ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

19 september 2001 *

In zaak T-337/99,

Henkel KGaA, gevestigd te Düsseldorf (Duitsland), vertegenwoordigd door H.-F. Wissel en C. Osterrieth, advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

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

verweerder,

* Procestaal: Duits.

betreffende een beroep tegen de beslissing van de derde kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) van 21 september 1999 (zaak R 73/1999-3) die op 28 september 1999 aan verzoekster is betekend,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

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

griffier: D. Christensen, administrateur,

gezien het op 26 november 1999 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 17 februari 2000 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

na de mondelinge behandeling op 5 april 2001,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geschil

1 Op 15 december 1997 diende verzoekster bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (hierna: „Bureau") een aanvraag voor de inschrijving van een gemeenschapsmerk in krachtens verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), zoals gewijzigd.

2 Volgens de door verzoekster verstrekte grafische voorstelling heeft het driedimensionale merk waarvoor inschrijving wordt aangevraagd, de vorm van een rond tablet bestaande uit twee lagen waarvan de kleuren, wit (onderste deel) en rood (bovenste deel), eveneens worden geclaimd.

3 De waren waarvoor de aanvraag werd ingediend, behoren tot klasse 3 als bedoeld in de Overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, zoals herzien en gewijzigd. Zij zijn omschreven als volgt: „was- en afwasmiddelen in tabletvorm".

4 Bij mededeling van 28 september 1998 formuleerde de onderzoeker een aantal op artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 gebaseerde bezwaren tegen de aanvraag en gaf hij verzoekster een termijn van twee maanden om opmerkingen te maken. Deze laatste diende haar opmerkingen in bij brief van 9 oktober 1998.

5 In een brief van 6 januari 1999 aan het Bureau merkte verzoekster op dat de door een concurrent ingediende merkaanvraag voor soortgelijke wasmiddeltabletten in het blad van gemeenschapsmerken was gepubliceerd.

6 Bij beslissing van 26 januari 1999 wees de onderzoeker de aanvraag af op grond van artikel 38 van verordening nr. 40/94. In het eerste deel van de beslissing herhaalde de onderzoeker de gronden voor de in de mededeling van 28 september 1998 geformuleerde bezwaren. In het tweede deel wees hij erop dat verzoekster over deze mededeling geen standpunt had ingenomen binnen de daarin gestelde termijn van twee maanden, zodat op basis van de voorhanden zijnde stukken over de aanvraag zou worden beslist. In het derde deel preciseerde hij dat de in de brief van 6 januari 1999 aangevoerde argumenten in overweging waren genomen, doch niet waren aanvaard.

7 Op 3 februari 1999 zond de onderzoeker verzoekster een kopie van de beslissing van 26 januari 1999. Bovenaan was de volgende tekst aangebracht: „De hiernavolgende beslissing, die u op 26 januari 1999 is toegezonden, is kennelijk ongegrond aangezien het Bureau uw standpunt binnen de gestelde termijn heeft ontvangen. Gelieve die beslissing derhalve als non-existent te beschouwen." Dezelfde dag werd aan verzoekster een nieuwe afwijzingsbeslissing toegezonden.

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

9 Het beroep werd verworpen bij beslissing van 21 september 1999 (hierna: „bestreden beslissing").

10 De kamer van beroep oordeelde, zakelijk weergegeven, dat artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 zich verzette tegen inschrijving van het betrokken merk. Voor inschrijving van een merk is volgens haar vereist dat de waren waarvoor het is gedeponeerd, aan de hand van dit merk naar hun herkomst kunnen worden onderscheiden, en niet naar hun aard. Voor een driedimensionaal merk dat slechts een weergave van de waar is, onderstelt dit dat de vorm van de waar dermate origineel is dat hij gemakkelijk in het geheugen wordt gegrift en zich onderscheidt van wat in de handel gebruikelijk is. Gelet op het risico dat door bescherming van de vorm van de waar aan de merkhouder een monopolie op de waar zelf wordt toegekend, en gelet op de noodzaak rekening te houden met het verschil tussen het merkenrecht enerzijds en het recht inzake gebruiksmodellen en tekeningen en modellen anderzijds, moeten voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen eerder strenge criteria worden gehanteerd. In casu voldoet de merkaanvraag niet aan deze hogere eisen. De betrokken vorm is niet buitengewoon uitzonderlijk en evenmin ongebruikelijk, maar is een typische basisvorm op de betrokken markt. Ook de gebruikte kleuren, te weten rood en wit, kunnen aan de betrokken vorm geen bijzonder kenmerk verlenen. Voorts zijn noch het ontbreken van eenvormigheid in de beslissingspraktijk van het Bureau noch de door verzoekster aangevoerde eerdere inschrijvingen verbindend voor haar beslissing.

Conclusies van partijen

11 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beslissing te vernietigen;

— verweerder te verwijzen in de kosten.

12 Het Bureau concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

13 Verzoekster voert drie middelen aan. Het eerste betreft schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, het tweede „misbruik van bevoegdheid" en schending van het beginsel van gelijke behandeling en het derde schending van het recht om te worden gehoord. Allereerst dient het derde middel te worden onderzocht.

Schending van het recht om te worden gehoord

14 Verzoekster stelt dat de kamer van beroep de in haar brief van 9 oktober 1998 aangevoerde argumenten niet heeft onderzocht, zodat haar recht om te worden gehoord is geschonden.

15 Uit punt 3 van de bestreden beslissing blijkt evenwel dat de kamer van beroep kennis heeft genomen van verzoeksters brief van 9 oktober 1998. De kamer van beroep heeft de door verzoekster in die brief aangevoerde argumenten in substantie in overweging genomen in het kader van haar redenering die tot deze beslissing heeft geleid. Dit middel is dus ongegrond.

Schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94

Argumenten van partijen

16 Verzoekster is van mening dat de kamer van beroep is voorbijgegaan aan het onderscheidend vermogen van het betrokken merk, waarbij een minimaal onderscheidend vermogen volstaat om bescherming van een teken op grond van verordening nr. 40/94 te rechtvaardigen.

17 Wegens de kleurstelling heeft het betrokken merk onderscheidend vermogen en volgens verordening nr. 40/94 kunnen kleuren als merk worden ingeschreven. Verzoekster beroept zich op de opvatting van een auteur volgens welke de mogelijkheid om kleuren en kleurencombinaties als merk in te schrijven, niet mag worden gedwarsboomd door een restrictieve toepassing van de weigeringsgronden.

18 Verzoekster is van oordeel dat het betrokken merk ook wegens zijn vorm onderscheidend vermogen heeft, en bekritiseert het standpunt van de kamer van beroep dat een driedimensionale vorm uitzonderlijk en gemakkelijk te onthouden moet zijn, met andere woorden dermate origineel moet zijn dat hij zich onderscheidt van wat in de handel gebruikelijk is. Dat een driedimensionale vorm

een eigen of origineel karakter heeft, is haars inziens alleen een beslissende maatstaf bij het onderzoek van de voorwaarden voor bescherming van tekeningen en modellen. Voor het onderscheidend vermogen van een merk is alleen van belang of de vorm of de kleurencombinatie van een waar door het publiek als een aanduiding van de herkomst van deze waar kan worden begrepen.

19 Verzoekster beschrijft de ontwikkeling van de verschillende aanbiedingsvormen van was- en afwasmiddelen. De aanbieding in de vorm van tweekleurige tabletten is erg nieuw en voor dergelijke tabletten zijn velerlei vormen mogelijk. Ook bij de keuze van de kleuren en bij de kleurstelling van het tablet zijn er zeer veel mogelijkheden.

20 Kenmerkend voor de situatie op de markten van deze waren is dat er slechts een klein aantal grote producenten is en dat het aantal op de verschillende nationale markten in de vorm van tweekleurige tabletten aangeboden waren zeer gering is. Om die reden hebben de consumenten de wasmiddelen in de vorm van tweekleurige tabletten van in het begin geassocieerd met een zeer klein aantal producenten van merkartikelen, waaronder verzoekster. Dit verwachtingspatroon van de consument werd versterkt door een intensieve en aanhoudende reclame waarbij de nadruk werd gelegd op de tweekleurigheid die kenmerkend is voor het voorkomen van de waar, en op de specifieke vorm van de wasmiddeltabletten. Verzoekster wijst op de hoge uitgaven die zij voor deze reclame heeft gedaan en op de met de betrokken waren gerealiseerde omzet.

21 De situatie op de markt is overzichtelijk en alle producenten hebben er belang bij hun waren door een bepaalde vorm en kleurstelling van die van andere producenten te onderscheiden en in deze vorm ook op de verpakking ervan zichtbaar te maken. Derhalve kan niet worden volgehouden dat een specifieke vorm- en kleurencombinatie op zichzelf ongeschikt is om de herkomst van het betrokken product aan te duiden. De omvang van de bescherming van een

dergelijk merk moet afzonderlijk worden onderzocht. Dat deze bescherming in een concreet geval zeer beperkt kan zijn, is geen rechtvaardigingsgrond om aan een bepaalde vorm- en kleurencombinatie van meet af aan elk onderscheidend vermogen te ontzeggen.

22 Onder overlegging van tal van stukken verwijst verzoekster naar verschillende nationale en internationale merkaanvragen voor was- en afwasmiddelen in tabletvorm, waarvan sommige tot inschrijving hebben geleid. Blijkens deze gegevens hebben alle bekende producenten van merkartikelen op het gebied van was- en afwasmiddelen de specifieke vorm en kleur van de tabletten steeds beschouwd als onderscheidende factoren die de producent aanduiden, en hebben verschillende merkenbureaus tabletten als merk erkend. Zij verwijst naar een beslissing van een Italiaanse rechterlijke instantie waarin de geldigheid van een met haar merk overeenstemmend merk werd erkend.

23 Volgens haar moet het onderscheidend vermogen van het betrokken merk op het tijdstip van indiening van de aanvraag worden beoordeeld, zodat de omstandigheid dat haar concurrenten na dit tijdstip overeenstemmende vormen of kleuren hebben gebruikt, niet kan worden aangevoerd om het onderscheidend vermogen van haar merk te betwisten. Dit is in casu evenwel niet van beslissend belang, aangezien zij de enige producent van was- en afwasmiddeltabletten met een rode en een witte laag is.

24 Ten slotte stelt verzoekster dat het betrokken merk in het bijzonder door de unieke kleurencombinatie (rood en wit) overeenkomstig artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 onderscheidend vermogen heeft verkregen voor haar product Persil Color als gevolg van het gebruik dat van het merk is gemaakt.

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

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

27 De juridische criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken die zoals in casu uit de vorm van de waar zelf bestaan, zijn niet verschillend van of strenger dan de criteria die voor andere merken worden gehanteerd. De door de kamer van beroep in de bestreden beslissing gebruikte bewoordingen, die aldus kunnen worden begrepen dat voor een driedimensionaal merk strengere criteria moeten worden gehanteerd (punten 23 en 24 van de bestreden beslissing), zijn verwarrend, maar dit is in het kader van de bestreden beslissing niet bepalend. Het Bureau verklaart evenwel dat de vorm van een waar de herkomst ervan niet op dezelfde manier aanduidt als woorden of grafische elementen die op de waar of op de verpakking ervan zijn aangebracht.

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

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

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

31 In de tweede plaats analyseert het Bureau het betrokken merk.

32 Volgens het Bureau is de vorm van het betrokken merk, een schijf, niet ongewoon, maar banaal en gebruikelijk op de markt.

33 Met betrekking tot de kleuren is het Bureau van mening dat de toevoeging van een rode laag het betrokken teken geen onderscheidend vermogen verleent. Er is geen sprake van een kleurencombinatie wanneer aan de basiskleur (wit of grijs) van was- of afwasmiddelen één enkele kleur is toegevoegd.

34 De betrokken kleur is een basiskleur. Alle op de markt zijnde tabletten die uit twee lagen bestaan, hebben een laag met een basiskleur (rood, groen of blauw). Indien het Bureau aan dergelijke banale kleurstellingen onderscheidend vermogen zou toekennen, zouden de bij hem aanhangige merkaanvragen voor wasmiddeltabletten met de kleuren rood, groen of blauw bijna elke normale kleurstelling omvatten en tot monopolisering van de vorm van de waar leiden.

35 De kleuren die op verschillende lagen of delen van het tablet zijn aangebracht, wijzen op de aanwezigheid van verschillende actieve bestanddelen en dienen dus om de consument te informeren over de eigenschappen van de waar. De voor deze tabletten gemaakte reclame legt overigens de nadruk daarop. Uit de wijze waarop de tabletten worden gebruikt, vloeit bovendien voort dat de consument de kleuren ervan niet als aanduidingen van de herkomst van de waar beschouwt.

36 Het argument dat verzoekster als enige onderneming rood-witte tabletten produceert, is volgens het Bureau niet ter zake dienend. Overwegingen met betrekking tot het gebruik van het merk zijn bij een onderzoek op grond van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 aan de orde. Verzoekster heeft deze bepaling voor het eerst in het verzoekschrift — en dus te laat — aangehaald.

37 Uit het feit dat verzoeksters concurrenten voor hun tabletten andere kleuren hebben gekozen, kan niet worden afgeleid dat de kleuren het mogelijk maken de

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

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

39 Volgens het Bureau moet het onderscheidend vermogen van het merk op het tijdstip van de inschrijving worden beoordeeld en hebben concurrenten van verzoekster reeds vóór de indiening van de betrokken merkaanvraag tabletten in de vorm van een schijf op de markt gebracht.

Beoordeling door het Gerecht

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

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, te weten een rond tablet, is een geometrische basisvorm alsmede een voor de hand liggende vorm voor een was- of afwasmiddel.

51 Met betrekking tot de twee lagen, een witte en een rode, zij opgemerkt dat de doelgroep eraan is gewend dat een detergent bestanddelen in verschillende kleuren heeft. De poeders, de traditionele aanbiedingsvorm van deze waren, zijn meestal grijs of zeer licht beige en lijken bijna wit. Zij bevatten vaak deeltjes in één of meer andere kleuren. De door verzoekster en de andere producenten van detergenten gemaakte reclame beklemtoont dat deze deeltjes de aanwezigheid van verschillende actieve bestanddelen belichamen. De gekleurde deeltjes suggereren dus bepaalde kwaliteiten van de waar zonder evenwel als een beschrijvende aanduiding in de zin van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94 te kunnen worden beschouwd. Uit de niet-toepasselijkheid van deze laatste weigeringsgrond kan evenwel niet worden afgeleid dat de gekleurde deeltjes het betrokken merk noodzakelijkerwijs onderscheidend vermogen verlenen. Er is immers geen sprake van onderscheidend vermogen wanneer — zoals in casu — de doelgroep ertoe wordt gebracht de aanwezigheid van gekleurde deeltjes als een verwijzing naar bepaalde kwaliteiten van de waar, en niet als de aanduiding van de herkomst ervan, op te vatten. De kans dat de consumenten toch de gewoonte aannemen de waar op basis van de kleuren ervan te herkennen, volstaat op zichzelf niet om de weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 buiten toepassing te laten. Een dergelijke evolutie van de perceptie van het teken door het publiek kan, wanneer zij wordt aangetoond, alleen in het kader van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 in aanmerking worden genomen.

52 Dat de gekleurde deeltjes in casu niet gelijkmatig over het gehele tablet zijn verdeeld, maar op het bovenste deel ervan zijn geconcentreerd, volstaat niet om het voorkomen van het tablet als een aanduiding van de herkomst van de waar te kunnen opvatten. Bij het combineren van verschillende bestanddelen in een was- of afwasmiddel in tabletvorm is de toevoeging van een laag immers een erg voor de hand liggende oplossing.

53 Dat verzoekster als enige onderneming de kleur rood gebruikt voor tabletten die uit twee lagen bestaan, is in dit verband niet ter zake dienend. 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.

55 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.

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.

58 Met betrekking tot verzoeksters argumenten inzake de praktijk van de nationale merkenbureaus en de omstandigheid dat een Italiaanse rechterlijke instantie het onderscheidend vermogen van een overeenstemmend teken heeft erkend, zij eraan herinnerd dat de reeds in lidstaten verrichte inschrijvingen alleen een factor vormen die een rol kan spelen bij de inschrijving van een gemeenschapsmerk, zonder evenwel beslissend te zijn [arresten Gerecht van 16 februari 2000, Procter & Gamble/BHIM (vorm van een stuk zeep), T-122/99, Jurispr. blz. II-265, punt 61, en 31 januari 2001, Sunrider/BHIM (VITALITE), T-24/00, Jurispr. blz. II-449, punt 33]. Hetzelfde geldt voor de rechtspraak van de nationale rechterlijke instanties. Bovendien blijkt uit de antwoorden van het Bureau op de vragen van het Gerecht dat de nationale merkenbureaus geen uniforme praktijk inzake driedimensionale merken bestaande uit was- en afwasmiddeltabletten volgen. Bijgevolg kan de kamer van beroep niet worden verweten dat zij aan die praktijk en aan nationale rechtspraak is voorbijgegaan.

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.

62 Zonder uitdrukkelijk schending van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 aan te voeren, betoogt verzoekster verder nog dat het betrokken merk onderscheidend vermogen heeft wegens het gebruik dat ervan is gemaakt. Aangezien dit betoog voor de kamer van beroep niet werd gevoerd, mag het door het Gerecht niet worden onderzocht (zie arrest Gerecht van 8 juli 1999, Procter & Gamble/BHIM (BABY-DRY), T-163/98, Jurispr. blz. II-2383, punten 48-51).

„Misbruik van bevoegdheid" en schending van het beginsel van gelijke behandeling

Argumenten van partijen

63 Ter ondersteuning van het middel inzake „misbruik van bevoegdheid" voert verzoekster aan dat het Bureau heeft toegestaan dat bepaalde aanvragen voor met haar merk overeenstemmende gemeenschapsmerken voor waren uit dezelfde of een soortgelijke branche werden gepubliceerd. Zij beroept zich in het bijzonder

op gemeenschapsmerkaanvraag nr. 809 830 van de onderneming Benckiser NV. Aldus heeft de kamer van beroep het beginsel van gelijke behandeling geschonden.

64 Verzoekster is voorts van mening dat de bestreden beslissing indruist tegen de hoogste doelstelling van het gemeenschapsrecht in het algemeen en van de verordening inzake het gemeenschapsmerk in het bijzonder, namelijk de harmonisatie van het merkenrecht op communautair niveau. Deze doelstelling van harmonisatie kan slechts daadwerkelijk worden verwezenlijkt indien het merkenrecht op uniforme wijze wordt uitgelegd.

65 Het Bureau wijst erop dat de door verzoekster aangehaalde merkaanvraag niet tot inschrijving van het merk heeft geleid. Daarbij komt, dat zelfs al zou het Bureau dat merk daadwerkelijk hebben ingeschreven, een dergelijke beslissing verkeerd ware geweest en verzoekster zich daarop niet kon baseren om te verzoeken dat opnieuw een verkeerde beslissing wordt genomen.

Beoordeling door het Gerecht

66 Er zij aan herinnerd dat het begrip misbruik van bevoegdheid in het gemeenschapsrecht een welbepaalde inhoud heeft en ziet op het geval dat een administratief gezag zijn bevoegdheden gebruikt voor een ander doel dan dat waarvoor zij zijn verleend. Voorts is het vaste rechtspraak dat bij een besluit slechts sprake is van misbruik van bevoegdheid wanneer er objectieve, ter zake dienende en onderling overeenstemmende aanwijzingen bestaan dat het is genomen ter bereiking van andere doeleinden dan die welke zijn aangevoerd (zie, met name, arrest Gerecht van 24 april 1996, Industrias Pesqueras Campos

e.a./Commissie, T-551/93, T-231/94, T-232/94, T-233/94 en T-234/94, Jurispr. blz. II-247, punt 168). Verzoekster heeft geen elementen aangedragen waaruit zou kunnen worden afgeleid dat het Bureau de bestreden beslissing heeft genomen ter bereiking van een ander doel dan te controleren of het betrokken merk de in verordening nr. 40/94 gestelde inschrijvingsvoorwaarden vervulde.

67 Voorzover met het onderhavige middel schending van het beginsel van gelijke behandeling wordt aangevoerd, blijkt uit de antwoorden van het Bureau op de vragen van het Gerecht dat de onderzoeker de merkaanvraag, op de publicatie waarvan verzoekster zich beroept, na de instelling van het onderhavige beroep heeft afgewezen en dat deze beslissing thans door een kamer van beroep wordt onderzocht. Bijgevolg is het argument inzake de publicatie van deze merkaanvraag in elk geval zonder voorwerp geworden. Derhalve is dit middel ongegrond.

68 Gelet op het voorgaande moet het beroep worden verworpen.

Kosten

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

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

rechtdoende:

1) **Verwerpt het beroep.**

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

Meij Potocki Pirrung

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 19 september 2001.

De griffier

H. Jung

De president van de Tweede kamer

A. W. H. Meij