en het gebruik van gekleurde spikkels gebruikelijk is. Dergelijke gekleurde spikkels zijn niet alleen aangenaam voor het oog, maar kunnen eveneens wijzen op de aanwezigheid van actieve

bestanddelen zodat de andere marktdeelnemers de vrijheid moeten hebben ze daartoe te gebruiken. Dit geldt ook voor de kleur groen, die een voor het oog aangename basiskleur is en door de associatie met milieubescherming een positieve connotatie heeft. De kamer van beroep voegde eraan toe dat beslissingen van nationale autoriteiten weliswaar door het Bureau in aanmerking mogen worden genomen, maar niet verbindend zijn.

Conclusies van partijen

8 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beslissing te vernietigen;

— het Bureau te verwijzen in de kosten.

9 Het Bureau concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

De ontvankelijkheid

Argumenten van partijen

10 Ter terechtzitting heeft verzoekster uiteengezet dat het onderhavige beroep alsmede de in de parallelle zaken T-117/00, T-119/00 tot en met T-121/00, T-128/00 en T-129/00 ingestelde beroepen hoofdzakelijk ertoe strekken opheldering te verkrijgen van de rechtssituatie inzake de mogelijke inschrijving van de aangevraagde merken. Zij is van mening dat deze merken geen bescherming op grond van verordening nr. 40/94 verdienen. Aangezien evenwel bepaalde op de markt aanwezige ondernemingen merkaanvragen hebben ingediend om een dergelijke bescherming te verkrijgen voor vormen die met de in casu en de in bovengenoemde parallelle zaken geclaimde vorm overeenstemmen, worden alle producenten volgens verzoekster gedwongen te proberen een gelijkwaardige bescherming voor hun eigen waren te verkrijgen.

11 Het Bureau is van oordeel dat verzoekster het Gerecht dus in wezen verzoekt haar beroep te verwerpen. Het Bureau werpt de vraag op, of verzoekster in die omstandigheden een procesbelang heeft.

Beoordeling door het Gerecht

12 Volgens vaste rechtspraak is een door een natuurlijke of rechtspersoon ingesteld beroep tot nietigverklaring slechts ontvankelijk indien de verzoeker belang heeft bij de nietigverklaring van de betrokken handeling. Een dergelijk belang

veronderstelt dat de nietigverklaring van die handeling op zichzelf rechtsgevolgen kan hebben (arrest Gerecht van 14 september 1995, Antillean Rice Mills e.a./ Commissie, T-480/93 en T-483/93, Jurispr. blz. II-2305, punt 59, en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Hetzelfde geldt voor een overeenkomstig artikel 63 van verordening nr. 40/94 ingesteld beroep.

13 In casu verzocht verzoekster om inschrijving van een driedimensionaal merk in tabletvorm, wees de onderzoeker deze aanvraag af en bevestigde de kamer van beroep deze afwijzing. De opvatting die verzoekster kan zijn toegedaan omtrent de wenselijkheid de voor het aangevraagde driedimensionale merk gekozen vorm via het merkenrecht te beschermen, doet niet af aan verzoeksters belang bij de nietigverklaring van de beslissing van die kamer waarin geen recht wordt gedaan aan haar vorderingen. Derhalve kan in casu niet worden ontkend dat verzoekster een procesbelang heeft.

Ten gronde

14 Verzoekster voert in wezen twee middelen aan. Het eerste betreft schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94. Het tweede betreft niet-nakoming van de motiveringsplicht. Aangezien deze twee middelen in casu nauw met elkaar verband houden, dienen zij gezamenlijk te worden onderzocht.

Argumenten van partijen

15 Verzoekster voert in de eerste plaats aan dat het aangevraagde merk, in zijn geheel beschouwd, ongebruikelijk en fantasievol is en het voor inschrijving vereiste minimale onderscheidend vermogen heeft.

16 Vervolgens maakt zij opmerkingen over de vorm, het dessin en de kleuren van het betrokken merk alsmede over het feit dat bij de beoordeling van de merkaanvraag het merk in zijn geheel moet worden beschouwd. Ten slotte houdt zij een betoog omtrent de noodzaak verordening nr. 40/94 op uniforme wijze toe te passen.

17 Met betrekking tot de vorm van het merk stelt verzoekster dat blijkens artikel 4 van verordening nr. 40/94 een merk uit de vorm van de waar mag bestaan.

18 Verzoekster bekritiseert de kamer van beroep in zoverre deze rekening heeft gehouden met het belang van alle marktdeelnemers om de betrokken vorm vrij te gebruiken. De inaanmerkingneming van dit belang is volgens haar niet ter zake dienend bij de beoordeling van de vraag of een merk elk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, maar alleen bij de toetsing van de merkaanvraag aan artikel 7, lid 1, sub e, van deze verordening.

19 Voorzover de kamer van beroep in het kader van de discussie over artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 zinspeelt op de weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, sub e, van deze verordening, merkt verzoekster op dat andere tabletvormen kunnen worden gekozen en zelfs te verkiezen lijken, zoals de rechthoekige of de ronde vorm. Voorts bestaan er voor detergenten ook andere aanbiedingsvormen, zoals poeder of vloeistof.

20 Verzoekster beklemtoont dat tabletten niet alleen door het gebruik van verschillende basisvormen — en bij gebruik van de rechthoekige vorm door variërende verhoudingen tussen de lengte en de breedte — een ander voorkomen

kunnen verkrijgen, maar ook door verschillen in de dikte van het tablet. Zij leidt hieruit af dat in casu de vierkante vorm van het tablet op zichzelf als ongebruikelijk en fantasievol kan worden beschouwd voor een detergent in vergelijking met de andere tabletten die op het tijdstip van de indiening van de merkaanvraag op de markt waren.

21 Met betrekking tot het dessin van het tablet is verzoekster van mening dat de overweging dat de spikkels wijzen op de aanwezigheid van bepaalde actieve bestanddelen — gesteld dat zij juist is —, bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 niet ter zake dienend is. Deze overweging kan volgens verzoekster alleen een rol spelen bij de toepassing van de in artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94 genoemde weigeringsgrond die in het onderhavige beroep niet aan de orde is. Verzoekster begrijpt niet in welk opzicht het gestelde, voor het oog aangename karakter van een onderdeel van het betrokken merk zich op grond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 verzet tegen de inschrijving van het merk. Wat de twee lagen betreft, voert verzoekster aan dat de kamer van beroep daarover geen enkele opmerking heeft gemaakt en dat zij dus niet begrijpt waarom de kamer van beroep heeft geoordeeld dat een dergelijk dessin geen onderscheidend vermogen heeft. Verzoekster is van mening dat zowel de spikkels als de twee lagen — de door de respectieve dikte ontstane specifieke verhouding tussen deze lagen daaronder begrepen — een willekeurig, ongebruikelijk en fantasievol element toevoegen aan het voorkomen van het merk, beoordeeld naar zijn totaalindruk. Zowel de spikkels als het dessin met twee lagen zijn kenmerkend voor het visuele voorkomen van het merk en kunnen de waren van een onderneming onderscheiden van die van andere ondernemingen.

22 Met betrekking tot de kleuren van het betrokken merk herinnert verzoekster eraan dat vaststaat dat een teken bestaande uit een kleurencombinatie — en in bepaalde gevallen zelfs een teken bestaande uit één enkele kleur — inherent onderscheidend vermogen kan hebben. Merken bestaande uit een combinatie van twee of meer kleuren die op een specifieke vorm (een vierkant tablet met een bepaalde dikte) en met een specifiek dessin (in casu twee lagen) zijn aangebracht, hebben dus zeker een minimaal onderscheidend vermogen. Een dergelijke conclusie is volgens verzoekster zelfs geboden indien wordt aangenomen dat er

goede gronden zijn voor de stelling van de kamer van beroep dat wit, geassocieerd met absolute properheid, de traditionele kleur voor zeep in poedervorm is, en groen aangenaam is voor het oog en een positieve connotatie heeft. Bovendien betwist verzoekster deze stelling waarvoor geen enkel bewijs is aangedragen. Verzoekster stelt dat het aangevraagde merk hoe dan ook onderscheidend vermogen heeft omdat lichtgroen één van de in de inschrijvingsaanvraag beschreven kleuren is.

23 Wat de beoordeling van het merk betreft, herinnert verzoekster eraan dat het onderscheidend vermogen moet worden onderzocht ten aanzien van het merk in zijn geheel beschouwd. Zelfs indien de onderdelen van het merk, afzonderlijk beschouwd, onvoldoende ongebruikelijk of fantasievol zijn om het merk onderscheidend vermogen te verlenen, ontstaat door de specifieke combinatie van de onderdelen (vorm, dessin en kleur) een teken met onderscheidend vermogen dat kan worden ingeschreven.

24 Het argument van de kamer van beroep, volgens hetwelk de onderdelen van dat merk moeten worden vrijgehouden voor eventueel gebruik door alle marktdeelnemers, kan dus niet in de weg staan aan de inschrijving van het aangevraagde merk. Zelfs indien een dergelijk argument in het kader van een op grond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 opgeworpen bezwaar als ter zake dienend zou moeten worden beschouwd, hetgeen verzoekster betwist, moet dit bezwaar ten aanzien van het merk in zijn geheel, en niet ten aanzien van de afzonderlijke onderdelen ervan, worden beoordeeld.

25 Verzoekster beklemtoont dat haar merkaanvragen alleen strekken tot verkrijging van exclusieve rechten voor de specifieke combinatie van de kenmerken van elk merk (vorm, dessin en kleuren), en bijvoorbeeld niet erop zijn gericht te beletten dat de andere marktdeelnemers de kleur groen gebruiken voor hun detergenten. Zij verklaart bereid te zijn om, indien het Gerecht dit noodzakelijk acht, verklaringen van afstand in die zin te doen. Uit de talrijke, aan het Bureau gerichte inschrijvingsaanvragen voor driedimensionale merken in tabletvorm voor detergenten blijkt overigens dat de verscheidenheid van voorkomen van deze tabletten bijna onbeperkt is.

26 Met betrekking tot de opmerkingen omtrent de noodzaak verordening nr. 40/94 op uniforme wijze toe te passen, voert verzoekster ten slotte aan dat met haar merk overeenstemmende driedimensionale merken zijn aanvaard in een aantal lidstaten waarvan het merkenrecht op basis van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB 1989, L 40, blz. 1) is geharmoniseerd, waaronder Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk, België, Nederland en Luxemburg. Aangaande de laatste drie lidstaten zij daarbij opgemerkt dat het Benelux-Merkenbureau die merken heeft ingeschreven. Voorts heeft het Bureau volgens verzoekster de volgende merkaanvragen gepubliceerd:

— aanvraag nr. 809 830, ingediend door Benckiser NV voor een merk bestaande uit een rond tablet met twee lagen in de kleuren blauw en wit;

— aanvraag nr. 924 829, ingediend door verzoekster voor een merk bestaande uit een rechthoekig tablet in de kleuren blauw, groen en wit.

27 In dit verband wijst verzoekster er nog op dat het Bureau bepaalde driedimensionale merken voor gekleurde tandpasta heeft aanvaard, terwijl met betrekking tot de vorm, het dessin en de kleur van al deze merken soortgelijke bezwaren hadden kunnen worden gemaakt als die welke in casu omtrent haar merk zijn geformuleerd. Volgens verzoekster had het door haar aangevraagde merk op dezelfde wijze moeten worden behandeld. Verzoekster heeft met betrekking tot bovengenoemde merkaanvragen opmerkingen geformuleerd om in het bijzonder de ongelijkheid aan de orde te stellen in de wijze waarop het Bureau de bepalingen van verordening nr. 40/94 op driedimensionale merken toepast.

28 Het Bureau wijst erop dat het aangevraagde driedimensionale merk betrekking heeft op was- of afwasmiddelen in tabletvorm, en bestaat uit de waar zelf.

29 Ter beantwoording van de vraag of het aangevraagde gemeenschapsmerk voor deze nieuwe waar moet worden verleend, beschrijft het Bureau om te beginnen de ontwikkeling van de verschillende aanbiedingsvormen van was- en afwasmiddelen en de voordelen van de aanbieding in tabletvorm.

30 Het Bureau legt in de tweede plaats uit welke beginselen voor de inschrijving van driedimensionale merken gelden en verwijst daarbij naar de verschillende weigeringsgronden die in deze context van belang kunnen zijn.

31 Volgens het Bureau heeft een merk onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 wanneer het de mogelijkheid biedt de betrokken waren of diensten naar de herkomst ervan te onderscheiden, en niet naar de aard of andere kenmerken ervan.

32 Over het algemeen legt de consument niet het verband tussen de vorm van een waar en de herkomst ervan. De vorm van de waar moet een of ander de aandacht van de consument trekkend „bijzonder kenmerk" hebben, opdat de consument deze vorm als een aanduiding van de herkomst van de waar zou kunnen opvatten.

33 De beoordeling van het onderscheidend vermogen van de vorm van een waar moet in drie stappen gebeuren. Om te beginnen moet worden nagegaan welke vormen er voor de betrokken waar bestaan. Vervolgens dient te worden onderzocht of de betrokken vorm zich op een voor de consument duidelijke manier van die bestaande vormen onderscheidt en ten slotte of deze bijzondere vorm geschikt is om de herkomst van de waar aan te duiden.

34 Bij de derde stap van de analyse zijn de soort waren en de wijze waarop de consument deze waren gebruikt, van belang. Was- en afwasmiddeltabletten worden door de consument uit hun verpakking genomen en onmiddellijk in de betrokken machine gestopt. Om de waren bij een volgende aankoop te herkennen vestigt de consument dus zijn aandacht op de verpakking van de waren, waarop het woordmerk van de producent is aangebracht, en niet op de vorm of de precieze kleur van de waar.

35 De juridische criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken die zoals in casu uit de vorm van de waar zelf bestaan, zijn niet verschillend van of strenger dan de criteria die voor andere merken worden gehanteerd. Het Bureau verklaart evenwel dat de vorm van een waar de herkomst ervan niet op dezelfde manier aanduidt als woorden of grafische elementen die op de waar of op de verpakking ervan zijn aangebracht.

36 In de derde plaats analyseert het Bureau het betrokken merk.

37 Volgens het Bureau is de rechthoekige vorm van het betrokken merk niet ongewoon en evenmin fantasievol, maar banaal en gebruikelijk op de markt.

38 Met betrekking tot de kleuren is het Bureau van mening dat de toevoeging van een lichtgroene laag het betrokken teken geen onderscheidend vermogen verleent en dat de spikkels dienaangaande evenmin van belang zijn. Er is geen sprake van een kleurencombinatie wanneer aan de basiskleur (wit of grijs) van was- of afwasmiddelen één enkele kleur is toegevoegd.

39 Het gebruik van kleuren voor bepaalde lagen of delen van de tabletten kan geen onderscheidend vermogen verlenen aan het merk in zijn geheel. Om te beginnen zijn de basiskleuren, zoals groen of blauw, gebruikelijk voor detergenten en wekken zij bepaalde positieve indrukken, in het bijzonder frisheid en reinigingsvermogen. Deze kleuren, die op verschillende lagen of delen van het tablet zijn aangebracht, wijzen voorts op de aanwezigheid van verschillende actieve bestanddelen en dienen dus om de consument te informeren over de eigenschappen van de waar. De voor deze tabletten gemaakte reclame legt overigens de nadruk daarop. Uit de wijze waarop de tabletten worden gebruikt, vloeit bovendien voort dat de consument de kleuren ervan niet als aanduidingen van de herkomst van de waar beschouwt. Dit laatste geldt in het bijzonder voor de basiskleuren en de combinaties ervan.

40 Het gebruik van gekleurde spikkels is gebruikelijk en kan wijzen op de aanwezigheid van bepaalde actieve bestanddelen. De spikkels verstrekken informatie over de homogeniteitsgraad van de grondstof waaruit het waspoeder of het detergent in tabletvorm bestaat, maar geven geen enkele aanwijzing over de herkomst van de waar. In casu vormen de spikkels geen „structuur". Door hun kleine formaat en de weinig opvallende tint groen kunnen zij de door het tablet opgeroepen visuele totaalindruk niet beïnvloeden.

41 Wat het onderzoek van het merk in zijn geheel betreft, oordeelt het Bureau dat de combinatie van al deze kenmerken zonder onderscheidend vermogen het aangevraagde merk geen onderscheidend vermogen verleent. Het onderscheidend vermogen kan met name niet worden afgeleid uit het feit dat alle tabletten onderling verschillend zijn.

42 Uit het feit dat verzoeksters concurrenten voor hun tabletten andere kleuren hebben gekozen, kan niet worden afgeleid dat de kleuren het mogelijk maken de waren naar hun herkomst te onderscheiden. De keuze van andere kleuren vindt haar verklaring in de talrijke merkaanvragen die bij de verschillende merkenbureaus van de lidstaten en van de Gemeenschap voor was- en afwasmiddelen zijn ingediend sedert de recente lancering ervan op de markt. Aangezien bepaalde nationale merkenbureaus merkenbescherming hebben verleend, was het voor een producent niet aangewezen om zijn waar aan te bieden in een vorm die met een voor een concurrent ingeschreven merk of zelfs alleen maar met een door deze aangevraagd merk overeenstemt, alvorens een rechterlijke uitspraak de situatie opheldert.

43 Onder verwijzing naar artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 voegt het Bureau daaraan toe dat kleuren in theorie onderscheidend vermogen kunnen verkrijgen door het gebruik dat ervan is gemaakt, mits dit is aangetoond. In casu heeft verzoekster volgens het Bureau op geen enkel ogenblik de hypothese van door gebruik verkregen onderscheidend vermogen aan de orde gesteld.

44 Het argument dat verzoekster niet de enige dient te zijn die was- en afwasmiddelen in tabletvorm mag verkopen, is volgens het Bureau relevant in het kader van de toepassing van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94. Het gebruik van dit argument mag evenwel niet aldus worden uitgelegd dat de kamer van beroep in casu een autonome weigeringsgrond ontleend aan een noodzaak tot vrijhouding („Freihaltebedürfnis") heeft toegepast. De noodzaak tot vrijhouding houdt in dat het Bureau een merkaanvraag kan weigeren indien het aantoont dat de concurrenten een specifiek en concreet legitiem belang hebben bij gebruik van hetzelfde merk. In het onderhavige geval heeft de kamer van beroep alleen beklemtoond dat inschrijving van de geclaimde vorm als gemeenschapsmerk onwenselijke gevolgen zou hebben voor de werking van de markt. Volgens het Bureau dient in het kader van de toepassing van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 rekening te worden gehouden met de gevolgen van inschrijving van bepaalde elementaire en banale woorden, tekens of vormen om niet voorbij te gaan aan de basisfunctie van het stelsel van merken en industriële eigendom, namelijk het bevorderen van de eerlijke mededinging.

45 Wat in de vierde plaats het gestelde gebrek aan samenhang tussen de bestreden beslissing en de andere beslissingen van het Bureau betreft, voert het Bureau aan dat het alle aanvragen voor was- of afwasmiddeltabletten met een ronde of rechthoekige vorm heeft geweigerd en dat de kamers van beroep deze weigeringen hebben bevestigd in alle zaken waarin zij uitspraak dienden te doen. De merkaanvragen nrs. 809 830 en 924 829 zijn weliswaar in het blad van gemeenschapsmerken gepubliceerd, maar de betrokken merken zijn niet ingeschreven. Daarbij komt, dat zelfs al zou het Bureau die merken daadwerkelijk hebben ingeschreven, dergelijke beslissingen verkeerd waren geweest en verzoekster zich daarop niet kon baseren om te verzoeken dat opnieuw een verkeerde beslissing wordt genomen.

46 Met betrekking tot de voor tandpasta ingeschreven merken voert het Bureau aan dat die merken op geen enkele wijze kunnen worden vergeleken met het in casu aangevraagde merk. Niet alleen zijn die merken beeldmerken, ook de waren en het gebruik ervan alsmede de kenmerken van die merken zijn anders.

47 Wat de praktijk van de nationale merkenbureaus betreft, erkent het Bureau dat de omstandigheid dat in verschillende of alle lidstaten een aan het in casu aangevraagde merk identiek merk op naam van verzoekster is ingeschreven, een factor vormt die een rol kan spelen bij de inschrijving van het gemeenschapsmerk, zonder evenwel beslissend te zijn. Dienaangaande merkt het Bureau nog op dat verzoekster op geen enkel ogenblik heeft aangevoerd dat zij in lidstaten van de Europese Gemeenschap de inschrijving van het in casu aangevraagde merk had verkregen.

48 Wat de omstandigheid betreft dat nationale merkenbureaus van de lidstaten met het in casu aangevraagde merk overeenstemmende merken hebben ingeschreven, verklaart het Bureau dat deze bureaus geen uniforme praktijk volgen.

49 Zelfs indien verzoekster als eerste was- en afwasmiddelen in tabletvorm op de markt heeft gebracht, staat het volgens het Bureau vast dat de rechthoekige vorm thans gebruikelijk is. Zelfs indien deze vorm pas na het tijdstip van de indiening van de gemeenschapsmerkaanvraag gebruikelijk is geworden, kan dat merk niet worden ingeschreven. In dit verband merkt het Bureau op dat een banale of gebruikelijke vorm niet automatisch onderscheidend vermogen verkrijgt door het eerste gebruik ervan en dat het onderscheidend vermogen ook op het tijdstip van inschrijving van het merk moet bestaan.

Beoordeling door het Gerecht

50 Het onderscheidend vermogen van een merk moet worden beoordeeld ten aanzien van de waren of diensten waarvoor de inschrijving van het merk wordt gevraagd.

51 Met betrekking tot de in verzoeksters gemeenschapsmerkaanvraag vermelde waren, te weten „bleekmiddelen en andere wasmiddelen; reinigings-, polijst-, ontvettings- en schuurmiddelen; middelen voor het wassen, reinigen en verzorgen van de vaat; zepen" die behoren tot klasse 3 als bedoeld in de Overeenkomst van Nice, bestaat in casu het aangevraagde merk uit de vorm en de kleurstelling van de waar zelf.

52 Blijkens artikel 4 van verordening nr. 40/94 zijn zowel de vorm van de waar als de kleuren tekens die een gemeenschapsmerk kunnen vormen. Dat een categorie tekens algemeen geschikt is om een merk te vormen, impliceert evenwel niet dat deze tekens noodzakelijkerwijs onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 hebben voor een bepaalde waar of dienst.

53 Volgens artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 wordt de inschrijving geweigerd van „merken die elk onderscheidend vermogen missen". Een merk heeft onderscheidend vermogen wanneer de waren of diensten waarvoor de inschrijving wordt gevraagd, aan de hand van dit merk naar hun herkomst kunnen worden onderscheiden. Daarvoor is niet vereist dat het merk precieze informatie over de identiteit van de producent of van de dienstverrichter verstrekt. Het merk moet de doelgroep alleen in staat stellen de door het merk aangeduide waar of dienst te onderscheiden van die van een andere commerciële herkomst en te concluderen dat alle door dat merk aangeduide waren of diensten zijn vervaardigd, in de handel gebracht of verstrekt onder toezicht van de merkhouder, die verantwoordelijk kan worden geacht voor de kwaliteit ervan (zie, in die zin, arrest Hof van 29 september 1998, Canon, C-39/97, Jurispr. blz. I-5507, punt 28).

54 Blijkens de bewoordingen van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 volstaat een minimaal onderscheidend vermogen voor de niet-toepasselijkheid van de in deze bepaling genoemde weigeringsgrond. Derhalve dient te worden onderzocht — a priori en zonder het gebruik van het teken in de zin van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 in aanmerking te nemen — of het aangevraagde merk de doelgroep in staat stelt de betrokken waren te onderscheiden van die van een andere commerciële herkomst wanneer zij bij een aankoop een keuze zal moeten maken.

55 Artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 maakt geen onderscheid tussen de verschillende categorieën merken. De criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken bestaande uit de vorm van de waar zelf, verschillen dus niet van de voor andere categorieën merken te hanteren criteria.

56 Niettemin dient bij de toepassing van deze criteria in aanmerking te worden genomen dat de perceptie van de doelgroep in het geval van een driedimensionaal

merk bestaande uit de vorm en de kleuren van de waar zelf, niet noodzakelijkerwijs dezelfde is als in het geval van een woordmerk, een beeldmerk of een driedimensionaal merk dat niet uit de vorm van de waar bestaat. Terwijl het publiek de gewoonte heeft deze laatste merken onmiddellijk als identificatietekens van de waar op te vatten, is dit immers niet noodzakelijkerwijs het geval wanneer het teken samenvalt met het voorkomen van de waar zelf.

57 Opgemerkt zij dat de waren waarvoor de inschrijving van het merk in casu werd gevraagd, wijd verbreide verbruiksgoederen zijn. De doelgroep bestaat uit alle consumenten. Derhalve dient bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het betrokken merk rekening te worden gehouden met de vermoedelijke verwachting van een redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument (zie, mutatis mutandis, arrest Hof van 16 juli 1998, Gut Springenheide en Tusky, C-210/96, Jurispr. blz. I-4657, punten 30-32).

58 De wijze waarop de doelgroep het merk opvat, hangt af van het aandachtsniveau van de gemiddelde consument, dat kan variëren naar gelang van de soort waren of diensten waarom het gaat (zie arrest Hof van 22 juni 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Jurispr. blz. I-3819, punt 26). Dienaangaande staat vast dat het aandachtsniveau van de gemiddelde consument ten aanzien van de vorm en de kleuren van was- en afwasmiddeltabletten niet hoog is, aangezien dit dagelijkse verbruiksgoederen zijn.

59 Om te beoordelen of het publiek de combinatie van de vorm en de kleurstelling van het omstreden tablet als een aanduiding van herkomst kan opvatten, dient de door deze combinatie opgeroepen totaalindruk te worden onderzocht (zie, mutatis mutandis, arrest Hof van 11 november 1997, SABEL, C-251/95, Jurispr.

blz. I-6191, punt 23). Dit is niet onverenigbaar met een achtereenvolgend onderzoek van de verschillende elementen van de aanbiedingsvorm.

60 De driedimensionale vorm waarvoor de inschrijving werd gevraagd, te weten een vierkant tablet, is een geometrische basisvorm alsmede een voor de hand liggende vorm voor een was- of afwasmiddel. Praktische overwegingen liggen ten grondslag aan de enigszins afgeronde hoeken van het tablet en de gemiddelde consument kan deze enigszins afgeronde hoeken niet opvatten als een bijzonder kenmerk van de geclaimde vorm dat geschikt is om het tablet van andere was- en afwasmiddeltabletten te onderscheiden.

61 Met betrekking tot de twee lagen — een witte en een groene — en de groene spikkels op het witte deel, zij opgemerkt dat de doelgroep eraan is gewend dat een detergent bestanddelen in verschillende kleuren heeft. De poeders, de traditionele aanbiedingsvorm van deze waren, zijn meestal grijs of zeer licht beige en lijken bijna wit. Zoals verzoekster zelf ter terechtzitting heeft uiteengezet, bevatten zij vaak deeltjes in één of meer andere kleuren. De door verzoekster en de andere producenten van detergenten gemaakte reclame beklemtoont dat deze deeltjes de aanwezigheid van verschillende actieve bestanddelen belichamen. De gekleurde deeltjes suggereren dus bepaalde kwaliteiten van de waar zonder evenwel als een beschrijvende aanduiding in de zin van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94 te kunnen worden beschouwd. Uit de niet-toepasselijkheid van deze laatste weigeringsgrond kan evenwel niet worden afgeleid dat de gekleurde deeltjes het betrokken merk noodzakelijkerwijs onderscheidend vermogen verlenen. Er is immers geen sprake van onderscheidend vermogen wanneer — zoals in casu — de doelgroep ertoe wordt gebracht de aanwezigheid van gekleurde deeltjes als een verwijzing naar bepaalde kwaliteiten van de waar, en niet als de aanduiding van de herkomst ervan, op te vatten. De kans dat de consumenten toch de gewoonte aannemen de waar op basis van de kleuren ervan te herkennen, volstaat op zichzelf niet om de weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 buiten toepassing te laten. Een dergelijke evolutie van de perceptie van het teken door het publiek kan, wanneer zij wordt

aangetoond, alleen in het kader van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 in aanmerking worden genomen.

62 Met betrekking tot het feit dat de gekleurde deeltjes in casu niet alleen als spikkels over het tablet zijn verdeeld, maar gedeeltelijk in het onderste deel ervan zijn geconcentreerd, dient om te beginnen te worden ingegaan op verzoeksters grief dat de kamer van beroep geen motivering heeft gegeven voor haar opvatting dat deze kleurstelling het aangevraagde merk geen onderscheidend vermogen verleent. In dit verband zij opgemerkt dat in het kader van de door de kamer van beroep in punt 15 van de bestreden beslissing gegeven beschrijving van het merk de aanwezigheid van de twee lagen wordt vermeld. Dit is niet uitdrukkelijk herhaald in de punten 18 en 19 van de bestreden beslissing, die betrekking hebben op het onderscheidend vermogen ten aanzien van de kleurstelling van het tablet. Ter ondersteuning van haar in punt 19 van de bestreden beslissing vermelde stelling dat het gebruik van tabletten met verschillende kleurencombinaties gebruikelijk is voor de in de merkaanvraag vermelde waren, verwijst de kamer van beroep evenwel bij wijze van voorbeeld naar twee waren die op de markt zijn gebracht in de vorm van tabletten die uit twee lagen in verschillende kleuren bestaan. Derhalve heeft de kamer van beroep wel geoordeeld dat een tablet bestaande uit twee lagen in verschillende kleuren geen onderscheidend vermogen heeft omdat deze aanbiedingsvorm gebruikelijk is. In dat opzicht is de bestreden beslissing dus toereikend gemotiveerd.

63 Voorts zij opgemerkt dat de kamer van beroep terecht heeft geoordeeld dat een gekleurde laag en spikkels niet volstaan om het voorkomen van het tablet als een aanduiding van herkomst van de waar te kunnen opvatten. Bij het combineren van verschillende bestanddelen in een was- of afwasmiddel in tabletvorm is zowel de toevoeging van spikkels als die van een laag immers een erg voor de hand liggende oplossing.

64 Met betrekking tot de kleur groen zij opgemerkt dat het gebruik van basiskleuren, zoals blauw of groen, gebruikelijk en zelfs typerend voor detergenten is. Het gebruik van andere basiskleuren, zoals rood of geel, is een voor de hand liggende variatie op de typische aanbiedingsvorm van deze waren. Hetzelfde geldt voor de

verschillende tinten van deze kleuren. Om die reden moet verzoeksters argument dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen heeft omdat een van de lagen van het tablet „lichtgroen" is, worden afgewezen.

65 Bijgevolg bestaat het betrokken driedimensionale merk uit een combinatie van elementen van aanbiedingsvorm die voor de hand liggend en typerend zijn voor de betrokken waar.

66 Bovendien zijn verschillende combinaties van deze elementen mogelijk door de geometrische basisvorm te variëren alsmede door aan de basiskleur van de waar een andere basiskleur toe te voegen, die in één laag van het tablet of als spikkels voorkomt. Dat de verschillende tabletten daardoor een verschillend voorkomen krijgen, volstaat niet om elk van deze tabletten als aanduiding van de herkomst van de waar te doen gelden, aangezien het — zoals in casu — om voor de hand liggende variaties op de basisvormen van de waar gaat.

67 Gezien de totaalindruk die de vorm en de kleurstelling van het betrokken tablet oproepen, zal het aangevraagde merk de doelgroep niet in staat stellen de betrokken waren te onderscheiden van die van een andere commerciële herkomst wanneer zij bij een aankoop een keuze zal moeten maken.

68 Aan de ongeschiktheid van het betrokken merk om — a priori en onafhankelijk van het gebruik ervan in de zin van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 — de herkomst van de waar aan te duiden, doet voorts niet af dat er reeds een min of meer groot aantal soortgelijke tabletten op de markt zijn. Derhalve behoeft de

vraag of het onderscheidend vermogen van het merk op het tijdstip van de indiening van de inschrijvingsaanvraag dan wel op het tijdstip van de effectieve inschrijving moet worden beoordeeld, in casu niet te worden beantwoord.

69 Met betrekking tot verzoeksters argumenten inzake de praktijk van de nationale merkenbureaus zij eraan herinnerd dat de reeds in lidstaten verrichte inschrijvingen alleen 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 een stuk zeep), T-122/99, Jurispr. blz. II-265, punt 61, en 31 januari 2001, Sunrider/BHIM (VITALITE), T-24/00, Jurispr. blz. II-449, punt 33]. Bovendien blijkt uit de antwoorden van verzoekster op de vragen van het Gerecht dat alleen het Benelux-Merkenbureau een aan het aangevraagde merk identiek merk heeft ingeschreven, terwijl de inschrijving ervan in Duitsland is geweigerd. In het Verenigd Koninkrijk is de procedure van inschrijving van een identiek merk geschorst in afwachting van de uitkomst van het onderhavige geding en in Frankrijk is de overeenkomstige inschrijvingsaanvraag ingetrokken. Wat meer in het algemeen de praktijk van de nationale merkenbureaus inzake driedimensionale merken bestaande uit was- en afwasmiddeltabletten betreft, blijkt uit de antwoorden van het Bureau op de vragen van het Gerecht dat deze niet uniform is. Bijgevolg kan de kamer van beroep niet worden verweten dat zij aan die praktijk is voorbijgegaan.

70 Wat de praktijk van het Bureau zelf betreft, blijkt uit diens antwoorden op de vragen van het Gerecht dat de gemeenschapsmerkaanvragen, op de publicatie waarvan verzoekster zich beroept, niet tot inschrijving hebben geleid. De onderzoeker heeft een van de betrokken aanvragen na de instelling van het onderhavige beroep afgewezen en deze beslissing wordt thans door de kamer van beroep onderzocht. Volgens het Bureau wordt afwijzing van de andere aanvraag overwogen. In die omstandigheden is het argument inzake de publicatie van deze aanvragen in elk geval zonder voorwerp geworden. Met betrekking tot de door verzoekster aangevoerde inschrijving van bepaalde merken voor tandpasta, zij hieraan toegevoegd dat die merken en de waar waarvoor de inschrijving van die merken werd gevraagd, anders zijn dan het merk en de waar die in casu aan de

orde zijn. De door het Bureau ten aanzien van die merken gevolgde praktijk is in casu dus niet ter zake dienend.

71 Bijgevolg moeten verzoeksters argumenten inzake de praktijk van het Bureau en van bepaalde nationale merkenbureaus worden afgewezen.

72 Derhalve heeft de kamer van beroep terecht geoordeeld dat het betrokken driedimensionale merk elk onderscheidend vermogen mist.

73 Met betrekking tot verzoeksters betoog inzake het feit dat de kamer van beroep de noodzaak tot vrijhouding van de vorm en de kleuren van het betrokken tablet in aanmerking heeft genomen, zij opgemerkt dat de absolute weigeringsgronden van artikel 7, lid 1, sub b tot en met e, van verordening nr. 40/94 de bedoeling van de gemeenschapswetgever weergeven, te vermijden dat aan een marktdeelnemer exclusieve rechten worden toegekend die de mededinging op de markt van de betrokken waren of diensten zouden kunnen belemmeren (zie, voor de weigeringsgrond betreffende het beschrijvend karakter van het teken, arrest Hof van 4 mei 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 en C-109/97, Jurispr. blz. I-2779, punt 25). Het belang dat concurrenten van de aanvrager van een driedimensionaal merk bestaande uit de aanbiedingsvorm van een waar kunnen hebben bij de vrije keuze van de vorm en de kleuren van hun eigen waren, is op zichzelf evenwel geen grond die weigering tot inschrijving van een dergelijk merk kan rechtvaardigen, en evenmin een criterium dat op zichzelf volstaat om het onderscheidend vermogen van dat merk te beoordelen. Door tekens die elk onderscheidend vermogen missen, van inschrijving uit te sluiten, beschermt artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 het belang bij vrijhouding van verschillende varianten van de aanbiedingsvorm van een waar alleen voorzover de als merk aangevraagde aanbiedingsvorm van de waar — a priori en onafhankelijk van het gebruik ervan in de zin van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 — niet de functie van een merk kan vervullen, te weten de doelgroep in staat stellen de aangeduide waar te onderscheiden van die van een andere commerciële herkomst.

74 Ook al heeft de kamer van beroep in de bestreden beslissing zeer veel aandacht besteed aan het belang om monopolisering van een waar via het merkenrecht te vermijden, toch blijkt daaruit niet dat zij in casu is voorbijgegaan aan de criteria voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het merk. In punt 11 van de bestreden beslissing heeft de kamer van beroep immers verklaard dat de vorm van een waar als gemeenschapsmerk kan worden ingeschreven „op voorwaarde dat deze vorm zo ongebruikelijk en willekeurig is dat de betrokken consumenten de waar op basis van het voorkomen alleen kunnen herkennen als afkomstig van een bepaalde onderneming". Zij heeft dus in wezen een met bovengenoemde beginselen overeenstemmend criterium toegepast.

75 Gelet op het voorgaande moet het beroep worden verworpen.

Kosten

76 Volgens artikel 87, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld, en voorts wegens bijzondere redenen. Aangezien de tekst van de bestreden beslissing aanleiding kon geven tot twijfels omtrent de vraag of de kamer van beroep artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 in casu juist had toegepast, en dus heeft bijgedragen tot het ontstaan van het geding, dient te worden beslist dat elke partij haar eigen kosten zal dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

rechtdoende:

1) **Verwerpt het beroep.**

2) **Verstaat dat elk der partijen de eigen kosten zal dragen.**

Meij Potocki Pirrung

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 19 september 2001.

De griffier

H. Jung

De president van de Tweede kamer

A. W. H. Meij