ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

5 maart 2003 *

In zaak T-194/01,

Unilever NV, gevestigd te Rotterdam (Nederland), vertegenwoordigd door V. von Bomhard en A. Renck, advocaten,

verzoekster,

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM), vertegenwoordigd door F. López de Rego en J. F. Crespo Carrillo als gemachtigden,

verweerder,

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 22 mei 2001 (zaak R 1086/2000-1),

* Procestaal: Engels.

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: R. M. Moura Ramos, kamerpresident, J. Pirrung en A. W. H. Meij, rechters,

griffier: D. Christensen, administrateur,

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 13 november 2002,

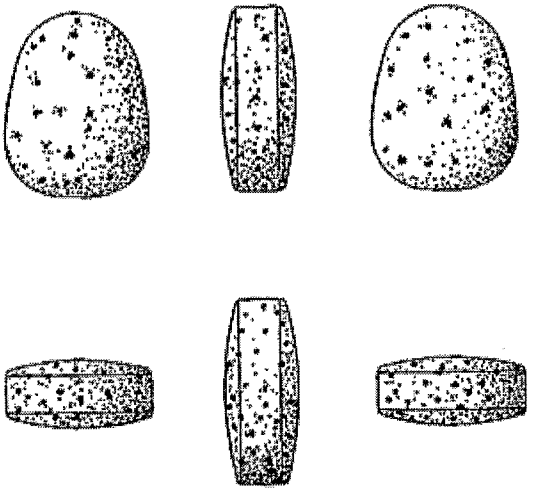
het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geschil

1 Op 9 december 1999 heeft verzoekster bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (hierna: „Bureau") een aanvraag voor de inschrijving van een gemeenschapsmerk ingediend 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 De inschrijvingsaanvraag betreft het volgende driedimensionale merk:



Er is geen bepaalde kleur geclaimd.

3 De waren waarvoor de aanvraag is 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: „Reinigingsmiddelen; wasmiddelen en -substanties; preparaten voor weefselconditionering; bleekmiddelen; reinigings-, polijst-, ontvettings- en schuurmiddelen; preparaten voor vaatwasdoeleinden; zepen; parfumerieën; etherische oliën; cosmetica; cosmetische crèmes; haarlotions; deodorants voor persoonlijk gebruik; aluinstenen; polijststeen; puimstenen; scheerstenen; tripelaarde voor het polijsten; badzouten; bleekzouten; antitranspiratiemiddelen; tandreinigingsmiddelen; make-uppreparaten; make-upverwijderende middelen; producten voor de toiletverzorging."

4 Bij beslissing van 7 september 2000 heeft de onderzoeker de aanvraag afgewezen op grond van artikel 38 van verordening nr. 40/94. Zijns inziens miste het betrokken merk elk onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

5 Op 7 november 2000 heeft verzoekster krachtens artikel 59 van verordening nr. 40/94 bij het Bureau beroep ingesteld tegen de beslissing van de onderzoeker.

6 Bij beslissing van 22 mei 2001 (hierna: „bestreden beslissing"), die verzoekster op 5 juni 2001 is betekend, heeft de kamer van beroep de beslissing van de onderzoeker vernietigd voor de volgende waren: „parfumerieën, etherische oliën, cosmetische crèmes, haarlotions, deodorants voor persoonlijk gebruik, antitranspiratiemiddelen en tandreinigingsmiddelen". Verzoeksters beroep werd voor het overige verworpen.

7 De kamer van beroep heeft in wezen geoordeeld dat het betrokken merk onderscheidend vermogen mist voor vaste reinigingsmiddelen en verwante waren. Haars inziens verschilt de onregelmatige ovaloïde vorm van het betrokken merk niet significant van de schijfvorm die gewone zeep of reinigingsmiddelen vanouds vertonen, ook al zijn beide vormen niet volstrekt identiek. Ook de spikkels op het tablet zijn alledaags. Tabletten als die van verzoekster zijn een basisconcept voor de verpakking van reinigingsmiddelen en een breed scala van soortgelijke waren. Het betrokken tablet heeft geen bijzondere kenmerken waardoor het zich onderscheidt van andere soortgelijke vormen op de markt.

Procesverloop en conclusies van partijen

8 Bij op 14 augustus 2001 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld. Op 13 november 2001 heeft het Bureau een memorie van antwoord ingediend. Verzoekster heeft niet op grond van artikel 135, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht verzocht om een memorie van repliek te mogen indienen.

9 Bij wijze van maatregel tot organisatie van de procesgang heeft het Gerecht partijen verzocht een vraag te beantwoorden. Daarnaast is verzoekster verzocht om overlegging van bepaalde documenten. Verzoekster heeft daarop een memorie met bijlagen ingediend. Het Gerecht heeft besloten akte te nemen van verzoeksters antwoord op de gestelde vraag en van de desgevraagd overgelegde documenten. Derhalve zijn dit antwoord, opgenomen in de punten 1 tot en met 13, 35 en 36 van de memorie, en bijlage 20 daarbij toegevoegd aan het dossier. Het Gerecht heeft voor het overige geweigerd die memorie en de andere bijlagen in te schrijven, die zijn geretourneerd aan verzoekster.

10 In haar verzoekschrift heeft verzoekster geconcludeerd dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beslissing te herzien zodat het aangevraagde merk kan worden ingeschreven;

— subsidiair, de bestreden beslissing te vernietigen;

— het Bureau te verwijzen in de kosten.

11 Ter terechtzitting heeft verzoekster verklaard dat zij de opgave van de waren waarvoor de merkaanvraag is ingediend, wenst te beperken in die zin dat de aanvraag voortaan uitsluitend betrekking heeft op afwasmiddelen. Op een vraag van het Gerecht heeft verzoekster geantwoord dat deze verklaring meebrengt dat zij haar tweede middel — schending van de motiveringsplicht met betrekking tot een deel van de waren waarvoor de kamer van beroep de beslissing van de onderzoeker heeft bevestigd — intrekt en dat zij thans enkel vernietiging van de bestreden beslissing vordert wegens schending van artikel 7, lid 1, sub b, van

verordening nr. 40/94. In dat verband wil zij het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk enkel beoordeeld zien voor afwasmiddelen.

12 Het Bureau concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

De strekking van verzoeksters vorderingen

13 Aangaande de door verzoekster ter terechtzitting afgelegde verklaringen zij eraan herinnerd dat de aanvrager van een gemeenschapsmerk te allen tijde het Bureau kan verzoeken om de opgave van de waren en diensten te beperken, overeenkomstig artikel 44 van verordening nr. 40/94 en regel 13 van verordening (EG) nr. 2868/95 van de Commissie van 13 december 1995 tot uitvoering van verordening nr. 40/94 (PB L 303, blz. 1). Blijkens deze bepalingen gelden voor een beperking van de in de inschrijvingsaanvraag opgenomen opgave van waren of diensten bepaalde bijzondere modaliteiten. Het mondelinge verzoek van verzoekster ter terechtzitting respecteert deze modaliteiten niet en kan derhalve niet als wijzigingsverzoek in de zin van die bepalingen worden beschouwd.

14 Anderzijds moet die verklaring evenwel aldus worden uitgelegd dat verzoekster afstand van instantie doet voorzover zij vernietiging van de bestreden beslissing voor andere waren dan afwasmiddelen heeft gevorderd.

15 Een dergelijke gedeeltelijke afstand van instantie is als zodanig niet in strijd met het verbod van artikel 135, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht om voor het Gerecht wijziging te brengen in het onderwerp van het geschil zoals dat voor de kamer van beroep is gebracht. Met haar vordering tot vernietiging van alleen dat deel van de bestreden beslissing dat betrekking heeft op afwasmiddelen, verzoekt verzoekster het Gerecht immers niet om uitspraak te doen op andere vorderingen dan bij de kamer van beroep aanhangig waren gemaakt. Door haar vordering voor een hele reeks van andere waren van klasse 3 van de Overeenkomst van Nice in te trekken, concentreert zij haar beroep integendeel op de waren waarom het in de merkaanvraag primair te doen is, namelijk een bepaalde categorie van vaste reinigingsmiddelen.

16 Wat verzoeksters vordering betreft, het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk enkel te beoordelen met betrekking tot afwasmiddelen, moet evenwel erop worden gewezen dat haar gedeeltelijke afstand van instantie niet van invloed is op het beginsel dat het Gerecht in een geding als het onderhavige de rechtmatigheid van de beslissing van de kamer van beroep dient te toetsen, en wel met inachtneming van het feitelijke en juridische kader van het geschil zoals dat voor de kamer van beroep is gebracht. Een partij kan derhalve door gedeeltelijke intrekking van haar vorderingen geen wijziging brengen in de feitelijke en juridische gegevens op basis waarvan de rechtmatigheid van de beslissing van de kamer van beroep wordt getoetst.

17 Gelet op hetgeen verzoekster ter terechtzitting heeft verklaard, vordert zij thans nog slechts vernietiging van de bestreden beslissing voorzover daarbij het beroep met betrekking tot afwasmiddelen is verworpen, en verwijzing van het Bureau in de kosten.

De rechtmatigheid van de bestreden beslissing

Argumenten van partijen

18 Nu verzoekster afstand heeft gedaan van haar tweede middel — schending van de motiveringsplicht — berust haar beroep op één middel, namelijk schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94. Dit middel bestaat uit vier onderdelen. In de eerste plaats heeft de kamer van beroep artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 onjuist uitgelegd door strengere criteria te hanteren voor driedimensionale merken dan voor andere merken. In de tweede plaats is de kamer van beroep voorbijgegaan aan de situatie op de betrokken markt en de gewoonten van de consumenten. In de derde plaats heeft de kamer van beroep miskend dat het betrokken merk zich voldoende van de gebruikelijke vormen van afwastabletten onderscheidt om onderscheidend vermogen te hebben. In de vierde plaats pleiten de rechtspraak in bepaalde lidstaten en de praktijk van de nationale merkenbureaus ervoor dat afwastabletvormen die verschillen van de gebruikelijke basisvormen, als gemeenschapsmerken kunnen worden beschermd.

19 In het eerste onderdeel van het middel verwijt verzoekster de kamer van beroep dat zij in strijd met artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 driedimensionale merken en traditionele merken ongelijk behandelt. Volgens verordening nr. 40/94 is de mogelijkheid van inschrijving van een merk de regel en het bestaan van een weigeringsgrond in de zin van artikel 7 van verordening nr. 40/94 de uitzondering. De bewijslast voor het bestaan van een absolute weigeringsgrond rust dus op het Bureau. De kamer heeft van de regel de uitzondering gemaakt en van de uitzondering de regel, en de bewijslast met betrekking tot de driedimensionale merken, meer in het bijzonder afwastabletten, omgekeerd. Zij wijst erop dat een minimaal onderscheidend vermogen volstaat om een merk te kunnen inschrijven.

20 De idee dat consumenten vormen in beginsel niet als aanduiding van de herkomst van de waar opvatten, is onjuist. Consumenten denken niet na over de herkomst van dagelijkse verbruiksgoederen, die hun niet eens bekend is, maar letten uitsluitend op het onderscheid tussen de verschillende waren zelf. Merken fungeren dus niet als herkomstaanduiding, maar veeleer als aanduiding van de waar. Om de waren van elkaar te onderscheiden, baseren de consumenten zich op vele tekens zoals de verpakking, de kleur en de vorm van de waar, waarbij de naam van de waar niet het belangrijkste teken is.

21 De toepassing van strengere criteria op driedimensionale merken kan niet ermee worden gerechtvaardigd dat de vormen moeten worden vrijgehouden voor gebruik door alle marktdeelnemers. Deze „noodzaak tot vrijhouding" is geen autonome weigeringsgrond. Voorts wordt met de inschrijving van driedimensionale merken niet beoogd de verkoop van een bepaalde waar te monopoliseren, maar de bijzondere aanbiedingsvorm van een waar te beschermen. Strengere criteria voor driedimensionale merken kunnen ook niet worden gerechtvaardigd door overwegingen van bescherming van tekeningen en modellen.

22 In het tweede onderdeel van het middel kritiseert verzoekster dat de kamer van beroep haar vaststelling dat consumenten de opmaak van reinigingstabletten niet als herkomstaanduiding opvatten, uitsluitend op abstracte overwegingen heeft gebaseerd en niet op feiten en bewijsmateriaal. De kamer van beroep heeft geen rekening gehouden met alle omstandigheden van het concrete geval, inzonderheid de situatie op de markt, waarop zij had gewezen.

23 Wat de situatie op de markt betreft, de producenten van was- en afwasmiddeltabletten in Europa gebruiken de vorm en de opmaak daarvan om hun waren te onderscheiden van die van andere marktdeelnemers. Consumenten zijn steeds in staat geweest om verschillende tabletten naar vorm en kleur te

onderscheiden, wat zij ook daadwerkelijk hebben gedaan. Hoe dan ook zijn consumenten eraan „gewend" om dit te doen. Het effect van die „gewenning" moet worden onderscheiden van het verkregen onderscheidend vermogen.

24 De producenten van was- en afwasmiddeltabletten kennen de markt het best. Dat zij verschillende vormen en kleuren hebben gekozen om hun vaste reinigingsmiddelen te onderscheiden van die van hun concurrenten, en streven naar merkbescherming daarvan, moet derhalve worden gezien als bewijs, of althans als belangrijke aanwijzing, dat consumenten de kenmerken van de tabletten waarnemen en zich op basis daarvan, en niet uitsluitend op basis van de namen van de waren, op de markt oriënteren.

25 Met het derde onderdeel van het middel betwist verzoekster de vaststelling van het Bureau dat het tablet waarom het in casu gaat, een standaardvorm en -uiterlijk heeft. Het is juist dat ronde of rechthoekige tabletten met een of twee gekleurde lagen gewoon zijn geworden op de markt van reinigingsmiddelen en derhalve kunnen worden geacht elk onderscheidend vermogen te missen.

26 In casu gaat het evenwel om een onregelmatige ovale vorm met afgeschuinde randen en grote donkere spikkels, die op een kiezelsteen lijkt. Europese consumenten letten op de vorm en de kleuren van reinigingstabletten, wat betekent dat het in aanmerking komende publiek de „kiezelsteen"-vorm zeker zal onderscheiden van de ronde of rechthoekige tabletvormen die op de betrokken markt gewoonlijk worden gebruikt. Deze vorm is uniek op de markt en is door geen enkele marktdeelnemer voor de betrokken waren gebruikt. Op de markt zijn enkel ronde of rechthoekige tabletten, wat verzoekster aantoont aan de hand van een aantal voorbeelden. De grote en goed zichtbare spikkels op het litigieuze tablet verschillen van die bij andere was- en afwasmiddeltabletten op de markt, die veel kleinere spikkels hebben die niet als zodanig zijn te onderscheiden. De

kamer van beroep had in dit verband bewijs moeten vergaren voor haar opvatting dat het in casu een gangbare vorm betrof. In antwoord op een vraag van het Gerecht heeft verzoekster te kennen gegeven dat zijzelf thans geen afwastablet met de vorm van het betrokken merk op de markt brengt, zodat zij geen driedimensionaal voorbeeld van het betrokken merk kan overleggen.

27 De kamer van beroep heeft in de bestreden beslissing erkend dat de in casu aangevraagde vorm een onregelmatige ovale vorm is die niet overeenstemt met de standaardvorm van reinigingsmiddelen. De kamer van beroep heeft ten onrechte geconcludeerd dat het betrokken merk enkel kan worden ingeschreven wanneer het zich significant onderscheidt van de gangbare vormen en bijzondere kenmerken vertoont.

28 Ter terechtzitting heeft verzoekster hieraan toegevoegd dat voor afwasmiddelen enkel de rechthoekige vorm op de markt gebruikelijk is, omdat dit de vorm is van het afwasmiddelreservoir van vaatwasmachines. Dit betekent dat voor afwasmiddelen enkel de rechthoekige vorm onderscheidend vermogen mist. Dit is anders bij de „kiezelsteen"-vorm waarom het in casu gaat. Deze vorm is uniek en onderscheidt zich significant van de gangbare basisvormen die tot dusverre op de markt worden gebruikt. Ook al zou deze vorm worden beschouwd als dicht in de buurt komend van die van een rond tablet, dat op de markt van wasmiddelen gebruikelijk is, dan nog kan niet worden gesteld dat het onderscheidend vermogen mist waar het afwasmiddelen betreft.

29 Verder heeft verzoekster ter terechtzitting gesteld dat voor reinigingsmiddelen enkel een beperkt aantal tabletvormen mogelijk zijn, aangezien de tabletten bestaan uit gecomprimeerd waspoeder dat zou kunnen verbrokkelen indien de gekozen vormen te veel bewerkt werden. Dit betekent dat voor deze tabletten geringe afwijkingen van de basisvormen moeten volstaan om een vorm onderscheidend vermogen toe te kennen.

30 In het vierde onderdeel van het middel stelt verzoekster dat uit de rechtspraak en de praktijk in bepaalde lidstaten en de praktijk van het Bureau zelf blijkt dat in casu te strenge criteria worden gehanteerd. Om te beginnen verwijst zij naar rechterlijke uitspraken in Duitsland, Nederland en Italië. Zij leidt uit deze rechtspraak af dat volgens sommige nationale rechterlijke instanties was- en afwasmiddeltabletten met ook maar lichte afwijkingen van de gebruikelijke vorm van die waren voldoende onderscheidend vermogen bezitten om die opmaak als merk te beschermen. Dit geldt a fortiori voor de vorm waarom het in casu gaat.

31 Vervolgens stelt zij dat de nationale autoriteiten van diverse lidstaten verschillende tabletvormen van reinigingsmiddelen hebben ingeschreven zonder als voorwaarde te stellen dat deze frappante verschillen vertonen met de reeds bekende standaardvormen. De litigieuze tabletvorm onderscheidt zich in sterkere mate van de standaardvormen dan de op nationaal niveau ingeschreven merken.

32 Ten slotte beroept zij zich op de inschrijvingspraktijk van het Bureau met betrekking tot driedimensionale merken voor reinigingstabletten. In de eerste plaats verwijst zij naar de twee gepubliceerde merkaanvragen nrs. 809 830 en 924 829. Hoewel die aanvragen niet tot een inschrijving hebben geleid, waren de onderzoekers blijkbaar van mening dat er voldoende onderscheidend vermogen was. Dit was echter vóór het principebesluit van het Bureau, geen tabletvormen van reinigingsmiddelen in te schrijven tenzij zij frappante verschillen met de gebruikelijke tabletten vertonen. Nochtans heeft het Bureau enkele tabletvormen van reinigingsmiddelen ingeschreven. Worden die inschrijvingen gelegd naast de weigering van haar aanvraag in casu, dan blijkt dat binnen het Bureau onzekerheid bestaat over welke criteria moeten worden gehanteerd voor de inschrijving van merken voor reinigingstabletten.

33 Het strookt met het doel van verordening nr. 40/94 en met de praktijk van de nationale merkenbureaus wanneer het Bureau dergelijke merken zou toelaten zodra zij een minimum aan onderscheidend vermogen hebben. Het betrokken

merk bezit een dergelijk minimaal onderscheidend vermogen. Deze benadering heeft vanzelfsprekend gevolgen voor de beschermingsomvang van de betrokken merken, die per geval door de rechterlijke instanties in inbreukprocedures moet worden afgebakend.

34 Het Bureau antwoordt op het eerste middelonderdeel dat de door de kamer van beroep gehanteerde criteria niet ertoe leiden dat driedimensionale merken die bestaan uit de vorm van de waar en andere merken ongelijk worden behandeld. De kamer van beroep heeft bij de toepassing van artikel 7 van verordening nr. 40/94 enkel rekening gehouden met de bijzondere kenmerken van de betrokken waren en de omstandigheden waaronder die waren in de handel worden gebracht.

35 Wat het tweede middelonderdeel betreft, merkt het Bureau op dat verzoekster onvoldoende rekening houdt met het belang dat de naam van de waar heeft voor de keuze door de consument. Voorts laakt het verzoeksters marktanalyse, omdat daarbij noch de prijs noch de kwaliteit van de waren wordt onderzocht. Uit het feit dat de tabletten op de verpakking van de waren zijn afgebeeld, mag niet worden afgeleid dat deze tabletten onderscheidend vermogen hebben. Verzoeksters verklaring dat consumenten in staat zijn verschillende wasmiddeltabletten naar vorm en kleur te onderscheiden en dat zij daaraan zijn gewend, is louter een veronderstelling die niet wordt gestaafd door bewijzen met betrekking tot de basis- of standaardvormen en de voor de hand liggende variaties daarop.

36 Aangaande het derde middelonderdeel verklaart het Bureau dat de consument de verschillen tussen de vorm waarvan de inschrijving wordt verzocht en de ronde of rechthoekige basisvormen van de reinigingstabletten niet opmerkt. Dit blijkt om te beginnen uit vergelijking van de grafische voorstelling van het betrokken merk met die van een soortgelijk rond tablet. Wordt het litigieuze tablet van zes verschillende kanten voorgesteld, dan zijn vier van die voorstellingen identiek aan die van een rond tablet, terwijl de ovaloïde vorm slechts op twee van die voorstellingen te zien is. Bovendien, wanneer reinigingstabletten op een

verpakking worden afgebeeld, worden zij normaliter groepsgewijs en/of in perspectief weergegeven. In geen van beide gevallen is enig verschil te zien tussen de betrokken ovaloïde vorm en een ronde vorm. Wat de spikkels op de oppervlakte van het merk betreft, verwijst het Bureau naar de arresten van het Gerecht van 19 september 2001 inzake driedimensionale merken [Henkel/BHIM (Rechthoekig rood en wit tablet), T-335/99, Jurispr. blz. II-2581; (Rechthoekig groen en wit tablet), T-336/99, Jurispr. blz. II-2589; (Rond rood en wit tablet), T-337/99, Jurispr. blz. II-2597; Procter & Gamble/BHIM (Vierkant wit en lichtgroen tablet), T-117/00, Jurispr. blz. II-2723; (Vierkant tablet, wit met groene spikkels en lichtgroen), T-118/00, Jurispr, blz. II-2731; (Vierkant wit tablet met gele en blauwe spikkels), T-119/00, Jurispr. blz. II-2761; (Vierkant wit tablet met blauwe spikkels), T-120/00, Jurispr. blz. II-2769; (Vierkant wit tablet met groene en blauwe spikkels), T-121/00, Jurispr. blz. II-2777; (Vierkant tablet met inzetstuk), T-128/00, Jurispr. blz. II-2785; (Rechthoekig tablet met inzetstuk), T-129/00, Jurispr. blz. II-2793]. Volgens die arresten volstaan spikkels niet om de opmaak van een reinigingstablet als aanduiding van de herkomst van de waar te kunnen opvatten. Het aangevraagde merk kan de betrokken waren niet onderscheiden van die met een andere herkomst. De betrokken vorm is gangbaar of in elk geval een voor de hand liggende variatie op de ronde, vierkante of rechthoekige standaardvorm.

37 Wat ten slotte het vierde middelonderdeel betreft, stelt het Bureau dat de benadering die is gevolgd in de door verzoekster aangehaalde nationale rechterlijke uitspraken na de arresten van het Gerecht van 19 september 2001 (aangehaald in punt 36 supra) niet meer geldig is. Volgens de rechtspraak van het Gerecht vormen de reeds in lidstaten verrichte inschrijvingen enkel een factor die een rol kan spelen bij de inschrijving van een gemeenschapsmerk, zonder evenwel beslissend te zijn. De inschrijvingen die verzoekster bij wijze van voorbeeld heeft aangehaald, tonen aan dat de inschrijvingspraktijk van het Bureau ten aanzien van merken voor reinigingstabletten coherent is geweest.

Beoordeling door het Gerecht

38 Volgens artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 wordt de inschrijving geweigerd van „merken die elk onderscheidend vermogen missen".

39 Blijkens de rechtspraak is artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 inzonderheid gericht tegen merken die vanuit 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 [arrest Gerecht van 2 juli 2002, SAT.1/BHIM (SAT.2), T-323/00, Jurispr. blz. II-2839, punt 37]. Dergelijke merken stellen de consument die de door dit merk aangeduide waar heeft verkregen of aan wie de door dit merk aangeduide dienst is verleend, immers niet in staat om bij een latere aankoop of opdracht, in geval van een positieve ervaring, die keuze te herhalen of, in geval van een negatieve ervaring, een andere keuze te maken [arrest Gerecht van 27 februari 2002, Rewe-Zentral/BHIM (LITE), T-79/00, Jurispr. blz. II-705, punt 26].

40 Het onderscheidend vermogen van een merk kan derhalve enkel worden beoordeeld in verhouding tot de waren en diensten waarvoor de inschrijving wordt aangevraagd en uitgaande van de perceptie van het merk door het relevante publiek (arresten LITE, punt 27, en SAT.2, punt 37, beide aangehaald in het vorige punt).

41 Met betrekking tot de waren die het voorwerp van het onderhavige beroep zijn, namelijk afwasmiddelen behorend tot klasse 3 in de zin van de Overeenkomst van Nice, bestaat het aangevraagde merk uit de verschijningsvorm van de waar zelf.

42 De afwastabletten die het voorwerp van het onderhavige beroep zijn, evenals de overige in de oorspronkelijke merkaanvraag en de bestreden beslissing vermelde waren behorend tot klasse 3 van de Overeenkomst van Nice, zijn wijdverbreide verbruiksgoederen. Het in aanmerking komende publiek wat deze waren betreft 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). Voorts hangt de wijze waarop de doelgroep, in casu de gemiddelde consument, het merk opvat, af van zijn aandachtsniveau, 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).

43 Bovendien is niet vereist dat een 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 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).

44 Aangaande het eerste middelonderdeel, ongelijke behandeling van driedimensionale merken en andere merken, moet eraan worden herinnerd dat artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 geen onderscheid maakt tussen de verschillende categorieën merken. De criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken bestaande uit de verschijningsvorm van de waar zelf, verschillen dus niet van de voor andere categorieën merken te hanteren criteria [arrest Rechthoekig tablet met inzetstuk, aangehaald in punt 36 supra, punt 50; zie eveneens, wat artikel 2 betreft 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), arrest Hof van 18 juni 2002, Philips, C-299/99, Jurispr. blz. I-5475, punt 48, en, wat artikel 3, lid 1, sub b, van richtlijn 89/104/EEG betreft, de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer van 24 oktober 2002 in de gevoegde zaken C-53/01—C-55/01, Linde e.a., Jurispr. blz. I-3161, punt 13].

45 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 verschijningsvorm 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 verschijningsvorm 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 de verschijningsvorm van de waar zelf (arrest Rechthoekig tablet met inzetstuk, aangehaald in punt 36 supra, punt 51, en conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer, aangehaald in punt 44 supra, punt 12).

46 Blijkens de bestreden beslissing, inzonderheid de punten 14 en 15 ervan, heeft de kamer van beroep het aangevraagde merk beoordeeld met inachtneming van bovenstaande overwegingen. Bijgevolg heeft de kamer van beroep voor driedimensionale merken die bestaan uit de vorm van de waar, geen strengere criteria gehanteerd dan voor andere merken. Het eerste middelonderdeel is derhalve niet gegrond.

47 Met betrekking tot het tweede middelonderdeel, dat erover klaagt dat de kamer van beroep geen rekening zou hebben gehouden met de situatie op de betrokken markt, blijkt uit punt 7 van de bestreden beslissing dat de kamer van beroep kennis heeft genomen van verzoeksters argumenten met betrekking tot de situatie op de markt van reinigingsmiddelen. Zij deelt evenwel niet verzoeksters standpunt dat de consumenten de verschillende in tabletvorm aangeboden reinigingsmiddelen onderscheiden aan de hand van de vormen en kleuren van die tabletten. Dit oordeel heeft zij met name gebaseerd op het feit dat de producenten van dergelijke tabletten conventionele merken gebruiken, waaruit volgens de kamer van beroep blijkt dat die producenten zelf betwijfelen of de verschijningsvorm van de waren kan dienen als aanduiding van de commerciële herkomst.

48 In dit verband moet verzoeksters stelling worden verworpen dat het aan het Bureau is om aan de hand van concreet bewijsmateriaal aan te tonen dat consumenten de opmaak van reinigingsmiddelen niet als herkomstaanduiding opvatten. Het betreft immers dagelijkse verbruiksgoederen die doorgaans worden

verkocht in verpakkingen waarop de naam van die waren is vermeld en veelal woord- of beeldmerken of andere grafische elementen te zien zijn, waaronder mogelijk een afbeelding van de waar. Het is een algemeen ervaringsgegeven dat bij aldus in de handel gebrachte waren het aandachtsniveau van de gemiddelde consument voor de verschijningsvorm ervan niet hoog is. In die omstandigheden is het aan de aanvrager van een merk om aan te tonen dat dit niet geldt voor de gewoonten van de consumenten op de betrokken markt, en kan van het Bureau niet worden gevergd dat het een economische marktanalyse maakt of zelfs een enquête houdt onder de consumenten om vast te stellen in hoeverre deze letten op de verschijningsvorm van waren die tot een bepaalde categorie behoren. De aanvrager van een dergelijk merk is, gezien zijn grondige kennis van de markt, waarop verzoekster zichzelf beroept, veel beter in staat om dienaangaande concrete en gefundeerde gegevens te verschaffen.

49 Verzoekster stelt inzonderheid dat de consumenten eraan zijn „gewend" om verschillende reinigingstabletten naar vorm en kleur te onderscheiden. In de in punt 36 supra aangehaalde arresten van 19 september 2001 (in het bijzonder arrest Rechthoekig tablet met inzetstuk, punt 61) heeft het Gerecht vastgesteld dat de kans dat de consumenten de gewoonte aannemen dergelijke waar op basis van de verschijningsvorm ervan te herkennen, niet volstaat om de weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 buiten toepassing te laten, nu een dergelijke evolutie van de perceptie van het teken door het publiek, wanneer zij wordt aangetoond, alleen in het kader van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 in aanmerking kan worden genomen. Dienaangaande moet worden verduidelijkt dat de „gewenning" waarop verzoekster zich beroept, niet gelijkstaat met verkregen onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94. Verzoeksters betoog betreft namelijk niet de vraag of een specifieke vorm van een waar onderscheidend vermogen heeft, maar heeft tot doel het Gerecht ervan te overtuigen, dat het rekening moet houden met de betekenis die het in aanmerking komende publiek in het algemeen toekent aan de verschijningsvorm van een bepaalde categorie van waren.

50 Het enkele feit dat verzoekster en haar concurrenten voor hun vaste reinigingsmiddelen verschillende vormen en kleuren hebben gekozen en streven naar merkbescherming daarvan, is evenwel onvoldoende grond om aan te nemen dat de verschijningsvorm van die waren door de doelgroep normaliter wordt ervaren als aanduiding van de commerciële herkomst ervan.

51 Verzoekster heeft voor de kamer van beroep geen concreet bewijs aangedragen voor haar stelling dat de vorm en kleur van reinigingstabletten een belangrijke rol spelen bij de keuze van de consument tussen verschillende waren. In die omstandigheden kan de kamer van beroep niet worden verweten geen rekening te hebben gehouden met de situatie op de betrokken markt.

52 Daarbij komt dat verzoekster dergelijk bewijs evenmin in een later stadium van de procedure heeft aangedragen; het Gerecht behoeft in de onderhavige zaak dan ook geen uitspraak te doen op de vraag of het in het kader van een beroep krachtens artikel 63 van verordening nr. 40/94 rekening mag houden met gegevens die niet ten overstaan van de kamer van beroep zijn aangevoerd. Verzoekster heeft weliswaar getracht dergelijk bewijs aan het Gerecht over te leggen bij de memorie die zij indiende op de door het Gerecht getroffen maatregelen tot organisatie van de procesgang, die gelijkstond met een memorie van repliek met bepaalde bijlagen. Daarbij heeft zij evenwel niet de voorwaarden van artikel 135, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering voor de indiening van een aanvullende memorie in acht genomen, zodat de andere gegevens dan de antwoorden op de maatregelen tot organisatie van de procesgang, die zij met die memorie ter kennis van het Gerecht wilde brengen, hoe dan ook niet in aanmerking konden worden genomen.

53 Het tweede middelonderdeel faalt derhalve.

54 Om in het kader van het derde middelonderdeel te beoordelen of de kamer van beroep het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk heeft miskend, dient de door de verschijningsvorm van het betrokken tablet 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.

55 De driedimensionale vorm waarvoor de inschrijving is gevraagd, ziet er van opzij of van boven uit als een rechthoek met convexe lange zijden. In dat opzicht onderscheidt hij zich dus niet van andere convexe, ronde of vierhoekige tabletvormen. Van voren gezien heeft het betrokken tablet een onregelmatige ovale of ovaloïde vorm met een uitlopend en afgeplat onderste gedeelte, en lijkt het vaag op een trapeziumvorm met sterk afgeronde hoeken.

56 Die vorm is als zodanig geen geometrische basisvorm, maar een combinatie van de kenmerken van verschillende afgeronde vormen en lijkt eveneens aan te sluiten bij bepaalde vierhoekige vormen. Hij heeft dus erg veel weg van bepaalde tabletvormen die gewoonlijk voor reinigingsmiddelen worden gebruikt, inzonderheid de ronde en ovale tabletvormen alsmede, in mindere mate, de rechthoekige tabletvormen.

57 Zoals het Bureau terecht heeft opgemerkt, kunnen de verschillen tussen de aangevraagde vorm en die andere vormen niet gemakkelijk worden waargenomen. De aangevraagde vorm is een variant van de gewoonlijk gebruikte basisvormen en onderscheidt zich daarvan niet voldoende om het in aanmerking komend publiek in staat te stellen die vorm te herkennen en bij een latere aankoop of opdracht een positieve aankoopervaring te herhalen of een negatieve te vermijden.

58 De spikkels op het tablet kunnen het aangevraagde merk geen onderscheidend vermogen verlenen. Bij het combineren van verschillende stoffen in een reinigingsmiddel is de toevoeging van spikkels immers een van de meest voor de hand liggende oplossingen (zie inzonderheid arrest Rechthoekig tablet met inzetstuk, aangehaald in punt 36 supra, punt 58). Bovendien zijn spikkels een gangbaar bestanddeel van het uiterlijk van vaste reinigingsmiddelen. Dat de op het aangemelde tablet zichtbare spikkels betrekkelijk groot zijn, kan geen significante invloed uitoefenen op het onderscheidend vermogen van het betrokken merk. Poeder dat bestaat uit lichte en donkere deeltjes en dat wordt

samengeperst in de vorm van een tablet, heeft immers een dergelijk gespikkeld voorkomen; dat de spikkels niet allemaal even groot zijn, wordt eenvoudig verklaard door de grootte van de deeltjes waaruit dat poeder bestaat.

59 De kamer van beroep heeft derhalve terecht geoordeeld dat de verschijningsvorm van het aangevraagde tablet elk onderscheidend vermogen mist.

60 Verzoeksters argument dat gewoonlijk op de markt van afwasmiddelen enkel rechthoekige tabletten worden gebruikt en dat elke andere vorm dus onderscheidend vermogen heeft, kan hieraan niet afdoen. Om te beginnen kan, zoals in de punten 15 en 16 supra is uiteengezet, verzoeksters gedeeltelijke afstand van instantie geen aanleiding zijn voor het Gerecht om buiten het kader van de rechtmatigheidstoetsing van de bestreden beslissing te treden en het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk te onderzoeken op de grondslag van andere feiten dan voor de kamer van beroep waren aangevoerd.

61 Bovendien, gesteld al dat de kamer van beroep het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk afzonderlijk had moeten onderzoeken voor afwasmiddelen en dat was komen vast te staan dat enkel de rechthoekige vorm thans voor die waren wordt gebruikt, dan nog zou geconcludeerd mogen worden dat de verschijningsvorm van het aangevraagde tablet elk onderscheidend vermogen mist. De andere geometrische basisvormen, zoals ronde, ovale, vierkante of cylindrische tabletten, en de varianten daarvan, kunnen eveneens gewoonlijk voor deze waren worden gebruikt, omdat al die vormen voor de hand liggen wanneer poeder in een vaste vorm wordt samengeperst.

62 Dat op de verwante markt van wasmiddelen ronde, vierkante en ovale tabletten worden gebruikt, is een concrete aanwijzing dat die vormen eveneens gewoonlijk voor afwasmiddelen kunnen worden gebruikt.

63 Verzoeksters argument dat de rechthoekige vorm van de afwastabletten de vorm is van het desbetreffende reservoir van vaatwasmachines, kan deze aanwijzing niet reeds ontzenuwen. Ovale of cylindrische tabletten alsmede, naargelang de grootte ervan, ronde of vierkante tabletten passen immers net zo goed in dat reservoir als rechthoekige tabletten.

64 Ook verzoeksters argument dat uiterst geringe verschillen tussen het aangevraagde merk en de basisvormen in dit geval zouden volstaan om een onderscheidend vermogen te kunnen aannemen, omdat het aantal mogelijke tabletvormen voor reinigingsmiddelen om technische redenen beperkt is, moet worden afgewezen. Al zou die bewering juist zijn, zij kan hoe dan ook geen wijziging van de criteria voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen rechtvaardigen.

65 Om te beginnen wettigt niets de conclusie dat de perceptie van de vorm of het uiterlijk van een tablet door de doelgroep en de mate waarin die doelgroep let op uiterst geringe verschillen tussen de vormen of het uiterlijk van verschillende tabletten, worden beïnvloed door de technische mogelijkheid of onmogelijkheid om onderling zeer verschillende vormen te fabriceren.

66 Bovendien, aangenomen dat het inderdaad technisch moeilijk is om tabletten te fabriceren die qua vorm significant van elkaar verschillen, dan zou de inschrijving van vormen die sterk lijken op de gewoonlijk gebruikte basisvormen, de kans vergroten dat via het merkenrecht aan een marktdeelnemer exclusieve rechten worden toegekend die de mededinging op de markt van de betrokken waren zouden kunnen belemmeren. De absolute weigeringsgronden weerspiegelen nu juist de bedoeling van de gemeenschapswetgever om dergelijke monopolisering te vermijden (arrest Rechthoekig tablet met inzetstuk, aangehaald in punt 36 supra, punt 69). Omstandigheden waardoor de kans hierop wordt vergroot, kunnen

derhalve niet worden ingeroepen ter rechtvaardiging van de inschrijving van een teken dat niet geschikt is de functie van merk te vervullen, te weten de doelgroep in staat stellen de aangeduide waar te onderscheiden van die van andere commerciële herkomst.

67 Het derde middelonderdeel treft derhalve geen doel.

68 Met betrekking tot verzoeksters argumenten in het kader van het vierde middelonderdeel, ontleend aan de rechtspraak en de praktijk in bepaalde lidstaten alsmede de praktijk van het Bureau, moet eraan worden herinnerd dat de reeds in lidstaten verrichte inschrijvingen enkel factoren vormen die een rol kunnen 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 Rond rood en wit tablet, aangehaald in punt 36 supra, punt 58]. Hetzelfde geldt voor de rechtspraak van de nationale rechterlijke instanties. Bovendien blijkt uit de door verzoekster ter onderbouwing van haar argumenten overgelegde stukken dat de nationale merkenbureaus geen uniforme praktijk volgen met betrekking tot driedimensionale merken bestaande uit de verschijningsvorm van was- en afwasmiddeltabletten.

69 Daarbij komt dat verreweg de meeste merken waarop de door verzoekster genoemde rechtspraak en nationale inschrijvingen betrekking hebben, andere kenmerken dan het in casu aangevraagde merk bezitten. Van de door verzoekster aangehaalde voorbeelden vertonen enkel twee in Frankrijk ingeschreven merken bepaalde gelijkenissen met het aangevraagde merk, in dier voege dat het driedimensionale merken betreft die bestaan uit een variant van de geometrische basisvormen en zijn gedeponeerd zonder dat een kleur is geclaimd. Uit deze op zichzelf staande voorbeelden mag echter niet worden afgeleid dat de kamer van beroep is voorbijgegaan aan de praktijk van de nationale bureaus.

70 Wat ten slotte de praktijk van het Bureau zelf betreft waarop verzoekster zich beroept, moet worden opgemerkt dat feitelijke of juridische overwegingen uit een eerdere beslissing weliswaar kunnen worden aangevoerd tot staving van een middel betreffende schending van een bepaling van verordening nr. 40/94, doch dat verzoekster in casu niet heeft gesteld dat deze beslissingen overwegingen bevatten die de door de kamer van beroep gegeven beoordeling van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk kunnen aantasten.

71 Het vierde middelonderdeel is derhalve ongegrond.

72 Aangezien verzoeksters enige middel inzake schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 niet gegrond is, moet het beroep worden verworpen.

Kosten

73 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van het Bureau in de kosten te worden verwezen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

rechtdoende:

1) **Verwerpt het beroep.**

2) **Verwijst verzoekster in de kosten.**

Moura Ramos Pirrung Meij

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 5 maart 2003.

De griffier

H. Jung

De president van de Tweede kamer

R. M. Moura Ramos