CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER

van 6 november 2001 [1]

1. De prejudiciële vraag van het Bundespatentgericht betreft de uitlegging van artikel 2 van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten [2] (hierna: „Eerste richtlijn").

I — Het rechtskader

1. *Het gemeenschapsrecht: Eerste richtlijn*

3. De Eerste richtlijn heeft tot doel de merkenwetgevingen van de lidstaten aan te passen, teneinde de verschillen weg te nemen die het vrije verkeer van goederen en het vrij verrichten van diensten kunnen belemmeren en de mededingingsvoorwaarden op de gemeenschappelijke markt kunnen vervalsen. De beoogde harmonisatie is evenwel niet volledig, zodat het ingrijpen van de gemeenschapswetgever tot bepaalde aspecten van de door inschrijving verkregen merken beperkt blijft. [3]

2. Het Bundespatentgericht verzoekt het Hof van Justitie om uitlegging van het begrip „tekens die vatbaar zijn voor grafische voorstelling" in de zin van artikel 2 van de Eerste richtlijn.

Meer bepaald wenst het Bundespatentgericht te vernemen of tekens, zoals geuren, die niet vatbaar zijn voor een rechtstreekse grafische voorstelling en dus niet visueel waarneembaar zijn, doch die op een andere wijze kunnen worden weergegeven, een merk kunnen vormen. In geval van een bevestigend antwoord vraagt de Duitse rechter wat de eisen zijn voor de grafische voorstelling van olfactorische tekens.

4. Artikel 2 van de Eerste richtlijn bepaalt:

„Merken kunnen worden gevormd door alle tekens die vatbaar zijn voor grafische

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — PB 1989, L 40, blz. 1.

3 — Zie de eerste, de derde, de vierde en de vijfde overweging van de considerans van de Eerste richtlijn.

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."

5. Artikel 3 luidt:

„Niet ingeschreven worden of, indien ingeschreven, nietig verklaard kunnen worden:

a) tekens die geen merk kunnen vormen;

[...]"

2. *De Duitse wetgeving*

6. Ter omzetting van de Eerste richtlijn in zijn interne rechtsorde, heeft de Duitse wetgever het Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichnungen (Duitse wet inzake de bescherming van merken en andere tekens; hierna: „Markengesetz") van 25 oktober 1994 [4] vastgesteld.

7. § 3, lid 1, van het Markengesetz omschrijft tekens die een merk kunnen vormen als volgt:

„Vatbaar voor bescherming als merk zijn alle tekens, met name woorden, met inbegrip van namen van personen, tekeningen, letters, cijfers, auditieve tekens, driedimensionale vormen, met inbegrip van vormen van waren of van hun verpakking, alsmede andere opmaakvormen, met inbegrip van kleuren en kleurencombinaties, die de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden."

8. § 8, lid 1, van het Markengesetz bepaalt:

„Voor bescherming als merk vatbare tekens in de zin van § 3 die niet vatbaar zijn voor grafische voorstelling, worden niet ingeschreven."

4 — BGBl. 1994, I, blz. 3082.

II — De feiten van het hoofdgeding en de prejudiciële vraag

9. Sieckmann heeft bij het Deutsche Patent- und Markenamt (Duits bureau voor octrooien en merken; hierna: „Bureau") als onderscheidingsteken voor de diensten van de klassen 35, 41 en 42[5], de inschrijving aangevraagd van een „olfactorisch merk", te weten:

„de scheikundig zuivere stof methylcinnamaat (kaneelzuurmethylester[6]), waarvan de structuurformule hieronder staat afgebeeld. Monsters van dit olfactorische merk zijn ook verkrijgbaar via de plaatselijke laboratoria, te vinden in de gele gids van Deutsche Telekom AG, of onder meer via de firma E. Merck in Darmstadt.

$C_6H_5\text{-}CH = CHCOOCH_3$"

10. Subsidiair, voor het geval de voorgaande beschrijving niet aan de in § 32 van het Markengesetz gestelde voorwaarden voldoet, heeft de aanvrager ingestemd met inzage in de stukken met betrekking tot het gedeponeerde merk, overeenkomstig § 62, lid 1, van het Markengesetz en § 48, lid 2, van het uitvoeringsreglement bij die wet.[7]

11. De aanvrager heeft verder een houder met een geurmonster overgelegd en verklaard dat de geur gewoonlijk wordt omschreven als „balsemachtig-fruitig met een zweem van kaneel".

12. De merkenafdeling van het Bureau voor klasse 35 wees de inschrijving af op twee gronden. In de eerste plaats betreft het een teken dat geen merk kan vormen en niet vatbaar is voor grafische voorstelling (§ 3, lid 1, en § 8, lid 1, van het Markengesetz). In de tweede plaats mist het elk onderscheidend vermogen (§ 8, lid 2, nummer 1, van het Markengesetz).

13. Sieckmann kon zich met deze beslissing niet verenigen en is daartegen opgekomen bij het Bundespatentgericht. Deze rechterlijke instantie is van mening dat geuren in abstracto geschikt kunnen zijn om de waren van een onderneming van die van andere te onderscheiden, maar vraagt zich

5 — Klasse 35: reclame, beheer van commerciële zaken, zakelijke administratie en administratieve diensten.
Klasse 41: opvoeding, opleiding, ontspanning, sportieve en culturele activiteiten.
Klasse 42: restauratie (het verstrekken van voedsel en dranken), tijdelijke huisvesting, medische zorg, dienstverlening op het gebied van hygiëne en schoonheidsverzorging, veterinaire en landbouwkundige diensten, juridische diensten, wetenschappelijk en industrieel onderzoek, computerprogrammering en diensten die niet in andere klassen kunnen worden ingedeeld.

6 — Een ester is een chemische verbinding die ontstaat wanneer bij een organisch of anorganisch zuur een willekeurig waterstofatoom wordt vervangen door alcoholradicalen.

7 — BIPMZ Sonderheft, 1994, blz. 156 e.v.

af of een olfactorisch merk de in artikel 2 van de Eerste richtlijn gestelde voorwaarde van grafische voorstelling kan vervullen. Aangezien de beslissing in het hoofdgeding volgens de verwijzende rechter van de uitlegging van deze voorwaarde afhangt, heeft hij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen de volgende vragen voorgelegd:

„1) Moet artikel 2 van de Eerste richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, aldus worden uitgelegd dat onder ‚tekens die vatbaar zijn voor grafische voorstelling' uitsluitend tekens worden begrepen die rechtstreeks in hun zichtbare vorm kunnen worden weergegeven? Of moeten hieronder ook tekens worden begrepen die als zodanig niet visueel waarneembaar zijn — zoals geuren en geluiden —, doch die op andere wijze indirect kunnen worden weergegeven?

2) Zo op de eerste vraag wordt geantwoord dat deze uitdrukking ruim moet worden uitgelegd: wordt aan de eisen van artikel 2 van de richtlijn met betrekking tot de grafische voorstelling voldaan, wanneer een geur wordt weergegeven

a) door een scheikundige formule,

b) door een (openbaar te maken) beschrijving,

c) door een depot, of

d) door een combinatie van deze andere vormen van weergave?"

III — Bespreking van de prejudiciële vraag

14. Het Hof ziet zich in casu voor een bijzonder interessante en tegelijkertijd belangwekkende zaak gesteld. De vraag is of een geur als merk kan worden ingeschreven en welke voorwaarden daarbij zouden gelden.

15. De analyse waartoe ik in de onderstaande punten overga om een antwoord op de prejudiciële vraag te kunnen formuleren, vangt aan met het begrip „merk" en een bespreking van zijn functies. Ik zal vervolgens het zuiver juridische terrein verlaten en mij begeven op gebieden die niets met het recht van doen hebben, om daarna weer naar het juridische terug te keren met inzichten die mij in staat zullen stellen een antwoord te geven op de vraag of een geur als merk kan worden ingeschreven en dus de *status* kan genieten die het

gemeenschapsrecht aan deze vorm van intellectuele eigendom verleent.

1. *Functies van het merk. Merken als communicatiemiddel*

16. Een merk is een teken [8] dat de waren of diensten van een onderneming van die van andere ondernemingen moet kunnen onderscheiden. Dit blijkt heel duidelijk uit artikel 2 van de Eerste richtlijn. [9]

17. Onderscheid is noodzakelijk opdat de consument of de eindverbruiker in alle vrijheid een keuze kan maken uit de talrijke opties die tot zijn beschikking staan [10] en aldus de vrije mededinging op de markt kan bevorderen. De Eerste richtlijn drukt een soortgelijke gedachte uit in de eerste overweging van de considerans. Daarin wordt gesteld dat de beoogde aanpassing de belemmeringen wil wegnemen die uit de verschillen in de wetgevingen van de lidstaten voortvloeien voor het vrije verkeer van goederen en het vrij verrichten van diensten, en bijgevolg voor de vrijheid van mededinging. Het merkrecht „is een essentieel onderdeel van het stelsel van onvervalste mededinging, dat het Verdrag wil vestigen en handhaven" [11], en de gemeenschapswetgever heeft aan deze taak willen bijdragen door de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten. Het onderscheidingsteken vormt dus het uitgangspunt en de vrijheid van mededinging het einddoel. [12]

18. Om dat einddoel te bereiken, moet een weg worden afgelegd; het middel daartoe is niets anders dan de toekenning „[aan] de gerechtigde [van] een samenstel van rechten en bevoegdheden, [13] die tot doel hebben hem het uitsluitend gebruik van het onderscheidend teken toe te kennen en hem te

8 — De vraag om wat voor soort teken het gaat, moet in deze conclusie juist worden onderzocht.

9 — In dezelfde termen is ook artikel 4 van verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1; hierna: „verordening") geredigeerd; de bepalingen van nationaal recht van de lidstaten gaan in dezelfde richting. Voorbeelden hiervan zijn: a) Duitsland: § 3, lid 1, van het Markengesetz, reeds aangehaald; b) België, Luxemburg en Nederland: artikel 1 van de Eenvormige Beneluxwet op de merken van 19 maart 1962; c) Spanje: artikel 1 van de Ley de marcas 32/1988 van 10 november 1988; d) Frankrijk: artikel 711-1 van de Code de la propiété intellectuelle; e) Italië: artikel 16 van het decreto legislativo van 4 december 1992, nr. 480; f) Portugal: artikel 165, lid 1, van de Código da propiedade industrial, vastgesteld bij decreto-lei 16/1995 van 24 januari; g) Verenigd Koninkrijk: artikel 1, lid 1, van de Trade Marks Act 1994. Buiten de grenzen van de Europese Unie zijn merken omschreven in de Lanham Act, sinds 1946 de basistekst voor de regeling van dit soort onderscheidingstekens op federaal niveau in de Verenigde Staten van Amerika, die daaraan dezelfde functie toeschrijft. In Australië bepaalt de Trade Marks Act 1995 eveneens dat het doel van merken erin is gelegen de waren en diensten van een ondernemer van die van andere te onderscheiden (artikel 17, deel 3).

10 — In het arrest van 17 oktober 1990, HAG GF (C-10/89, Jurispr. blz. I-3711), heeft het Hof verklaard dat de functie van het merk daarin is gelegen dat aan „de consument of de eindverbruiker met betrekking tot het gemerkte product de identiteit van de oorsprong wordt gewaarborgd, in dier voege dat hij dat product zonder gevaar voor verwarring van producten van andere herkomst kan onderscheiden" (punt 14). In deze zin heeft het Hof zich ook uitgesproken in het arrest van 4 oktober 2001, Merz and Krell (C-517/99, Jurispr. blz. I-6959, punt 22).

11 — Reeds aangehaalde arresten HAG GF, punt 13, en Merz and Krell, punt 21.

12 — De paradoxale situatie doet zich voor dat, teneinde de vrije mededinging op de markt te waarborgen, een recht ontstaat dat een uitzondering op het algemene mededingingsbeginsel vormt, doordat de houder zich exclusief bepaalde tekens en aanduidingen mag toe-eigenen. Om deze reden maakt artikel 36 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 30 EG) verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer mogelijk, die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom.

13 — Vervat in artikel 5 van de Eerste richtlijn.

beschermen tegen concurrenten die misbruik zouden willen maken van de positie en de reputatie van het merk" [14] Dit is wat in 's Hofs rechtspraak het „specifieke voorwerp van het merkrecht" wordt genoemd. [15]

19. Het doel van een merk is erin gelegen dat de consument waren en diensten kan identificeren, wat hun herkomst [16] en hun kwaliteit [17] betreft. Beide verlenen de gemerkte goederen een imago en een reputatie: de bekendheid van het merk. [18] Het gaat er dus om, een dialoog tussen producent en consument tot stand te brengen. Opdat deze laatste de waren zou kennen, informeert de fabrikant hem, en overtuigt hij hem soms ook. [19] Het merk is in feite communicatie. [20]

20. Communiceren is iemand deelgenoot maken van wat men heeft. [21] Elke communicatiehandeling vereist dan ook een zender, een boodschap, een middel of kanaal voor verzending van de boodschap en een ontvanger die deze kan ontcijferen of decoderen. De code voor het opstellen van de boodschap is afhankelijk van de decoder waarmee de geadresseerde de boodschap ontvangt, begrijpt en verwerkt. Welnu, de homo sapiens is een ontvanger met een grote verscheidenheid aan decoders. [22]

14 — Zie de punten 31 en 32 van mijn conclusie van 18 januari 2001 in de zaak Merz and Krell. De houder van een ingeschreven merk geniet derhalve bescherming wanneer gelijkheid of verwarringsgevaar bestaat tussen zijn onderscheidingsteken en het door een derde gebruikte teken, waartoe ook de mogelijkheid behoort dat dit teken met zijn merk wordt geassocieerd [zie de artikelen 4, lid 1, en 5, lid 1, van de Eerste richtlijn; zie ook arresten van 29 september 1998, Canon (C-39/97, Jurispr. blz. I-5507, punt 18), en 22 juni 2000, Marca Mode (C-425/98, Jurispr. blz. I-4861, punt 34)].

15 — Zie het reeds aangehaalde arrest HAG GF, punt 14, en het arrest van 23 februari 1999, BMW (C-63/97, Jurispr. blz. I-905, punt 52). De relatie tussen het „specifieke voorwerp" van het merkrecht en de „wezenlijke functie" van deze vorm van industriële eigendom in de rechtspraak van het Hof, is door I. de Medrano Caballero onderzocht in „El derecho comunitario de marcas: la noción de riesgo de confusión", *Revista de Derecho Mercantil,* nr. 234, oktober-december 1999, blz. 1522-1524.

16 — Dit is de wezenlijke functie van het merk (reeds aangehaalde arresten Canon, punt 28, en Merz and Krell, punt 22). Advocaat-generaal Cosmas stelde in zijn conclusie in de zaak die leidde tot het arrest van 4 mei 1999, Windsurfing Chiemsee (C-108/97 en C-109/97, Jurispr. blz. I-2779), dat de essentiële functie van het merk bestaat „[...] uit de individualisering van de waren van een onderneming en het onderscheiden van andere gelijksoortige waren (de onderscheidende functie van het merk) en [...] uit het scheppen van een verband van de waren met een bepaalde onderneming (herkomstgarantie)" (punt 27). Het is niet de bedoeling een product met één bepaalde ondernemer te identificeren, maar het te kenmerken als een van de producten die hetzelfde merk dragen, ook al kent men de herkomst ervan niet. Het is de bedoeling dat alle producten die onder hetzelfde merk worden vervaardigd, van één fabrikant afkomstig zijn, wie dit ook moge zijn. Zie in dit verband C. Fernández Novoa, *Fundamentos de derecho de marcas,* Editorial Montecorvo, Madrid, 1984, blz. 46-49, en H. Baylos Corroza, *Tratado de derecho industrial,* Editorial Civitas, 2ª ed., Madrid, 1993, blz. 817.

17 — Het is de functie ter aanduiding van de kwaliteit die ondernemers ertoe aanzet, in de verbetering van hun waren en diensten te investeren. Ondernemingen moeten „[...] hun clientèle door de kwaliteit van hun producten of diensten aan zich kunnen binden [...]" (arrest HAG GF, reeds aangehaald, punt 13). Het Hof heeft zich in punt 21 van het arrest Merz and Krell in dezelfde zin uitgesproken.

18 — Functie die de reputatie of het imago versterkt.

19 — De reclamefunctie van het merk, die tevens de meest omstreden functie is. Nadere informatie over de functies van merken in verband met de nieuwe vormen van dit industriële eigendomsrecht is te vinden in de werken van M. L. Llobregat, „Caracterización jurídica de las marcas olfativas como problema abierto", *Revista de Derecho Mercantil,* nr. 227, Madrid, januari-maart 1998, blz. 54-56, en M. D. Rivero González, „Los problemas que presentan en el mercado las nuevas marcas cromáticas y olfativas", *Revista de Derecho Mercantil,* nr. 238, Madrid, oktober-december 2000, blz. 1657-1664.

20 — C. H. Fezer stelt in *¿Cuándo se convierte un signo en marca?,* lezing voorgedragen op het Symposium betreffende het gemeenschapsmerk dat in november 1999 in Alicante werd gehouden, dat het merk een communicatiesymbool op de markt is; het fungeert als een tekencode, die de ondernemers en de consumenten op de markt met elkaar in contact brengt (geciteerd door M. D. Rivero González, in zijn eerder genoemde werk).

21 — Zie over merken als gegevensdragers S. Maniatis, „Scents as Trademarks: Propertisation of Scents and Olfactory Property" in *Law and The Senses (Sensational Jurisprudence),* red. L. Bently en L. Flynn, Pluto-Press, London-Chicago, 1996, blz. 217-235.

22 — Zie A. Polasso, „La Comunicación inteligente", in *Humaniora,* website van de Faculteit Kunst van de Universiteit van Göteborg (www.hum.gu.se), blz. 61 e.v.

21. Het gehele menselijke lichaam is een sensorisch ontvangstmedium, en de herkenning van een teken door de consument kan dus even divers zijn als zijn zintuigen. [23]

2. *Tekens met onderscheidend vermogen, in het bijzonder olfactorische tekens*

22. Indien het doel van een merk erin is gelegen dat de consument de hem aangeboden waren en diensten kan onderscheiden wat hun herkomst betreft, kan dit gebeuren via elk van de organen waarmee hij met de buitenwereld communiceert. Het onderscheidingsteken kan door het gezichtsvermogen, het gehoor, de tastzin, de reukzin en zelfs door de smaakzin worden waargenomen. [24] A priori kan elke zintuiglijk waarneembare boodschap een aanwijzing voor de consument vormen en derhalve een teken zijn dat de onderscheidende functie van een merk vervult. [25]

23. In beginsel zou er dus niets aan in de weg staan dat merken door andere dan door het oog waarneembare boodschappen worden gevormd. [26]

24. Hoewel iedere boodschap die met een van de zintuigen waarneembaar is, een teken kan vormen dat geschikt is om de waren van een onderneming te onderscheiden, is deze „aangeboren" geschiktheid evenwel niet steeds dezelfde. De reden

23 — Zie *Marcas sonoras y olfativas* in het bulletin van Henson & Co. Patentes y Marcas (http://publicaciones.derecho.org/henson/5.-_Noviembre_de_1999/2). In deze bijdrage wordt duidelijk hoe wij „in het dagelijks leven in talloze situaties met onze rug naar het televisietoestel staan en zonder het hoofd om te draaien alleen door de muziek of de herkenningsmelodie kunnen zeggen welk product wordt geadverteerd".

24 — Deze gedachte is door J. W. von Goethe in het voorwoord van zijn *Farbenlehre* (kleurenleer) prachtig verwoord: „Die Farben sind Taten des Lichts, Taten und Leiden. [...] Farben und Licht stehen zwar untereinander in dem genauesten Verhältnis, aber wir müssen uns beide als der ganzen Natur angehörig denken: denn sie ist es ganz, die sich dadurch dem Sinne des Auges besonders offenbaren will.
Ebenso entdeckt sich die ganze Natur einem anderen Sinne. Man schließe das Auge, man öffne, man schärfe das Ohr, und vom leisesten Hauch bis zum wildesten Geräusch, vom einfachsten Klang bis zur höchsten Zusammenstimmung, von dem heftigsten leidenschaftlichen Schrei bis zum sanftesten Worte der Vernunft ist es nur die Natur, die spricht, ihr Dasein, ihre Kraft, ihr Leben und ihre Verhältnisse offenbart, so dass ein Blinder, dem das unendlich Sichtbare versagt ist, im Hörbaren ein unendlich Lebendiges fassen kann.
So spricht die Natur hinabwärts zu andern Sinnen, zu bekannten, verkannten, unbekannten Sinnen, so spricht sie mit sich selbst und zu uns durch tausend Erscheinungen" (Hamburger Ausgabe in 14 Bänden, Band 13, Naturwissenschaftliche Schriften I, 10. Aufl. 1989, C.H. Beck).

25 — M. A. Perot-Morel, „Les difficultés relatives aux marques de forme et à quelques types particuliers de marques dans le cadre communautaire", *Rivista di diritto industriale*, jaargang XLV (1996), eerste deel, blz. 247-261, inzonderheid blz. 257. Deze schrijfster nuanceert daarna echter haar stelling voorzover het de smaak- en tastzin betreft, omdat het publiek tekens op basis van smaak en tast niet los van het daarmee aangeduide voorwerp kan waarnemen: men kan de smaak van een product alleen leren kennen door het te proeven, net zoals men de zachtheid van een weefsel alleen kan voelen door het aan te raken (blz. 260). Bovendien zou het teken in deze gevallen nooit een merk kunnen zijn, omdat het elk onderscheidend vermogen mist: de smaak van een appel kenmerkt dit stuk fruit. Een smaakwaarneming kan slechts dan een merk zijn, wanneer zij niet samenhangt met de indruk die het proeven van een bepaald product achterlaat; bijvoorbeeld, de smaak van appel ter onderscheiding van een cosmeticalijn. In een dergelijk geval zou het echter voor de waarneming van het onderscheidingsteken noodzakelijk zijn ofwel een appel te proeven, in welk geval het fruit het teken vormt, ofwel een cosmeticaproduct met appelsmaak uit te proberen, in welk geval niet meer de smaak, maar het product zelf het onderscheidingsteken is. Hetzelfde geldt voor de tastzin, zodat ik kan stellen dat alleen die tekens en signalen een merk kunnen vormen, welke, zoals visuele, auditieve en olfactorische tekens, zich in de ruimte verplaatsen en onafhankelijk van het voorwerp waarvan zij een eigenschap uitmaken, waarneembaar zijn.
Zie over de problemen betreffende de identificatie van een product door middel van zijn geur, voorafgaande aan de koop, het reeds aangehaalde werk van S. Maniatis, blz. 222 en 223.

26 — M. D. Rivero González bevestigt in zijn eerder genoemde werk (blz. 1646) dat marketingonderzoeken aantonen dat de waarneming door de consument, via andere zintuigen dan het zicht, van stimuli bij het differentiëren van producten, zeer nuttig kan zijn voor de communicatie die men met het merk beoogt.

hiervoor is zeer eenvoudig: de wijze waarop de mens de buitenwereld waarneemt, varieert al naargelang het zintuig, het venster waardoor dit gebeurt. [27]

25. In de neurofysiologie maakt men gewoonlijk onderscheid tussen „mechanische" en „chemische" zintuigen. De eerste groep bestaat uit de tastzin, het gezichtsvermogen en het gehoor, die alledrie gemakkelijk te vatten zijn omdat zij aan het begrip vorm („gestalthaft" — „lo propio de la forma") beantwoorden en op relatief objectieve wijze kunnen worden beschreven. De karakterisering van de laatste groep, de smaak- en de reukzin, is daarentegen problematischer, omdat precieze richtsnoeren voor de omschrijving van hun inhoud ontbreken. In de westerse cultuur zijn de reuk- en de smaakzin en ook de tastzin van ondergeschikt belang. Voor Plato en Aristoteles zijn het zintuigen die een minder zuiver en verheven genoegen verschaffen dan het zicht en het gehoor. In het Europa van de Verlichting stelde Kant ze voor als ondankbare zintuigen en was Hegel van mening dat ze niet geschikt waren om werkelijke kennis over de wereld en het eigen ik te verschaffen. Freud en Lacan verbanden deze zintuigen naar het dierenrijk en associeerden de ontwikkeling van de beschaving met hun verzwakking. [28]

26. Wanneer men het over de subjectiviteit of de objectiviteit van de zintuigen heeft, is evenwel voorzichtigheid geboden. Er zijn geen objectieve of subjectieve sensorische organen. In zijn reeds genoemde werk stelt Goethe, dat het gezichtsvermogen en de waarneming van kleuren vertroebeld zijn door relativisme. [29] Anderzijds is bekend dat de karakterisering van een muzikaal werk niet steeds gelijk is [30] en afhangt van de luisteraar en zijn gevoeligheid. De persoon die de boodschap ontvangt, is per slot van rekening een individu met zijn eigen ervaringen en zijn unieke waarnemingsvermogen. Met andere woorden, men kan bij sensorische waarneming alleen spreken van min of meer perfect, en bij de beschrijving van de waarneming door de ontvanger bijgevolg van min of meer accuraat.

27. Het zou op dit niveau moeilijk zijn een algemene karakterisering van de zintuigen te geven, die bevestigt dat het gezichtsvermogen het sterkst ontwikkelde zintuig is. Het vermogen van het menselijk oog om kleuren te ontwaren is even beperkt [31] als dat van zijn reukzin om geuren waar te nemen. Bovendien kan de beschrijving van

27 — Zie mijn overwegingen op dit punt in voetnoot 25.

28 — Zie O. Laligant, „Des œuvres aux marches du droit d'auteur: les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher", *Revue de recherche juridique, Droit prospectif*, 1992, nr. 1, blz. 107 en 108, aangehaald door J.-P. Clavier, *Les catégories de la propiété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, Édition L'Harmattan, 1998, blz. 248.

29 — „Ich glaube, der Mensch träumt nur, damit er nicht aufhöre zu sehen", zegt hij in *Wahlverwandtschaften* (Hamburger Ausgabe in 14 Bänden, Band 6, Wahlverwandtschaften, 10. Aufl. 1989, C. H. Beck). Niets is persoonlijker dan dromen.

30 — Zoals evenmin de vertolking ervan steeds hetzelfde is.

31 — Bij wijze van voorbeeld kan worden aangevoerd dat, bij een kleurenoverzicht zoals verfleveranciers dat gebruiken, de keuze van een bepaalde kleur (roze, groen of blauw) uit de verschillende schakeringen (verspreid over twintig of dertig kaarten) uiterst problematisch is. Het menselijke oog kan zonder verwarringsgevaar slechts drie of vier tinten van eenzelfde kleur onderscheiden. Een gemiddelde consument is niet in staat om kleurschakeringen van dicht bij elkaar liggende of op elkaar gelijkende kleuren te onderscheiden (zie M. D. Rivero González, op. cit., blz. 1673).

een kleur net zo onnauwkeurig en moeilijk zijn als die van een geur. [32]

28. Waarin schuilt dan het verschil? Het oog onderscheidt niet alleen kleur, maar ook vormen [33]; met de reukzin kan men daarentegen alleen de „kleur van de geur" waarnemen, nimmer zijn „gedaante". [34] Het gezichtsvermogen heeft een groter waarnemingsbereik en daardoor ook een groter begripsbereik. Dit is volgens mij, wat hun onderscheidende functie betreft, het grote verschil tussen visuele en, voorzover hier van belang, olfactorische boodschappen.

29. Hoe dan ook, ik denk dat geen enkele discussie bestaat over de abstracte geschiktheid van via de reuk waarneembare tekens om een identificatiefunctie te vervullen. Wanneer men de waren of diensten van een bepaalde herkomst wil symboliseren om ze te onderscheiden van die met een andere oorsprong, of wanneer men een bepaalde soort, een kwaliteit of de reputatie van een onderneming in gedachten wil roepen, kan men het beste een beroep doen op een zintuig dat, zoals het reukvermogen, onmiskenbaar evocatieve en zelfs persuasieve eigenschappen heeft. [35] Zo zegt M. D. Rivero in het reeds aangehaalde werk [36], dat onderzoeken naar de perceptie van geuren aantonen dat het olfactorische geheugen waarschijnlijk het beste geheugen is waarover de mens beschikt. [37] Het reukvermogen is vanwege zijn bijzondere functie binnen het zenuwstelsel nauw verbonden met de limbische structuren, die van invloed zijn op het oproepen van herinneringen en emoties. [38] Volgens de laatste

32 — Men moet niet vergeten dat bijvoorbeeld de op de markt gangbare kleurkaarten wel 1750 kleurschakeringen van mengingen kunnen weergeven (zie M. D. Rivero González, op. cit., voetnoot 78, blz. 1675).

33 — In „Ensayos sobre la pintura" *(Pensamientos sueltos sobre la pintura,* Ed. Tecnos, Madrid 1988, blz. 9), zei D. Diderot: „de tekening geeft een wezen vorm; de kleur geeft het leven". De verhouding tussen kleur en vorm is in 1975 op zeer grafische wijze uiteengezet door Ch. Metz in zijn werk *Lo percibido y lo nombrado* (in te zien op internet via www.otrocampo.com). Metz zei, dat wanneer twee artikelen in een modeblad dezelfde snit hebben en zich alleen door hun kleur onderscheiden, zij als hetzelfde kledingstuk in twee „tinten" worden gezien, omdat onze cultuur uitgaat van de onveranderlijkheid van voorwerpen (vormen), hetgeen de taal bevestigt: alleen het attribuut is gewijzigd. Wanneer twee artikelen dezelfde kleur hebben en een afwijkende snit, zal niemand denken of zeggen dat de boetiek „dezelfde kleur in twee japonnen" heeft, maar zou men eerder zeggen dat de „twee japonnen dezelfde kleur hebben". De kleur is het predikaat: het zijn twee verschillende voorwerpen, met dezelfde kleur.

34 — Kleuren en geuren zorgen in feite bij hun toelating als fabrieksmerken voor vergelijkbare problemen, zo blijkt uit het reeds aangehaalde onderzoek van M. D. Rivero González.

35 — P. Süskind, *Das Parfum. Die Geschichte eines Mörders,* Diogenes Verlag, 1. Aufl., 1985, Zürich (*Het Parfum. De geschiedenis van een moordenaar),* vertelt het verhaal van een man in het achttiende-eeuwse Frankrijk, die over een uitzonderlijk reukvermogen beschikt en met zijn parfums talloze sterfgevallen in zijn omgeving veroorzaakt, totdat hij in een huiveringwekkende kannibalistische scène wordt verorberd. Op blz. 107 e.v. schrijft hij „Es gibt eine Überzeugungskraft des Duftes, die stärker ist als Worte, Augenschein, Gefühl und Wille. Die Überzeugungskraft des Duftes ist nicht abzuwehren, sie geht in uns hinein wie die Atemluft in unsere Lungen, sie erfüllt uns, füllt uns vollkommen aus, es gibt kein Mittel gegen sie".

36 — Bladzijde 1677.

37 — In *Le Monde* van zaterdag 7 juli 2001 verscheen een bericht (blz. 16) met de titel „Fouiller la mémoire pour accroître l'effet des publicités", waarin verslag wordt gedaan van het feit dat onderzoekers in cognitieve wetenschappen en neurofysiologie door de reclamedeskundigen in dienst worden genomen voor het verbeteren van de memorisering van reclameboodschappen.

38 — Ch. Baudelaire drukt dit prachtig uit in zijn gedicht *Le parfum,* opgenomen in Spleen et Idéal, in *„Les fleurs du mal",* Ed. Gallimard (La Pléiade), Parijs, 1971, blz. 39:

Lecteur, as-tu quelquefois respiré
Avec ivresse et lente gourmandise
Ce grain d'encens qui remplit une église,
Ou d'un sachet le musc invétéré?

Charme profond, magique dont nous grise
Dans le présent le passé restauré
Ainsi l'amant sur un corps adoré
Du souvenir cueille la fleur exquise.

Dans ses cheveux élastiques et lourds
Vivant sachet, encensoir de l'alcôve,
Une senteur montait, sauvage et fauve,

Et des habits, mousseline ou velours,
Tout imprégnés de sa jeunesse pure,
Se dégageait un parfum de fourrure.

neurofysiologische ontdekkingen hangen beide, herinneringen en emoties, nauw samen, zoals Marcel Proust goed had begrepen. [39]

30. Deze eigenschap van tekens die via de reuk tot ons komen, om de onderscheidende functie van merken te vervullen, is niet slechts theoretisch van aard. Sommige rechtsstelsels hebben olfactorische merken aanvaard; het Noord-Amerikaanse als eerste. Op 19 september 1990 werd een merk bestaande in een „frisse bloemengeur die doet denken aan mimosa" ingeschreven ter onderscheiding van naai- en borduurgaren. [40] Ten aanzien van dit merk zijn echter twee kanttekeningen op hun plaats. Om te beginnen vormt niet zozeer de geur het merk, als wel het geparfumeerde product, onafhankelijk van de geur daarvan. [41]

31. De tweede precisering gaat dieper en betreft een bijzonderheid van het Noord-Amerikaanse systeem met betrekking tot de inschrijving van handelsmerken. Anders dan in het communautaire recht en dat van de meerderheid van de lidstaten, dient een bepaald teken niet alleen onderscheidend vermogen te hebben om als merk te kunnen worden ingeschreven; tevens moet het bestaan van deze eigenschap in de praktijk worden aangetoond door het exclusieve en onafgebroken gebruik gedurende een bepaalde periode *(secondary meaning)*. In dergelijke gevallen ontstaan de rechten op het merk door het gebruik, niet door de inschrijving. Het symbool wordt merk wanneer de afnemers het als zodanig beschouwen. [42]

39 — Het fenomeen van het onbewuste geheugen dat bepaalde zintuiglijke waarnemingen die aan voorbije tijden doen denken, teweegbrengt, vormt de aanzet tot het creatieve proces van M. Proust in *À la recherche du temps perdu*. Behalve de bekende episode van de in thee gedoopte madeleine, die de roman rechtvaardigt en vorm geeft (S. Doubrousky, *La place de la madeleine, Écriture et fantasme chez Proust*, Ed. Mercure de France, Parijs, 1974, blz. 7 e.v.), zijn er andere directe en toevallige waarnemingen, waaronder de door de Ierse schrijver Samuel Beckett, Nobelprijs voor de literatuur 1969, beschreven geur van een besloten ruimte in bepaalde openbare toiletten op de Champs Élysées (S. Beckett, *Proust*), hoewel er verschillende andere olfactorische indrukken zijn die door het werk van Proust heen lopen, zoals de geur van een weg, die van de bladeren van de bomen, het bouquet van een bloem of de vieze lucht van een besloten kamer (J.-P. Richard, *Proust et le monde sensible*, Ed. du Seuil, Parijs, 1974, blz. 133 en 134). Met name de lucht van een besloten ruimte die opsteeg uit de oude en vochtige muren van de ingang van de toiletten, waar de verteller hoopt dat Françoise naar buiten komt, vult hem „d'un plaisir consistant auquel je pouvais m'étayer, délicieux, paisible, riche d'une vérité durable, inexpliquée et certaine" (M. Proust, *À la recherche du temps perdu, À l'ombre de jeunes filles en fleurs*, Ed. Gallimard, La Pléiade, Parijs, 1987, deel I, blz. 483).

40 — Meer recent, op 26 juni 2001, is een merk bestaande uit kersengeur ter onderscheiding van synthetische smeermiddelen voor racewagens of showvoertuigen ingeschreven. Veertien andere aanvragen voor de inschrijving van geurmerken zijn thans nog in afwachting van een beslissing.

41 — Zie het reeds aangehaalde werk van M. L. Llobregat, blz. 110 e.v., alsook het werk van E. Gippini Fournier, „Las marcas olfativas en los Estados Unidos", *Actas de Derecho Industrial*, deel XIV, 1991-1992, uitgegeven door het Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela en Marcial Pons, Ediciones jurídicas, S.A., Madrid, 1993, blz. 157-167. In zijn beslissing tot toelating van dit merk preciseerde de Trademark Trial and Appeal Board dat dit geen precedentwerking zou hebben voor de inschrijving van geuren ter onderscheiding van producten die zelf reeds geuren (eau de cologne, reinigingsmiddelen). Dergelijke merken zouden enkel toelaatbaar zijn voor producten die normaal gesproken niet met een geur in verband worden gebracht.

42 — Zie J. T. McCarthy, „Les grandes tendances de la législation sur les marques et sur la concurrence déloyale aux Etats-Unis d'Amérique dans les années 1970", *La Propiété industrielle, Revue mensuelle de l'Organisation Mondiale de la Propiété Intellectuelle*, nr. 10, oktober 1980, blz. 225 en 226. Het begrip *secondary meaning* is in het communautaire merkenrecht niet onbekend. Artikel 3, lid 3, van de Eerste richtlijn maakt de inschrijving als merk mogelijk van tekens die aanvankelijk geen onderscheidend vermogen hebben, maar dit door het gebruik verkrijgen (in deze zin spreekt zich ook artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 uit).

32. Binnen de rechtsorde van de Europese Unie heeft het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt de inschrijving van het merk „geur van vers gemaaid gras" ter onderscheiding van tennisballen toegelaten.[43] Het betreft hier echter kennelijk een „parel in de woestijn", een op zichzelf staande beslissing, die geen vervolg heeft gekregen.[44]

33. In het Verenigd Koninkrijk[45] heeft het United Kingdom Trade Mark Registry twee geurmerken toegelaten: de geur van rozen voor toepassing bij banden (merk nr. 2001416) en de geur van bier ter onderscheiding van pijlstaarten voor darts (merk nr. 2000234). Zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk in haar schriftelijke opmerkingen stelt,[46] is zich in de praktijk met betrekking tot dergelijke merken evenwel een verandering aan het voltrekken. Zo heeft het Trade Mark Registry bij beslissing van 16 juni 2000 — in beroep bij uitspraak van 19 december van datzelfde jaar bekrachtigd — de inschrijving geweigerd van een merk bestaande in het aroma of de essence van kaneel ter onderscheiding van meubilair en toebehoren (nr. 2000169).

43 — Beslissing van de tweede kamer van beroep van 11 februari 1999, zaak R 156/1998-2, aanvraag nr. 428.870.

44 — In *OAMI News*, nr. 3, 1999, blz. 4, is een kort artikel verschenen waarin te lezen valt dat, ondanks de toelating van merk nr. 428.870, „geur van vers gemaaid gras", de praktijk van het Bureau erin blijft bestaan, dat een (tweedimensionale) grafische voorstelling voorwaarde is voor het depot van alle merken die geen woordmerk zijn.

45 — Zie de punten 33 e.v. van de schriftelijke opmerkingen van de regering van het Verenigd Koninkrijk over geurmerken in Groot-Brittannië.

46 — Punt 37.

34. In Frankrijk[47] komen parfums in aanmerking voor bescherming onder het auteursrecht[48] en in de Benelux is een geurmerk toegelaten voor cosmetische producten.[49]

3. *Onmogelijkheid olfactorische boodschappen „grafisch voor te stellen"*

35. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 2 van de Eerste richtlijn moeten tekens, om een merk te kunnen vormen, niet alleen „de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden", maar daarnaast ook vatbaar zijn voor „grafische voorstelling".[50]

47 — Het Franse *Bulletin officiel de la propiété industrielle* heeft melding gemaakt van de aanvraag om inschrijving van vijf geurmerken, waarvan er echter nog niet een is ingeschreven.

48 — Zie de uitspraak van de Cour d'appel de Paris van 3 juli 1975, Rochas, evenals de uitspraak van het Tribunal de Commerce de Paris van 24 september 1999, Thierry Mugler Parfums.

49 — Het depot (nr. 925.979) was gedaan door de Franse onderneming Lancôme Parfums et Beauté & Cie. Het Benelux-Merkenbureau heeft ook de geur van vers gemaaid gras ter onderscheiding van tennisballen toegelaten.

50 — Artikel 8, lid 1, van het Duitse Markengesetz drukt dezelfde gedachte uit, met de uitsluiting van inschrijving als merk van onderscheidingstekens die „niet grafisch kunnen worden voorgesteld". Deze eis wordt eveneens gesteld in artikel 711-1 van de Franse Code de la propiété intellectuelle, in artikel 165.1 van de Portugese Código da propiedade industrial en in artikel 16 van de Italiaanse merkenwet. De gelijkluidende Deense, Finse en Zweedse wetten volgen dezelfde lijn. Het Griekse recht stelt dezelfde eis (artikel 1, lid 1, van wet 2239/1994). De Trade Marks Act 1994 (artikel 1, lid 1) in het Verenigd Koninkrijk en de Trade Marks Act 1996 (section 6) in Ierland verlangen een grafische voorstelling voor de inschrijving van een teken als merk. In Spanje, tot slot, stelt de huidige wet deze eis niet; het ontwerp van merkenwet dat thans bij het parlement in behandeling is, omschrijft echter het merk in artikel 4, lid 1, als „ieder teken dat vatbaar is voor grafische voorstelling [...]" [Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senaat, serie II: wetsontwerpen, nr. 31 (a) van 4 juli 2001, blz. 6]. In het Noord-Amerikaanse rechtssysteem is de vatbaarheid voor grafische voorstelling geen voorwaarde voor het begrip merk, wat wellicht de grotere verspreiding van dit soort onderscheidingstekens in dat systeem verklaart.

36. Deze eis is ingegeven door het rechtszekerheidsbeginsel. Een ingeschreven merk verleent een monopolie aan de houder ervan, die ten opzichte van eenieder exclusief gebruik maakt van de tekens die het merk vormen. De raadpleging van het merkenregister moet het mogelijk maken de aard en de draagwijdte van de als merk ingeschreven tekens, aanduidingen en symbolen te kennen; daarvoor is een grafische voorstelling vereist. Wanneer een ondernemer zich bepaalde tekens en aanduidingen toe-eigent om zijn waren en diensten van die van andere ondernemingen te onderscheiden, moeten de symbolen die hij tot de zijne maakt, met grote nauwkeurigheid bekend zijn, opdat anderen weten waaraan zich te houden. Het vereiste van de grafische voorstelling is vanwege de rechtszekerheid verknocht met de onderscheidende functie, de primaire en wezenlijke functie van merken.

37. Grafisch voorstellen betekent iets beschrijven met symbolen die men kan tekenen. Dit houdt in dat een teken, naast zijn intrinsieke onderscheidende vermogen, ook het vermogen moet hebben om „op papier te worden gezet" en dus om visueel waarneembaar te zijn. En daar het om onderscheiden gaat, moet die voorstelling op een begrijpelijke wijze gebeuren; om te kunnen onderscheiden is immers begrip vereist.

38. Niet iedere grafische voorstelling is dus adequaat; zij moet aan twee voorwaarden voldoen. Om te beginnen moet zij volledig, duidelijk en nauwkeurig zijn, zodat zonder enige twijfel geweten is waarop het monopolie betrekking heeft. Voorts moet zij begrijpelijk zijn voor degenen die belang kunnen hebben bij raadpleging van het register, te weten de andere producenten en de consumenten.[51] Onderscheidend vermogen en vatbaarheid voor grafische voorstelling zijn twee eigenschappen die beide hetzelfde beogen, namelijk potentiële kopers in staat stellen producten op de markt te kiezen op basis van hun herkomst. De grafische voorstelling van de tekens die een merk vormen, beschermt en geeft bekendheid aan de toe-eigening van die tekens door een ondernemer, die ze tot de zijne heeft gemaakt teneinde zijn waren of diensten te onderscheiden.

39. Kan men een geur „tekenen"? Kan men een geurteken voor eenieder nauwkeurig en duidelijk voorstellen? Het antwoord op deze vragen is volgens mij ontkennend. Dit lijkt ook de mening van Sieckmann zelf, die in zijn mondelinge verklaring ter terechtzitting heeft erkend dat geuren niet grafisch kunnen worden weergegeven. Om tot deze conclusie te komen, volstaat een onderzoek van de alternatieven die het Bundespatentgericht in zijn tweede vraag voorstelt.

40. De chemische formule staat niet voor de geur van een stof, maar voor de stof zelf. De chemische bestanddelen en de exacte

51 — In haar schriftelijke opmerkingen stelt de regering van het Verenigd Koninkrijk terecht dat een voorstelling niet aanvaardbaar is, wanneer deze van de persoon die het register raadpleegt een overdreven inspanning zou vergen om het teken aan de hand van zijn weergave in het register te identificeren (punt 32, sub c).

verhoudingen om een bepaald product te verkrijgen, zouden worden ingeschreven, maar nooit het olfactorisch teken. Een dergelijke voorstelling zou bovendien niet, zoals vereist, voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn. Slechts een enkeling zou in staat zijn een geur te interpreteren aan de hand van de chemische formule van het product dat de geur voortbrengt, dat wil zeggen de elementen waaruit deze bestaat en de hoeveelheden [52] die voor de verkrijging ervan moeten worden gemengd. [53] Daarbij komt, dat een en hetzelfde product door toevallige factoren als de concentratie ervan, de omgevingstemperatuur of de drager waarop het is toegepast, verschillende geurtekens kan afgeven. [54]

41. Gesteld dat de beschrijving van een teken of kenmerk in geschreven taal een grafische voorstelling is, op zichzelf voldoet zij niet aan de eisen van duidelijkheid en nauwkeurigheid. [55] Om de redenen die ik hierboven heb uiteengezet, is de beschrijving van een tekening minder problematisch dan die van een muzikaal fragment, een kleur of een geur. De bij de tekening horende vorm maakt een objectivering van zijn eigenschappen mogelijk, wat bij niet-figuratieve tekens niet het geval is. De beschrijving van een geur is belast met een grotere subjectiviteit [56], en dus relativiteit, die in strijd komt met de nauwkeurigheid en de duidelijkheid. [57] De zaak die aan de prejudiciële vraag ten grondslag ligt, illustreert goed wat ik wil zeggen. De aanvrager wenst merkenrechtelijke bescherming voor een „balsemachtig-fruitig aroma met een zweem van kaneel". Wat betekent balsemachtig? Hoe moeten wij fruitig opvatten? Hoe intens is de zweem van kaneel? Met deze omschrijving zou men nimmer het olfactorische teken kunnen identificeren waarvoor de betrokkene exclusieve rechten wenst. Maar ook een meer uitgebreide beschrijving zou de nauwkeurigheid niet vergroten; niemand zou ooit geheel zeker weten waarin de betrokken geur bestaat. [58] Het lijkt wel duidelijk dat de beschrijving van een geur niet volstaat als grafische voorstelling in de zin

52 — Wie neemt op basis van de formule C_6H_5-CH = $CHCOOCH_3$ een aroma waar als „balsemachtig-fruitig met een zweem van kaneel"?

53 — De regering van het Verenigd Koninkrijk voert in haar schriftelijke opmerkingen voorts aan, dat talrijke geuren niet uit een enkele zuivere chemische stof voortkomen, maar uit een mengsel daarvan. Van hen die het register raadplegen, kan niet worden gevergd dat zij de aard van het teken afleiden uit een aantal complexe chemische formules (punt 41).

54 — H. E. Meister stelt in „Markenfähigkeit und per se-Ausnahmen im Gemeinschaftsmarkenrecht", in *WRP — Wettbewerb in Recht und Praxis*, nr. 9/2000, blz. 967 e.v., dat „vers gemaaid gras" in zijn geboortestad niet hetzelfde ruikt als in Alicante.

55 — Tenzij het om een zuiver woordmerk gaat. Het woordmerk „tapitoli", bijvoorbeeld, is op zich onderscheidend, ervan uitgaande dat geen andere gelijkluidende of soortgelijke namen voor dezelfde of soortgelijke producten bestaan die ouder zijn (zie de artikelen 4, lid 1, en 5, lid 1, van de Eerste richtlijn).
In de reeds aangehaalde uitgave van de *OAMI News* wordt gesteld dat het Bureau in de praktijk een beschrijving niet aanvaardt als geldige vervanging voor een grafische voorstelling.

56 — De Oostenrijkse regering toont dit in haar schriftelijke opmerkingen aan met een verhelderend voorbeeld: ook twee oenologen beschrijven een en dezelfde wijn niet op dezelfde wijze (punt 4, tweede alinea). Om een voorbeeld te geven: het bouquet van de wijn *Château Talbot* (herkomstaanduiding: *Bordeaux, Saint-Julien)* jaargang 1992, wordt beschreven als een „exotisch en extravert bouquet van geconfijte zwarte kers, truffel en zoethout, met duidelijke plantaardige en kruidige tonen, vol en soepel, sappig en succulent" (R. Parker, *Les vins de Bordeaux*, Ed. Solar, Parijs 1999, blz. 317) en ook als een „bouquet van koffiedik met een dierlijke noot en een mooie structuur, rijk en met een goede concentratie" *(Le guide Hachette des vins 1996*, red. J. Arcache en C. Montalbetti, Parijs 1995, blz. 327).

57 — H. E. Meister citeert K. Lorenz wanneer hij zegt dat de problemen om geuren te objectiveren deels een gevolg zijn van de beperkingen van de taal, die uit een tijd stamt waarin de ontogenese de enige bekende ervaring was. Om deze reden beschrijven wij geuren door naar andere voorwerpen te verwijzen („geur van kaneel").

58 — In het reeds aangehaalde werk geeft S. Maniatis de geurbeschrijving weer waarmee om inschrijving voor het parfum „Nr. 5" van Chanel werd verzocht: „Het aroma van een aldehyde-floraal parfum, met een kopnoot bestaande uit aldehyden, bergamot, citroen en oranjebloesem; een elegant bloemenhart van jasmijn, rozen, lelietjes-van-dalen, iris en ylang-ylang; en een sensueel vrouwelijke grondnoot van sandelhout, ceder, vanille, amber, civet en muskus. Dit aroma is eveneens bekend onder zijn geschreven naam: *Nr. 5*".

van artikel 2 van de Eerste richtlijn. [59]

42. Ten slotte is het registerdepot van een monster van het chemische product dat de geur voortbrengt, geen „grafische voorstelling" van het onderscheidingsteken. En ook al zou het deponeren van een monster van de stof die de geur voortbrengt toelaatbaar zijn, de problemen van de inschrijving ten aanzien van de duidelijkheid en de nauwkeurigheid zouden zich nog versterkt zien door die met betrekking tot de openbaarmaking en het verloop van de tijd. Vanwege de vluchtigheid van de bestanddelen verandert een geur na verloop van tijd en kan hij zelfs geheel verdwijnen. [60]

43. Indien geen van de in de tweede vraag voorgestelde alternatieven afzonderlijk kan voldoen aan de vereisten van een „grafische voorstelling" die een duidelijke en nauwkeurige identificatie van het teken of de tekens die het merk vormen mogelijk maakt, zal de som van al deze alternatieven waarschijnlijk voor nog meer onzekerheid zorgen. De inschrijving van een chemische formule in combinatie met een monster en een beschrijving van de voortgebrachte geur, vergroot het aantal boodschappen ter identificatie van het teken en daarmee ook het gevaar van verschillende interpretaties, wat zo mogelijk tot nog grotere onzekerheid leidt. [61]

44. Ik wil absoluut niet ontkennen dat olfactorische boodschappen schriftelijk kunnen worden weergegeven. Het is mij bekend dat in de wetenschap wordt gewerkt met verschillende systemen om geuren „op te tekenen" [62]. In hun huidige staat van ontwikkeling kleven echter aan al deze systemen de genoemde moeilijkheden en bieden zij niet de duidelijkheid en nauwkeurigheid die zijn vereist voor de visuele weergave van een onderscheidingsteken dat men als merk wil monopoliseren.

45. Het is niet nodig bepaalde tekens uitdrukkelijk van de merkenwetgeving uit te sluiten. Sommige tekens sluiten zichzelf uit, doordat zij niet aan de formaliteiten van het merkenrecht kunnen voldoen. [63]

59 — Indien de beschrijving van een geur als merk zou worden toegelaten, waarom dan niet de beschrijving van een gevoel? Bijvoorbeeld verdriet, angst, hoop of welzijn.

60 — Vluchtigheid is voor een stof de noodzakelijke fysieke eigenschap om geur te hebben. Parfums geuren omdat zij vervliegen. De vluchtigheid van de verschillende bestanddelen varieert. De receptoren van de zintuigen nemen in eerste instantie de geurimpulsen van de meest vluchtige noten waar („kopnoten"). De „hartnoot" of middennoten vormen het hart van het parfum. De meest aanhoudende en minst vluchtige zijn de „grondnoten", die aan het parfum persistentie en karakter verlenen.

61 — Het zou niet ongewoon zijn dat een persoon die van het ingeschreven merk kennis wenst te nemen en het gedeponeerde monster ruikt, tot de conclusie komt dat de geur die hij waarneemt niet met de beschrijving ervan overeenkomt, terwijl hij niets zou kunnen zeggen over de ingeschreven chemische formule, die voor hem een mysterie zou zijn.

62 — Zintuiglijke beoordeling, gaschromatografie (GC) en hogedrukvloeistofchromatografie (HPLC), die M. L. Llobregat op blz. 102-105 van zijn eerder geciteerde werk beschrijft.

63 — M. Mathély, „Le droit français des signes distinctifs", *Librairie du Journal des Notaires et des Avocats*, Parijs, 1984, blz. 42.

46. Kortom, hoewel geuren onderscheidend vermogen kunnen hebben, zijn zij niet vatbaar voor de „grafische voorstelling" die artikel 2 van de Eerste richtlijn vereist. Overeenkomstig het in dit artikel bepaalde kunnen zij derhalve geen merken vormen, en ingevolge artikel 3, lid 1, sub a, van die richtlijn kunnen zij dus ook niet als zodanig worden ingeschreven.

IV — Conclusie

47. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de vragen van het Bundespatentgericht te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 2 van de Eerste richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, vereist voor de inschrijving van een teken als merk, dat dit teken onderscheidend vermogen heeft en grafisch kan worden weergegeven op een wijze die volledig, duidelijk en nauwkeurig is, en begrijpelijk voor producenten en consumenten in het algemeen.

2) Geuren kunnen thans niet op de aangegeven wijze grafisch worden voorgesteld en kunnen derhalve, volgens het in vorengenoemd artikel bepaalde, geen merken vormen."