ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)
29 april 2004 *

In de gevoegde zaken C-468/01 P tot en met C-472/01 P,

Procter & Gamble Company, gevestigd te Cincinnati (Verenigde Staten), vertegenwoordigd door C. van Nispen en G. Kuipers, advocaten,

rekwirante,

betreffende vijf hogere voorzieningen tegen de arresten van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (Tweede kamer) van 19 september 2001, Procter & Gamble/BHIM (Vierkant wit en lichtgroen tablet) (T-117/00, Jurispr. blz. II-2723), Procter & Gamble/BHIM (Vierkant tablet, wit met groene spikkels en lichtgroen) (T-118/00, Jurispr. blz. II-2731), Procter & Gamble/BHIM (Vierkant wit tablet met gele en blauwe spikkels) (T-119/00, Jurispr. blz. II-2761), Procter & Gamble/BHIM (Vierkant wit tablet met blauwe spikkels) (T-120/00, Jurispr. blz. II-2769), en Procter & Gamble/BHIM (Vierkant wit tablet met groene en blauwe spikkels) (T-121/00, Jurispr. blz. II-2777), strekkende tot vernietiging van deze arresten,

* Procestaal: Engels.

andere partij bij de procedure:

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

verweerder in eerste aanleg,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, waarnemend voor de president van de Zesde kamer, J. N. Cunha Rodrigues, J.-P. Puissochet, R. Schintgen en F. Macken (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
griffier: M. Múgica Arzamendi, hoofdadministrateur,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 2 oktober 2003, waarbij Procter & Gamble Company vertegenwoordigd was door C. van Nispen en G. Kuipers, en het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) door D. Schennen en A. von Mühlendahl als gemachtigde,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 6 november 2003,

het navolgende

Arrest

1 Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Hof op 6 december 2001, heeft Procter & Gamble Company (hierna: „Procter & Gamble") krachtens artikel 49 van het Statuut-EG van het Hof van Justitie hogere voorziening ingesteld tegen de arresten van het Gerecht van eerste aanleg van 19 september 2001, Procter & Gamble/BHIM (Vierkant wit en lichtgroen tablet) (T-117/00, Jurispr. blz. II-2723; hierna: „arrest T-117/00"), Procter & Gamble/BHIM (Vierkant tablet, wit met groene spikkels en lichtgroen) (T-118/00, Jurispr. blz. II-2731; hierna: „arrest T-118/00"), Procter & Gamble/BHIM (Vierkant wit tablet met gele en blauwe spikkels) (T-119/00, Jurispr. blz. II-2761; hierna: „arrest T-119/00"), Procter & Gamble/BHIM (Vierkant wit tablet met blauwe spikkels) (T-120/00, Jurispr. blz. II-2769; hierna: „arrest T-120/00"), en Procter & Gamble/BHIM (Vierkant wit tablet met groene en blauwe spikkels) (T-121/00, Jurispr. blz. II-2777; hierna: „arrest T-121/00") (hierna samen: „bestreden arresten"), waarmee het Gerecht haar beroepen tot vernietiging van de beslissingen van de derde kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (hierna: „BHIM") van 29 februari en 3 en 8 maart 2000 (zaken R-509/1999-1, R-516/1999-1, R-519/1999-1, R-520/1999-1 en R-529/1999-1) heeft verworpen, bij welke beslissingen haar beroepen tegen de weigering om driedimensionale vormen van was- of afwasmiddeltabletten als gemeenschapsmerken in te schrijven, was verworpen (hierna: „omstreden beslissingen").

2 Bij beschikking van 20 maart 2003 heeft de president van het Hof de zaken C-468/01 P tot en met C-472/01 P gevoegd voor de mondelinge behandeling en het arrest.

Rechtskader

3 Artikel 4 van verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1) bepaalt:

„Gemeenschapsmerken kunnen worden gevormd door alle tekens die vatbaar zijn voor grafische voorstelling, met name woorden, met inbegrip van namen van personen, tekeningen, letters, cijfers, vormen van waren of van verpakking, mits deze de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden."

4 Artikel 7 van deze verordening bepaalt:

„1. Geweigerd wordt inschrijving van:

a) tekens die niet in overeenstemming zijn met artikel 4;

b) merken die elk onderscheidend vermogen missen;

c) merken die uitsluitend bestaan uit tekens of aanduidingen die in de handel kunnen dienen tot aanduiding van soort, kwaliteit, hoeveelheid, bestemming, waarde, plaats van herkomst, tijdstip van vervaardiging van de waren of verrichting van de dienst of andere kenmerken van de waren of diensten;

[...]

3. Lid 1, sub b, c en d, is niet van toepassing indien het merk als gevolg van het gebruik dat ervan is gemaakt onderscheidend vermogen heeft verkregen voor de waren of diensten waarvoor inschrijving is aangevraagd."

Voorgeschiedenis van het geschil

5 Op 13 oktober 1998 heeft Procter & Gamble bij het BHIM gemeenschapsmerk-aanvragen ingediend voor de volgende driedimensionale vormen van vierkante tabletten met enigszins afgeronde randen en hoeken:

— een tablet met twee lagen, een witte en een lichtgroene (zaak C-468/01 P);

— een tablet met twee lagen, een witte met groene spikkels en een lichtgroene (zaak C-469/01 P);

— een wit tablet met gele en blauwe spikkels (zaak C-470/01 P);

— een wit tablet met blauwe spikkels (zaak C-471/01 P), en

— een wit tablet met groene en blauwe spikkels (zaak C-472/01 P).

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

7 Bij beslissingen van 17 juni 1999 heeft de onderzoeker van het BHIM deze aanvragen afgewezen op grond dat de aangevraagde merken elk onderscheidend vermogen missen en om deze reden ingevolge artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 niet kunnen worden ingeschreven.

8 Bij de omstreden beslissingen heeft de derde kamer van beroep van het BHIM de beslissingen van de onderzoeker bevestigd door te oordelen dat elk van de aangevraagde merken onderscheidend vermogen mist in de zin van deze bepaling.

9 Deze kamer merkte allereerst 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 deze 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 de concurrenten van Procter & Gamble de vrijheid hebben om deze eveneens te produceren en daarbij gebruik te maken van de eenvoudigste geometrische vormen. 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. Ten slotte heeft zij geoordeeld dat de gebruikte kleuren de aangevraagde merken geen onderscheidend vermogen verlenen.

Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arresten

10 Bij op 3 mei 2000 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschriften heeft Procter & Gamble vijf beroepen tot vernietiging van de omstreden beslissingen ingesteld.

11 In het arrest in zaak T-118/00 heeft het Gerecht geoordeeld dat de kamer van beroep van het BHIM terecht had geconcludeerd dat het aangevraagde driedimensionale merk elk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, en wel op de volgende gronden:

„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 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.

[...]

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.

[...]

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."

12 In de vier andere bestreden arresten kwam het Gerecht tot dezelfde conclusie. De punten 51 tot en met 73 van het arrest T-117/00 zijn in wezen op dezelfde wijze geformuleerd als de in het vorige punt weergegeven punten 52 tot en met 74 van het arrest T-118/00. Evenzo zijn de punten 51 tot en met 71 van de arresten T-119/00 tot en met T-121/00 in wezen op dezelfde wijze geformuleerd als de punten 52 tot en met 61 en 64 tot en met 74 van het arrest T-118/00.

13 Derhalve heeft het Gerecht bij de bestreden arresten de door Procter & Gamble tegen de omstreden beslissingen ingestelde beroepen verworpen.

De hogere voorzieningen

14 In de hogere voorzieningen concludeert Procter & Gamble tot vernietiging van de bestreden arresten, met verwijzing van het BHIM in de kosten.

15 Het BHIM concludeert tot afwijzing van de hogere voorzieningen, met verwijzing van Procter & Gamble in de kosten.

16 Ter ondersteuning van haar hogere voorzieningen voert Procter & Gamble aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94. Dit middel bestaat in wezen uit vijf onderdelen die betrekking hebben op:

— het onderscheidend vermogen van de aangevraagde merken;

— de noodzaak, het merk in zijn geheel te beschouwen;

— de definitie van het aandachtsniveau van de gemiddelde consument;

— het tijdstip waarop het onderscheidend vermogen van die merken moet worden beoordeeld, en

— het criterium van gebruik van een merk.

17 Het BHIM is van mening dat het Gerecht in de bestreden arresten niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk heeft gegeven bij de uitlegging en toepassing van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

Het eerste onderdeel van het middel, betreffende het onderscheidend vermogen van een merk

Argumenten van partijen

18 In het eerste onderdeel van het middel stelt Procter & Gamble dat het niet relevant is te onderzoeken, zoals het Gerecht heeft gedaan, of de geometrische vorm van de waar een voor de hand liggende vorm is, alsmede of de gemiddelde consument de enigszins afgeronde hoeken van de betrokken tabletten kan opvatten als een bijzonder kenmerk van de vorm waarvan de inschrijving als merk wordt aangevraagd, dat geschikt is om het tablet van andere was- en afwasmiddeltabletten te onderscheiden. Het gaat erom of de vorm van de tabletten, de enigszins afgeronde hoeken ervan, de gebruikte kleuren en het daardoor gevormde dessin (spikkels of lagen) op het relevante tijdstip reeds deel uitmaakten van de gebruikelijke aanbiedingsvorm van de op de markt beschikbare tabletten en, indien dit niet het geval is, of het onderscheid merkbaar was in de zin dat de merken daardoor onderscheidend vermogen verkregen.

19 Wat meer in het bijzonder de gekleurde deeltjes van de betrokken tabletten betreft, betoogt Procter & Gamble dat deze deeltjes, afzonderlijk beschouwd, weliswaar niet wijzen op de herkomst van de tabletten, maar deel uitmaken van het totaalbeeld en bijdragen aan het onderscheidend vermogen van de merken. Anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, kunnen bovendien de combinaties van basiskleuren en de verschillende tinten ervan een geldig merk vormen voor een volledige categorie van waren zoals detergenten.

20 Volgens het Gerecht zou aan de ongeschiktheid van de aangevraagde merken om de herkomst van de waar aan te duiden, niet afdoen dat er reeds een min of meer groot aantal soortgelijke tabletten op de markt zijn. Procter & Gamble betoogt daarentegen dat, indien er op het relevante tijdstip geen enkel soortgelijk tablet op de markt was, de aanbiedingsvormen van die tabletten zich merkbaar onderscheidden en dus onderscheidend vermogen hadden.

21 Het BHIM is van mening dat het Gerecht de in artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 genoemde criteria voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een merk juist heeft toegepast, zowel met betrekking tot het relevante publiek als met betrekking tot de betrokken waren. Het onderscheidend vermogen moet immers worden beoordeeld tegen de achtergrond van de specifieke aard van de waar. Verder heeft het Gerecht elk merk in zijn geheel onderzocht, rekening houdend — zoals het hoort — met elk bestanddeel ervan, de functie daarvan en de wijze waarop de betrokken consumenten deze bestanddelen opvatten. Voorts stelt het BHIM dat het Gerecht terecht heeft geweigerd, rekening te houden met de vraag of Procter & Gamble of haar concurrenten werkelijk dezelfde of soortgelijke was- of afwasmiddeltabletten gebruikten op het tijdstip van indiening van de inschrijvingsaanvraag.

22 Met betrekking tot het onderscheidend vermogen betoogt het BHIM dat een merk onderscheidend vermogen heeft wanneer de geclaimde waren of diensten daardoor volgens de commerciële herkomst ervan en niet volgens de eigenschappen of kenmerken ervan kunnen worden onderscheiden. Deze interpretatie van het onderscheidend vermogen door het Gerecht is als enige verenigbaar met de bepalingen van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 en met de definitie en functie van een merk.

23 De vaststelling door het Gerecht, dat de perceptie van de doelgroep in het geval van een driedimensionaal merk bestaande uit de vorm van de waar zelf, niet noodzakelijkerwijs dezelfde is als in het geval van een woordmerk, is volgens het BHIM in casu van bijzonder belang. Terwijl het publiek de gewoonte heeft woordmerken onmiddellijk als identificatietekens van de waar op te vatten, is dit niet noodzakelijkerwijs het geval wanneer het teken samenvalt met het voorkomen van de waar zelf.

24 De vorm op zich, bij gebreke van andere elementen die over het algemeen als tekens worden gebruikt — zoals gegraveerde woorden —, wordt volgens het BHIM door de gemiddelde consument in de regel niet onmiddellijk opgevat als een merk, tenzij deze vorm een bijzonder kenmerk heeft. Derhalve dient een definitie te worden gegeven van dit bijzonder kenmerk waardoor de vorm van een

waar onderscheidend vermogen verkrijgt, en deze definitie dient uit te gaan van de functies die merken vervullen. Een positieve definitie zou kunnen zijn dat de vorm voldoende fantasierijk, willekeurig gekozen of ongebruikelijk moet zijn. Een negatieve definitie zou erin kunnen bestaan dat gebruikelijke, evidente of banale vormen en/of combinaties van vormen en kleuren elk onderscheidend vermogen missen.

25 In casu geven de betrokken tabletten in elk van de zaken die tot de bestreden arresten hebben geleid, de globale indruk van het ontbreken van een onderscheidend teken. Geen enkel van die tabletten bezit onderscheidende kenmerken die de gemiddelde consument in staat stellen, dit tablet te associëren met een bepaalde producent, behalve in het geval van uitvoerige reclame en/of intensief gebruik, anders gezegd op grond van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94.

26 De door Procter & Gamble voorgestelde test, volgens welke eerst dient te worden nagegaan welke de gebruikelijke aanbiedingsvorm op de markt van de betrokken waar is, en vervolgens of de als merk aangevraagde vorm in de ogen van de consument daarvan merkbaar verschilt, zou de facto betekenen dat een driedimensionaal merk moet worden ingeschreven zodra het verschilt van elke andere vorm, hetgeen in strijd zou zijn met artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

27 Deze test zou immers inhouden dat voor de inschrijving van merken dezelfde voorwaarden worden gesteld als voor de inschrijving van tekeningen en modellen. Het BHIM erkent weliswaar dat eenzelfde element in aanmerking kan komen voor bescherming door verschillende systemen van het intellectuele-eigendomsrecht, maar het is daarbij uiterst belangrijk dat voor elk van deze systemen afzonderlijk de definities en voorwaarden worden toegepast die betrekking hebben op de bescherming die het verleent.

Beoordeling door het Hof

28 Volgens artikel 4 van verordening nr. 40/94 kunnen gemeenschapsmerken worden gevormd door alle tekens die vatbaar zijn voor grafische voorstelling, mits deze de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden.

29 Blijkens die bepaling zijn zowel de vorm van een waar als de kleuren tekens die een gemeenschapsmerk kunnen vormen. Derhalve kan een teken bestaande uit de driedimensionale vorm van een was- of afwasmiddeltablet, in combinatie met de kleurstelling van dit tablet, in beginsel een merk vormen, op voorwaarde dat de twee in het vorige punt vermelde voorwaarden zijn vervuld.

30 In punt 52 van het arrest T-118/00 en in de overeenkomstige punten van de arresten T-117/00 en T-119/00 tot en met T-121/00 heeft het Gerecht evenwel terecht opgemerkt dat het feit dat een teken algemeen geschikt is om een merk in de zin van artikel 4 van verordening nr. 40/94 te vormen, niet impliceert dat dit teken noodzakelijkerwijs onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van deze verordening heeft voor een bepaalde waar of dienst.

31 Volgens deze laatste bepaling wordt inschrijving geweigerd van merken die elk onderscheidend vermogen missen.

32 Het onderscheidend vermogen van een merk in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 houdt in dat het merk zich ertoe leent de waar waarvoor de inschrijving wordt aangevraagd, als afkomstig van een bepaalde onderneming te identificeren en dus deze waar van die van andere ondernemingen

te onderscheiden [zie met betrekking tot artikel 3, lid 1, sub b, 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), dat identiek is aan bovengenoemd artikel 7, lid 1, sub b, arrest van 8 april 2003, Linde e.a., C-53/01–C-55/01, Jurispr. blz. I-3161, punt 40].

33 Dit onderscheidend vermogen moet enerzijds worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving is aangevraagd, en anderzijds met betrekking tot de perceptie ervan door het relevante publiek, dat bestaat uit de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument van die waren of diensten (zie arrest Linde e.a., reeds aangehaald, punt 41, en arrest van 12 februari 2004, Koninklijke KPN Nederland, C-363/99, Jurispr. blz. I-1619, punt 34).

34 Dienaangaande blijkt uit de motivering van de bestreden arresten dat het Gerecht bij de uitlegging van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

35 Het Gerecht heeft immers in overeenstemming met vaste rechtspraak van het Hof het ontbreken van onderscheidend vermogen van de betrokken merken beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving is aangevraagd, en met betrekking tot de perceptie van het relevante publiek, dat in casu bestaat uit alle consumenten.

36 Het Gerecht heeft eveneens terecht opgemerkt dat de criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken bestaande uit de vorm van de waar zelf, niet verschillen van de voor andere categorieën merken te hanteren criteria. Het heeft er evenwel aan herinnerd dat bij de toepassing van deze criteria kan blijken dat de perceptie van het relevante publiek in het geval van een driedimensionaal merk bestaande uit de vorm en de kleuren van de waar zelf,

niet noodzakelijkerwijs dezelfde is als bij een woord- of beeldmerk dat bestaat uit een van het uiterlijk van de erdoor aangeduide waar onafhankelijk teken. De gemiddelde consument is immers niet gewend om de herkomst van de waar bij gebreke van enig grafisch of tekstueel element af te leiden uit de vorm ervan of uit die van de verpakking, en in het geval van een dergelijk driedimensionaal merk zou het dus moeilijker kunnen zijn om het onderscheidend vermogen vast te stellen dan in het geval van een woord- of beeldmerk (zie in die zin arrest Linde e.a., reeds aangehaald, punt 48, en arrest van 12 februari 2004, Henkel, C-218/01, Jurispr. blz. I-1725, punt 52).

37 In deze omstandigheden wordt de kans groter dat de als merk aangevraagde vorm van een waar elk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 naarmate die vorm een grotere gelijkenis vertoont met de meest waarschijnlijke vorm van de betrokken waar. Alleen een merk dat op significante wijze afwijkt van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is, en derhalve zijn essentiële functie als herkomstaanduiding vervult, heeft onderscheidend vermogen in de zin van deze bepaling [zie met betrekking tot de identieke bepaling van artikel 3, lid 1, sub b, van de Eerste richtlijn (89/104), arrest Henkel, reeds aangehaald, punt 49].

38 Bijgevolg heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 en de relevante rechtspraak van het Hof door te oordelen dat de aangevraagde merken elk onderscheidend vermogen missen in de zin van deze bepaling.

39 Met betrekking tot de wijze waarop het Gerecht deze criteria op de onderhavige gevallen heeft toegepast, zij opgemerkt dat het Gerecht de feiten heeft beoordeeld. Het Gerecht is bij uitsluiting bevoegd om de feiten vast te stellen, behoudens het geval waarin de feitelijke onjuistheid van hetgeen het heeft vastgesteld, voortvloeit uit de hem overgelegde processtukken, en om die feiten te beoordelen. De beoordeling van de feiten levert — behoudens het geval van een onjuiste opvatting van de voorgelegde elementen — geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof in het kader van een hogere voorziening (zie arrest van 19 september 2002, DKV/BHIM, C-104/00 P, Jurispr. blz. I-7561, punt 22).

40 In casu bevat hetgeen het Gerecht heeft vastgesteld, geen enkel element dat een onjuiste opvatting van de aan hem voorgelegde elementen doet vermoeden.

41 Gelet op een en ander is het eerste onderdeel van het middel, betreffende het onderscheidend vermogen van een merk, ongegrond.

Het tweede onderdeel van het middel, betreffende de noodzaak, het merk in zijn geheel te beschouwen

Argumenten van partijen

42 In het tweede onderdeel van het middel betoogt Procter & Gamble dat het Gerecht in werkelijkheid bij de beoordeling, of het betrokken publiek de combinatie van de vormen en de kleurstelling van de betrokken tabletten als een aanduiding van herkomst kan opvatten, niet de door deze combinatie opgeroepen totaalindruk heeft onderzocht, zoals door de rechtspraak wordt geëist. Het Gerecht heeft elk van de verschillende bestanddelen van deze tabletten omstandig onderzocht en uit dit onderzoek zijn conclusies getrokken, zonder evenwel een echt onderzoek te verrichten van de totaalindruk die door de specifieke combinaties wordt opgeroepen.

43 Het BHIM betwist dit onderdeel van het middel en stelt dat het Gerecht de betrokken merken terecht in hun geheel heeft beschouwd, ook al heeft het — eveneens terecht — vastgesteld dat deze aanpak niet uitsluit dat wordt begonnen met een apart onderzoek van elk bestanddeel van deze merken. Het BHIM, dat zelf een dergelijk onderzoek verricht, concludeert dat elk van de betrokken merken de globale indruk van het ontbreken van een onderscheidend teken geeft.

Beoordeling door het Hof

44 Zoals het Hof reeds herhaaldelijk heeft vastgesteld, neemt de gemiddelde consument een merk gewoonlijk als een geheel waar en let hij niet op de verschillende details ervan (zie arresten SABEL, reeds aangehaald, punt 23, en Lloyd Schuhfabrik Meyer, reeds aangehaald, punt 25). Om te beoordelen of een merk onderscheidend vermogen heeft, dient de door dit merk opgeroepen totaalindruk te worden onderzocht (zie arrest SABEL, reeds aangehaald, punt 23, en, met betrekking tot een woordmerk, arrest DKV/BHIM, reeds aangehaald, punt 24).

45 Dit impliceert evenwel niet dat de bevoegde autoriteit, die moet nagaan of het aangevraagde merk — in casu de grafische voorstelling van een combinatie van de vorm en de bestanddelen van een was- of afwasmiddeltablet — door het publiek kan worden opgevat als een aanduiding van de herkomst, niet eerst een achtereenvolgend onderzoek van de verschillende voor dit merk gebruikte elementen van de aanbiedingsvorm kan verrichten. Het kan voor de bevoegde autoriteit immers nuttig zijn om tijdens de globale beoordeling elk bestanddeel van het betrokken merk te onderzoeken.

46 In casu heeft het Gerecht, na een afzonderlijk onderzoek van deze elementen, de totaalindruk die de vorm en de kleurstelling van de betrokken tabletten oproepen, beoordeeld zoals in de in punt 44 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak wordt geëist. Dit blijkt zowel uit de punten 59 tot en met 67 van het arrest T-118/00 als uit de overeenkomstige punten van de arresten T-117/00 en T-119/00 tot en met T-121/00.

47 Bijgevolg bevatten de bestreden arresten geen enkel element dat doet vermoeden, dat het Gerecht zijn beoordeling van het onderscheidend vermogen van de aangevraagde merken niet heeft gebaseerd op de totaalindruk die deze oproepen.

48 Derhalve dient het tweede onderdeel van het middel, betreffende de noodzaak, het merk in zijn geheel te beschouwen, te worden afgewezen.

Het derde onderdeel van het middel, betreffende de definitie van het aandachtsniveau van de gemiddelde consument

Argumenten van partijen

49 In het derde onderdeel van het middel herinnert Procter & Gamble eraan dat afwasmiddeltabletten, en nog in sterkere mate wasmiddeltabletten, op het tijdstip van de indiening van de betrokken merkaanvragen geen dagelijkse verbruiksgoederen waren en toen behoorden tot het duurdere segment van de betrokken markt. In deze omstandigheden betoogt zij dat, anders dan het Gerecht heeft overwogen, de aandacht die de gemiddelde consument van deze waren aan de aanbiedingsvorm ervan besteedde, hoog was.

50 Procter & Gamble voegt eraan toe dat zij in elk geval niet begrijpt waarom de aandacht die de gemiddelde consument aan dagelijkse verbruiksgoederen besteedt, niet hoog zou zijn. Volgens haar maakt het dagelijkse gebruik van dergelijke waren de consument voortdurend opmerkzaam op de aanbiedingsvorm ervan en draagt het bij tot een hoog aandachtsniveau ten aanzien van deze waren.

51 Het BHIM merkt op dat het Gerecht in de bestreden arresten het relevante publiek heeft gedefinieerd als de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument en de betrokken waren dagelijkse verbruiksgoederen heeft genoemd. In dit verband is het volgens het BHIM van belang dat was- of

afwasmiddeltabletten bestemd zijn voor dagelijks gebruik door om het even welke consument. Het feit dat deze tabletten duurder zijn dan de was- of afwasmiddelen in poedervorm, en de omstandigheid dat het nieuwe waren op de markt betreft, impliceren niet dat het gaat om waren uit het duurdere marktsegment, waaraan de consumenten veel aandacht besteden.

52 Verder is het BHIM van mening dat het belangrijk is te weten, op elke wijze de betrokken tabletten worden verkocht, welke de verschillen of de voordelen ervan zijn ten opzichte van andere was- of afwasmiddelen, en op welke wijze zij in feite worden gebruikt in het wasprocédé. Op geen enkel ogenblik tijdens het gebruik van deze tabletten wordt de consument gedwongen of zelfs maar aangespoord om zich meer vragen te stellen over de vorm of het voorkomen ervan.

Beoordeling door het Hof

53 Dienaangaande zij opgemerkt dat de vaststelling door het Gerecht in punt 58 van het arrest T-118/00 en in de overeenkomstige punten van de arresten T-117/00 en T-119/00 tot en met T-121/00, dat het aandachtsniveau van de gemiddelde consument met betrekking tot de vorm en de kleuren van was- en afwasmiddeltabletten niet hoog is, aangezien dit dagelijkse verbruiksgoederen zijn, een beoordeling van de feiten is die, zoals reeds in punt 39 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, niet vatbaar is voor toetsing door het Hof in het kader van een hogere voorziening, wanneer er, zoals in casu, geen sprake is van een onjuiste opvatting van de aan het Gerecht voorgelegde feitelijke elementen.

54 In deze omstandigheden moet ook het derde onderdeel van het middel, betreffende de definitie van het aandachtsniveau van de gemiddelde consument, worden afgewezen.

Het vierde onderdeel van het middel, betreffende het tijdstip waarop het onderscheidend vermogen van een merk moet worden beoordeeld

Argumenten van partijen

55 In het vierde onderdeel van het middel voert Procter & Gamble aan dat het Gerecht ten onrechte geen uitspraak heeft gedaan op de vraag op welk tijdstip het onderscheidend vermogen van de aangevraagde merken moet worden beoordeeld. Volgens haar dient in casu te worden nagegaan welke de gebruikelijke aanbiedingsvorm van de op de markt aanwezige was- en afwasmiddeltabletten was op het tijdstip waarop de respectieve inschrijvingsaanvragen werden ingediend, en dient te worden beoordeeld of de aanbiedingsvorm waarvan de inschrijving als merk wordt aangevraagd, in de ogen van de consument daarvan merkbaar verschilt.

56 Het BHIM betoogt dat het Gerecht het in de bestreden arresten niet nodig heeft geacht om over dit punt uitspraak te doen, op grond dat de betrokken merken onderscheidend vermogen misten op het tijdstip van de indiening van de inschrijvingsaanvragen. In elk geval moeten volgens het BHIM de voor inschrijving van een gemeenschapsmerk geldende voorwaarden zowel op dat tijdstip als op het ogenblik van de inschrijving zijn vervuld.

Beoordeling door het Hof

57 Zoals uit punt 32 van het onderhavige arrest blijkt, heeft een merk onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 wanneer het zich ertoe leent de waren of diensten waarvoor de inschrijving wordt aangevraagd, te onderscheiden van die van andere ondernemingen.

58 In casu heeft het Gerecht in punt 68 van het arrest T-118/00 en in de overeenkomstige punten van de arresten T-117/00 en T-119/00 tot en met T-121/00 terecht geoordeeld dat de vraag, op welk tijdstip het onderscheidend vermogen van de merken in de zin van deze bepaling moet worden beoordeeld, niet behoefde te worden beantwoord, aangezien het had geoordeeld dat de aangevraagde merken niet geschikt zijn om de herkomst van de betrokken waren te onderscheiden en dat deze conclusie niet wordt ontkracht door het aantal soortgelijke tabletten dat reeds op de markt was.

59 In deze omstandigheden heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het geen uitspraak behoefde te doen op de vraag op welke van beide data, het onderscheidend vermogen van de aangevraagde merken moest worden beoordeeld.

60 Het vierde onderdeel van het middel, betreffende het tijdstip waarop het onderscheidend vermogen van een merk moet worden beoordeeld, moet bijgevolg ook als ongegrond worden afgewezen.

Het vijfde onderdeel van het middel, betreffende het criterium van het gebruik van een merk

Argumenten van partijen

61 In het vijfde onderdeel van het middel stelt Procter & Gamble dat de algemene gewoonte van het publiek om kleuren als een aanduiding van de herkomst van een waar op te vatten, een gewoonte die kan worden gecreëerd door het gebruik van andere tekens of door reclame voor deze tekens, onder artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 en niet onder artikel 7, lid 3, van deze verordening valt.

62 Het BHIM is van mening dat de verkrijging van onderscheidend vermogen door gebruik alleen aan de orde is in het kader van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94.

Beoordeling door het Hof

63 Dienaangaande behoeft slechts te worden opgemerkt dat een dergelijk argument faalt, aangezien uit de punten 31 tot en met 38 van het onderhavige arrest blijkt dat het Gerecht artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 juist heeft toegepast en zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting heeft vastgesteld dat de aangevraagde merken onderscheidend vermogen missen.

64 Gelet op het voorgaande zijn de hogere voorzieningen ongegrond, zodat zij moeten worden afgewezen.

Kosten

65 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van dat Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien Procter & Gamble in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van het BHIM worden verwezen in de kosten.

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

rechtdoende:

1) **Wijst de hogere voorzieningen af.**

2) **Verwijst Procter & Gamble Company in de kosten.**

Skouris Cunha Rodrigues Puissochet

Schintgen Macken

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 29 april 2004.

De griffier

R. Grass

De president

V. Skouris