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

In de gevoegde zaken C-456/01 P en C-457/01 P,

Henkel KGaA, gevestigd te Düsseldorf (Duitsland), vertegenwoordigd door C. Osterrieth, Rechtsanwalt,

rekwirante,

betreffende twee hogere voorzieningen tegen de arresten van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (Tweede kamer) van 19 september 2001, Henkel/BHIM (Rood-wit rechthoekig tablet) (T-335/99, Jurispr. blz. II-2581), en Henkel/BHIM (Groen-wit rechthoekig tablet) (T-336/99, Jurispr. blz. II-2589), strekkende tot vernietiging van deze arresten,

andere partij bij de procedure:

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

verweerder in eerste aanleg,

* Procestaal: Duits.

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 Henkel KGaA vertegenwoordigd was door C. Osterrieth, 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 26 november 2001, heeft Henkel KGaA (hierna: „Henkel") 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, Henkel/BHIM (Rood-wit rechthoekig tablet) (T-335/99, Jurispr. blz. II-2581; hierna: „arrest T-335/99"), en Henkel/BHIM (Groen-wit rechthoekig tablet) (T-336/99, Jurispr. blz. II-2589; hierna: „arrest T-336/99") (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 21 september 1999 (zaken R 70/1999-3 en R 71/1999-3) heeft verworpen, bij welke beslissingen haar beroepen tegen de weigering om driedimensionale vormen van tabletten als gemeenschapsmerken in te schrijven voor verschillende warenklassen die onder meer was- of afwasmiddelen omvatten, is verworpen (hierna: „omstreden beslissingen").

2 Bij beschikking van 2 juni 2003 heeft de president van de Zesde kamer van het Hof de zaken C-456/01 P en C-457/01 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 15 december 1997 en 8 januari 1998 heeft Henkel bij het BHIM gemeenschapsmerkaanvragen ingediend voor de driedimensionale vormen van twee tabletten, waarbij het ene tablet een witte en een rode laag boven elkaar heeft (zaak T-335/99), en het andere tablet een witte en een groene laag boven elkaar (zaak T-336/99).

6 De waren waarvoor de aanvragen werden 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: „was- en afwasmiddelen in tabletvorm".

7 Bij beslissingen van 3 februari 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 elk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, aangezien de concrete vorm ervan voor de consument of de eindverbruiker op geen enkele wijze de functie vervult van identificatie van de herkomst van de waren waarop het merk is aangebracht. Volgens die kamer van beroep moet een driedimensionale vorm dermate origineel zijn dat hij gemakkelijk in het geheugen wordt gegrift en zich onderscheidt van wat in de handel gebruikelijk is.

Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arresten

9 Bij op 26 november 1999 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschriften heeft Henkel twee beroepen tot vernietiging van de omstreden beslissingen ingesteld.

10 In het arrest in zaak T-335/99 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:

„41 In casu bestaat het betrokken merk uit de vorm en de kleurstelling van was- en afwasmiddeltabletten, met andere woorden uit de aanbiedingsvorm van de waar zelf.

42 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.

43 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).

44 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.

45 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.

46 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.

47 Wat de perceptie van de doelgroep betreft, heeft de kamer van beroep terecht opgemerkt dat de waren waarvoor de inschrijving van het merk in casu werd gevraagd, te weten was- en afwasmiddelen in tabletvorm, 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).

48 De wijze waarop de doelgroep het merk opvat, hangt allereerst 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 heeft de kamer van beroep terecht opgemerkt 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.

49 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.

50 De driedimensionale vorm waarvoor de inschrijving werd gevraagd, [...] is een geometrische basisvorm alsmede een voor de hand liggende vorm voor een was- of afwasmiddel. [...]

51 Met betrekking tot de twee lagen [...] 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.

[...]

53 [...] Het gebruik van basiskleuren, zoals blauw of groen, is gebruikelijk en zelfs typerend voor detergenten. Het gebruik van andere basiskleuren, zoals rood of geel, is een voor de hand liggende variatie op de typische aanbiedingsvorm van deze waren.

54 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.

[...]

56 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.

57 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.

[...]

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

60 Dat de criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van een driedimensionaal merk bestaande uit de vorm van de waar zelf, niet strenger zijn dan de criteria die voor andere categorieën merken worden gehanteerd, leidt niet tot een andere conclusie.

61 De voor alle merken — of het nu woordmerken, beeldmerken of driedimensionale merken zijn — te hanteren criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen rechtvaardigen immers juist dezelfde conclusie als de overwegingen op grond waarvan de kamer van beroep tot het gemis aan onderscheidend vermogen van het betrokken merk heeft geconcludeerd."

11 In het arrest in zaak T-336/99 kwam het Gerecht tot dezelfde conclusie. De punten 38 tot en met 58 van dat arrest zijn in wezen op dezelfde wijze geformuleerd als de in het vorige punt weergegeven punten 40 tot en met 52 en 54 tot en met 61 van het arrest in zaak T-335/99.

12 Derhalve heeft het Gerecht bij de bestreden arresten de door Henkel tegen de omstreden beslissingen ingestelde beroepen verworpen.

De hogere voorzieningen

13 Henkel concludeert tot vernietiging van de bestreden arresten en van de omstreden beslissingen, met verwijzing van het BHIM in de kosten.

14 Het BHIM concludeert tot afwijzing van de hogere voorzieningen, met verwijzing van Henkel in de kosten.

15 Bij beschikking van 9 januari 2003 heeft de president van het Hof een verzoek tot tussenkomst ter ondersteuning van de conclusies van Henkel dat Reckitt Benckiser NV op 6 mei 2002 ter griffie van het Hof had ingediend, afgewezen.

16 Ter ondersteuning van haar hogere voorzieningen voert Henkel 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 drie onderdelen die betrekking hebben op:

— het onderscheidend vermogen van de aangevraagde merken;

— de definitie van het aandachtsniveau van de gemiddelde consument, en

— het tijdstip waarop het onderscheidend vermogen van deze merken moet worden beoordeeld.

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 Henkel voert in de eerste plaats aan dat het Gerecht een onjuist criterium voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een merk heeft gehanteerd door vast te stellen dat de voor de betrokken tabletten gebruikte rechthoekige vormen voor de hand liggende vormen zijn. In casu had het Gerecht zich ertoe moeten beperken te onderzoeken of de kenmerken van deze tabletten verschillen van de gebruikelijke kenmerken van dergelijke waren dan wel of zij om technische redenen noodzakelijk zijn.

19 Henkel betwist eveneens het oordeel van het Gerecht dat de verschillende kleuren die in een detergent worden gebruikt, niet worden opgevat als een aanduiding van de herkomst van de waar, maar in de ogen van de consument louter de aanwezigheid van verschillende actieve bestanddelen in die waar belichamen. Volgens haar vat het publiek de kleurstelling op als een individueel kenmerk van de aanbiedingsvorm van een bepaalde detergent.

20 In zaak C-456/01 P voegt Henkel daaraan toe dat het Gerecht bij zijn onderzoek van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk in aanmerking had moeten nemen dat zij als enige onderneming de kleur rood gebruikt voor detergenten. Bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van dit merk is het immers van belang dat het publiek alleen al op grond van het exclusieve gebruik van de kleur rood voor de betrokken waren het verband met Henkel kan leggen.

21 In de tweede plaats is Henkel van mening dat het feit dat het Gerecht zich hoofdzakelijk heeft gebaseerd op de omstandigheid dat de aangevraagde vormen en kleuren van de betrokken tabletten respectievelijk geometrische basisvormen en basiskleuren zijn, doet vermoeden dat het Gerecht, in strijd met hetgeen is geoordeeld in het arrest van 4 mei 1999, Windsurfing Chiemsee (C-108/97 en C-109/97, Jurispr. blz. I-2779), in zijn onderzoek van het onderscheidend vermogen van het merk overwegingen heeft geïntegreerd die verband houden met een eventuele vrijhoudingsbehoefte.

22 Henkel voegt daaraan toe dat in elk geval geen enkele vrijhoudingsbehoefte zich verzet tegen het gebruik van de combinatie van een vorm en kleuren als die waarvoor in casu de merkaanvragen zijn ingediend. Wat om te beginnen de gekozen vorm betreft, is het de producent die vrij de vorm bepaalt mits hij bepaalde technische gegevens in acht neemt. Technisch gezien is het niet zo dat concurrenten slechts bruikbare tabletten kunnen produceren in de vorm waarop de merkaanvragen in casu betrekking hebben. Verder is er evenmin een behoefte om de concrete kleurstelling vrij te houden. Volgens Henkel zal de consument bij het zien van een kleurstelling deze niet als een technisch noodzakelijk element

opvatten, maar wel als de vrije en fantasievolle uitdrukking van het eigen karakter van de waar. Daaruit volgt ten slotte dat geen enkele vrijhoudingsbehoefte verhindert dat bepaalde combinaties van vormen en kleuren, zoals die in casu, worden ingeschreven.

23 Het BHIM is in de eerste plaats van mening dat het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat de aangevraagde merken ingevolge artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 niet in aanmerking komen voor bescherming, omdat het gaat om driedimensionale merken die bestaan uit een combinatie van elementen van aanbiedingsvorm die voor de hand liggend en typerend zijn voor de betrokken waar, en die het relevante publiek niet in staat stellen de betrokken waren te onderscheiden van die van een andere commerciële herkomst.

24 Een driedimensionaal merk bestaande uit de vorm van een waar heeft slechts onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van deze verordening, indien het origineel, ongebruikelijk of willekeurig gekozen is. Vormen of combinaties van vormen en kleuren die gebruikelijk, banaal of voor de hand liggend zijn, missen elk onderscheidend vermogen.

25 Volgens het BHIM primeert het functionele karakter bij een wasmiddel- of afwasmiddeltablet en voor de consument is de rechthoekige vorm, zoals om het even welke andere even eenvoudige vorm, de normale en natuurlijke vorm van dit type waren. De consument zal zich niet afvragen welke de exacte samenstelling van het tablet is, en evenmin wat het effect van de kleurbestanddelen ervan is, maar hij zal hooguit veronderstellen dat het gaat om twee substanties met verschillende eigenschappen, en niet dat het een middel ter identificatie van de herkomst van de waar is. De vorm van de waar zelf kan slechts in uitzonderlijke gevallen de functie van herkomstaanduiding vervullen. Deze situatie vloeit volgens het BHIM niet voort uit het gebruik van andere, ja zelfs strengere, juridische criteria. Zij is veeleer het resultaat van een feitelijke situatie, te weten door de wijze waarop consumenten de betrokken waren opvatten.

26 Het BHIM voert tevens aan dat het Gerecht in de bestreden arresten zijn onderzoek van het onderscheidend vermogen van de aangevraagde merken terecht heeft gebaseerd op de door het merk opgeroepen totaalindruk, met dien verstande dat een dergelijke aanpak niet uitsluit — en zelfs vereist — dat de verschillende elementen van de aanbiedingsvorm afzonderlijk worden onderzocht. Deze aanpak stemt overeen met de onderzoekspraktijk van het BHIM, in het bijzonder met betrekking tot driedimensionale merken.

27 Het BHIM concludeert dat de indiening van een aanvraag tot inschrijving van vormen van waren die dermate eenvoudig en banaal zijn, de aanvrager niet de voorrang van een gemeenschapsmerk kan verzekeren, en dat de vormen van dergelijke tabletten voor was en afwas alleen kunnen worden beschermd indien en vanaf het ogenblik dat zij als gevolg van intensief gebruik ingeburgerd zijn als tekens van een bepaalde producent overeenkomstig artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94.

28 Wat in de tweede plaats de vrijhoudingsbehoefte betreft, betoogt het BHIM dat de door Henkel op basis van de oude Duitse rechtspraak verdedigde uitlegging van dit begrip door het Hof zonder meer werd verworpen in het reeds aangehaalde arrest Windsurfing Chiemsee.

29 Het BHIM voegt daaraan toe dat de door Henkel gegeven beschrijving van de evolutie van de wasmiddelen en van de markt voor deze waren pleit voor een vermoeden dat er een vrijhoudingsbehoefte bestaat (evenwel niet in de zin van die rechtspraak), aangezien deze beschrijving aangeeft in welke mate de verschillende concurrerende ondernemingen vanaf het begin voor hun was- en afwasmiddeltabletten rechthoekige en ronde vormen hebben gebruikt, alsmede een tweede gekleurde laag.

Beoordeling door het Hof

30 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.

31 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.

32 In punt 42 van het arrest in zaak T-335/99 en in punt 40 van het arrest in zaak T-336/99 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.

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

34 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), welke bepaling identiek is aan 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].

35 Dit onderscheidend vermogen moet enerzijds worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving van het merk 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).

36 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.

37 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 van die merken is aangevraagd en met betrekking tot de perceptie van het relevante publiek, dat in casu bestaat uit alle consumenten.

38 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).

39 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 deze 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 bepalingen van artikel 3, lid 1, sub b, van de Eerste richtlijn (89/104), arrest Henkel, reeds aangehaald, punt 49].

40 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 betrokken merken elk onderscheidend vermogen missen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

41 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).

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

43 Met betrekking tot het argument van Henkel dat het Gerecht is uitgegaan van een vrijhoudingsbehoefte, dient eraan te worden herinnerd dat het Gerecht zich heeft gebaseerd op het ontbreken van onderscheidend vermogen van de vorm en de kleuren van de betrokken tabletten.

44 Hoe dan ook, zelfs indien het Gerecht overwegingen van algemeen belang zou hebben betrokken bij zijn beoordeling van het onderscheidend vermogen, heeft het in dit opzicht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

45 De in artikel 7, lid 1, van verordening nr. 40/94 vermelde weigeringsgronden zijn onafhankelijk van elkaar en vereisen een afzonderlijk onderzoek. Voorts moeten deze weigeringsgronden worden uitgelegd tegen de achtergrond van het algemeen belang dat aan elk van die gronden ten grondslag ligt (zie met name in die zin arrest van 18 juni 2002, Philips, C-299/99, Jurispr. blz. I-5475, punt 77, en arrest Linde e.a., reeds aangehaald, punten 67 en 71).

46 Het algemeen belang dat bij het onderzoek van elk van deze weigeringsgronden in aanmerking wordt genomen, kan — en moet zelfs — andere overwegingen weerspiegelen naar gelang van de betrokken weigeringsgrond.

47 Wat de inschrijving als merk van een kleur als zodanig zonder bepaalde omtrek betreft, heeft het Hof reeds in het arrest van 6 mei 2003, Libertel (C-104/01, Jurispr. blz. I-3793, punt 60), geoordeeld dat het algemeen belang dat aan artikel

3, lid 1, sub b, van de Eerste richtlijn (89/104), welke bepaling identiek is aan artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, ten grondslag ligt, bestaat in de noodzaak, de beschikbaarheid van kleuren niet ongerechtvaardigd te beperken voor de andere marktdeelnemers die waren of diensten van het type waarvoor de inschrijving is aangevraagd, aanbieden.

48 Overigens is er geen algemeen belang om de volledige bescherming waarin verordening nr. 40/94 voorziet, te verlenen aan een merk dat niet zijn wezenlijke functie vervult, te weten aan de consument of de eindverbruiker de identiteit van oorsprong van de betrokken waar of dienst waarborgen in dier voege dat hij deze waar of dienst zonder gevaar voor verwarring kan onderscheiden van waren of diensten van andere herkomst.

49 Wat ten slotte het argument van Henkel betreft, dat het BHIM het onderscheidend vermogen reeds heeft erkend van merken die bestaan uit de vorm van was- en afwasmiddeltabletten en vergelijkbaar zijn met die waarvan in casu de inschrijving wordt gevraagd, zij vastgesteld dat Henkel dit argument voor het Gerecht niet heeft aangevoerd.

50 Was het een partij toegestaan voor het Hof een middel aan te voeren dat zij eerder niet voor het Gerecht heeft voorgedragen, dan zou zij het Hof, wiens bevoegdheid in hogere voorziening beperkt is, een geschil van ruimere strekking voorleggen dan waarvan het Gerecht kennis had te nemen. In hogere voorziening is de bevoegdheid van het Hof evenwel beperkt tot een onderzoek van de beoordeling van de juridische oplossing die is gegeven aan de middelen die voor de rechter in eerste aanleg werden bepleit (arrest van 1 juni 1994, Commissie/Brazzelli Lualdi e. a., C-136/92 P, Jurispr. blz. I-1981, punt 59, en beschikking van 28 juni 2001, Eridania e.a./Raad, C-352/99 P, Jurispr. blz. I-5037, punt 53).

51 Dit argument moet dus niet-ontvankelijk worden verklaard.

52 Gelet op een en ander dient het eerste onderdeel van het middel, betreffende het onderscheidend vermogen van een merk te worden afgewezen.

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

Argumenten van partijen

53 Henkel erkent dat het aandachtsniveau van de gemiddelde consument in beginsel kan variëren naar gelang van de soort waren. Zij betoogt evenwel dat, in tegenstelling tot de analyse van het Gerecht, uit geen enkel element kan worden geconcludeerd dat het aandachtsniveau van de consument met betrekking tot gangbare verbruiksgoederen principieel niet hoog is. Volgens haar dient daarentegen te worden aangenomen dat bij gangbare verbruiksgoederen zoals de in geding zijnde, de consument er een bijzonder belang bij heeft om niet alleen te weten, onder welke categorie de betrokken waar valt, maar ook welke precies de aard van die waar is.

54 Bovendien beklemtonen de producenten van was- en afwasmiddelen de kwaliteit van hun verschillende waren in hun reclameboodschappen. Om deze reden

associeert de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument bepaalde kwaliteitsaanspraken met bepaalde waren en probeert hij de waren te onderscheiden op basis van het voorkomen ervan.

55 Het BHIM betoogt dat in de bestreden arresten werd geoordeeld dat het relevante publiek bestaat uit alle consumenten, aangezien was- en afwasmiddelen in tabletvorm wijd verbreide verbruiksgoederen zijn. Dat de betrokken gemiddelde consument slechts weinig aandacht besteedt aan de precieze vorm en kleur van de tabletten, is juist te wijten aan het feit dat deze tabletten niet onverpakt worden verkocht, maar in een verpakking waaruit bij elk gebruik alleen maar het nodige aantal tabletten dient te worden genomen. De consument houdt deze tabletten maar een ogenblik in de hand en er is voor hem geen enkele reden om zich op dat ogenblik af te vragen, welk tablet hij wil gebruiken.

Beoordeling door het Hof

56 Dienaangaande zij opgemerkt dat de vaststelling door het Gerecht in punt 48 van het arrest in zaak T-335/99 en in punt 46 van het arrest in zaak T-336/99, 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 41 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.

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

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

Argumenten van partijen

58 Volgens Henkel heeft het Gerecht geen uitspraak gedaan op de vraag op welk tijdstip het ontbreken van onderscheidend vermogen van de aangevraagde merken moet worden beoordeeld. Zij is van mening dat deze beoordeling moet gebeuren op basis van de feiten op het tijdstip van de indiening van de aanvraag. De aanvrager kan de beslissing om een merk al dan niet te laten inschrijven immers slechts nemen op basis van de feiten waarvan hij kennis heeft op dat tijdstip. Bij de vaststelling of een teken kenmerken vertoont die verder gaan dan die welke typisch zijn voor een waar of die technisch zijn bepaald, mag alleen rekening worden gehouden met de waren die bekend zijn op het tijdstip van de indiening van de aanvraag en met de typische kenmerken van deze waren.

59 Onder verwijzing naar de situatie op de markt op het tijdstip van indiening van de inschrijvingsaanvragen voert Henkel aan dat de voorwaarde betreffende het onderscheidend vermogen toen was vervuld. Poeders waren toen de typische aanbiedingsvorm van was- en afwasmiddelen, zodat het loutere idee van tabletten een onderscheidend kenmerk verleende aan die waren dat verder ging dan de vorm van de waar, die toen gebruikelijk en om technische redenen noodzakelijk was. De aangevraagde merken met hun willekeurig gekozen kenmerken die niet om technische redenen noodzakelijk zijn en evenmin verband houden met de waar, hadden onderscheidende kenmerken in vergelijking met de waren die op dat ogenblik op de markt werden aangeboden.

60 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 aanvragen. De voor inschrijving van een gemeenschapsmerk geldende voorwaarden moeten zowel op het tijdstip van de indiening van de aanvraag als op het ogenblik van de inschrijving zijn vervuld. In casu was inschrijving met name niet mogelijk omdat de combinatie van de vorm en de kleuren van de tabletten gebruikelijk was geworden.

Beoordeling door het Hof

61 Zoals uit punt 34 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, van die van andere ondernemingen te onderscheiden.

62 In casu heeft het Gerecht in punt 57 van het arrest in zaak T-335/99 en in het overeenkomstige punt van het arrest in zaak T-336/99 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 waren 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.

63 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 betrokken merken moest worden beoordeeld.

64 Het derde onderdeel van het middel, betreffende het tijdstip waarop het onderscheidend vermogen van een merk moet worden beoordeeld, moet dan ook als ongegrond worden afgewezen.

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

Kosten

66 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 Henkel 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 Henkel KGaA 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