

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

19 september 2001 \*

In zaak T-30/00,

**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 25 november 1999 (zaak R 75/1999-3) die op 10 december 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 16 februari 2000 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 4 mei 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 2 juni 1998 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 In het voor de aanduiding van het soort aangevraagde merk bestemde vakje van het formulier ad hoc, kruiste verzoekster de vermelding „beeldmerk” aan. Het merk waarvoor inschrijving wordt aangevraagd, is de weergave, vanuit een bepaalde gezichtshoek, van een rechthoekig tablet met enigszins afgeronde hoeken en bestaande uit twee lagen waarvan de kleuren, wit (onderste deel) en rood (bovenste deel), eveneens worden geclaimd.
  
- 3 De waren en diensten waarvoor de aanvraag werd ingediend, behoren tot de klassen 3 en 42 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” en „onderzoek op het gebied

van was- en afwasmiddelen”. Verzoekster claimde een recht van voorrang op basis van een in Duitsland ingediende inschrijvingsaanvraag.

- 4 Bij mededeling van 14 juli 1998 formuleerde de onderzoeker een bezwaar tegen deze claim. Hij wees erop dat de in Duitsland ingediende inschrijvingsaanvraag betrekking had op een driedimensionaal merk. In een op 17 juli 1998 door het Bureau ontvangen brief verklaarde verzoekster dat haar aanvraag van 2 juni 1998 inderdaad strekte tot inschrijving van een driedimensionaal merk.
- 5 Bij mededeling van 1 december 1998 formuleerde de onderzoeker een aantal op artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 gebaseerde bezwaren tegen de gemeenschapsmerkaanvraag.
- 6 Bij brief van 3 december 1998 diende verzoekster opmerkingen in. In een brief van 6 januari 1999 aan het Bureau merkte zij op dat de door een concurrent ingediende merkaanvraag voor soortgelijke wasmiddeltabletten in het blad van gemeenschapsmerken was gepubliceerd.
- 7 Bij beslissing van 26 januari 1999 wees de onderzoeker de aanvraag af op grond van artikel 38 van verordening nr. 40/94. Zijns inziens miste het aangevraagde driedimensionale merk onderscheidend vermogen.
- 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 Nadat de kamer van beroep haar had uitgenodigd haar standpunt te bepalen over de wijziging van de inschrijvingsaanvraag in de loop van de procedure en over de mogelijkheid zelf van een dergelijke wijziging, wees verzoekster erop dat zij wenste dat haar aanvraag zou worden behandeld als een aanvraag tot inschrijving van een beeld- of kleurmerk.
- 10 Bij beslissing van 25 november 1999 (hierna: „bestreden beslissing”) vernietigde de kamer van beroep de beslissing van de onderzoeker voorzover de weigering tot inschrijving betrekking had op de diensten van klasse 42 in de zin van de Overeenkomst van Nice. Zij was van oordeel dat het aangevraagde merk ten aanzien van deze diensten het vereiste minimale onderscheidend vermogen had. Zij verwierp het beroep voor het overige.
- 11 De kamer van beroep oordeelde dat de beslissing van de onderzoeker verkeerd was voorzover daarin geen uitspraak werd gedaan over het oorspronkelijk aangevraagde beeldmerk, maar over een driedimensionaal merk, terwijl de categorie van het merk na de vastlegging van de datum van indiening niet meer kon worden gewijzigd. De kamer van beroep achtte zich niettemin op grond van artikel 62, lid 1, tweede zin, van verordening nr. 40/94 bevoegd om te beslissen over de aanvraag van het beeldmerk.
- 12 De kamer van beroep oordeelde, zakelijk weergegeven, dat artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 zich verzet tegen inschrijving van het voor was- en afwasmiddelen aangevraagde merk. Voor inschrijving van een merk is volgens haar vereist dat de waren waarvoor het is gedeponneerd, aan de hand van dit merk naar hun herkomst kunnen worden onderscheiden, en niet naar hun aard. Zij voegde eraan toe dat niet a priori kan worden ontkend dat een beeldmerk bestaande uit de waarheidsgetrouwe weergave van een waar, een dergelijk onderscheidend vermogen kan hebben. Dit onderstelt evenwel 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 weergave van de waar aan de merkhouder een monopolie op de waar zelf wordt toegekend, moeten voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen eerder strenge criteria worden gehanteerd. In casu

voldoet de merkaanvraag niet aan deze hogere eisen. De door verzoekster geclaimde weergave is deze van een waar waarvan de vorm niet buitengewoon uitzonderlijk en evenmin ongebruikelijk is, maar een typische basisvorm op de betrokken markt is. Ook de gebruikte kleuren, te weten rood en wit, kunnen aan het geclaimde beeld 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

13 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beslissing te vernietigen;

— verweerder te verwijzen in de kosten.

14 Het Bureau concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

## In rechte

- 15 Om te beginnen zij opgemerkt dat alleen punt 3 van het dispositief van de bestreden beslissing geen recht doet aan de vorderingen van verzoekster. Alleen dit punt kan dus het voorwerp van het onderhavige beroep tot vernietiging zijn.
  
- 16 Verzoekster voert twee middelen aan. Het eerste betreft schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 en het tweede „misbruik van bevoegdheid” en schending van het beginsel van gelijke behandeling.

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

## Argumenten van partijen

- 17 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. Om uit te maken of een beeldmerk bestaande uit de getrouwe weergave van een waar, onderscheidend vermogen heeft, dient de waar zelf als uitgangspunt van de redenering te worden genomen.
  
- 18 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.

- 19 Verzoekster is van oordeel dat het betrokken merk ook wegens de vorm van de weergegeven waar onderscheidend vermogen heeft, en bekritiseert het standpunt van de kamer van beroep dat deze 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 de vorm van de waar 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 beeldmerk bestaande uit de weergave van de waar, is alleen van belang of deze weergave, die door een bepaalde combinatie van vorm en kleuren wordt gekenmerkt, door het publiek als een aanduiding van de herkomst van deze waar kan worden begrepen.
- 20 Verzoekster betoogt dat dit in casu het geval is omdat het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk dient te worden beoordeeld aan de hand van de voor beeldmerken geldende criteria. Verzoekster herinnert eraan dat een zeer minimaal onderscheidend vermogen volstaat om deze merken in te schrijven en dat dit ook geldt voor een beeldmerk dat uit het beeld van de waar bestaat en niet alleen de vorm van de waar weergeeft, maar ook — zoals in casu — andere kenmerken, zoals een bepaalde kleur. Volgens haar is er een verschil tussen driedimensionale merken en beeldmerken. Terwijl bij de eerste soort merken het onderscheidend vermogen is gebaseerd op de vorm van de waar, komen de andere kenmerken dan de vorm, bijvoorbeeld de kleur, beter tot uiting bij de tweede soort merken, daaronder begrepen de merken die alleen uit de getrouwe weergave van de waar bestaan. Bijgevolg is het niet in de eerste plaats de vorm van de waar die het beeldmerk in staat stelt de herkomst van de waar aan te duiden, maar de combinatie van alle op het beeld waarneembare specifieke elementen van het merk. Bovendien komen in de praktijk bij het beeldmerk zelf doorgaans nog andere kenmerken, zoals bijvoorbeeld de naam van de waar of het voorkomen van een verpakking. Deze elementen versterken de geschiktheid van het beeldmerk om de herkomst van de waar aan te duiden.



- 21 Verzoekster voert voorts aan dat de inschrijving van een beeldmerk bestaande uit de weergave van een waar, die naast de vorm nog andere kenmerken laat zien, niet eraan in de weg staat dat de concurrenten van de houder van dit beeldmerk voor hun eigen waren de vorm van de weergegeven waar gebruiken voorzover zij andere kenmerken met onderscheidend vermogen, bijvoorbeeld een andere kleurencombinatie, aan hun waren toevoegen. Inschrijving van een tweedimensionaal beeldmerk heeft dus niet in dezelfde mate als inschrijving van een driedimensionaal merk een — in beginsel aan het merkenrecht vreemde — bescherming van de vorm van de waar zelf tot gevolg. Gelet op de verschillende aard van deze twee categorieën merken, moet het onderscheidend vermogen ten aanzien van de vorm van de waar in het geval van een beeldmerk dus minder streng worden beoordeeld dan in het geval van een driedimensionaal merk.
- 22 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.
- 23 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 wasmiddelttabletten. Verzoekster wijst op de hoge uitgaven die zij voor deze reclame heeft gedaan en op de met de betrokken waren gerealiseerde omzet.
- 24 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 van een beeldmerk 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 beeldmerk bestaande uit een bepaalde vorm- en kleurencombinatie, van meet af aan elk onderscheidend vermogen te ontfagen.

- 25 De kamer van beroep heeft een fout gemaakt door in de punten 22 en 23 van de bestreden beslissing te oordelen dat het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk strenger moet worden beoordeeld omdat het publiek de weergave van een wasmiddeltabelt alleen als een aanduiding van de specifieke aanbiedingsvorm van de waar, en niet als een aanduiding van de herkomst ervan, opvat. Verzoekster zet uiteen dat de kamer van beroep in punt 23 van de bestreden beslissing de perceptie van de „oppervlakkige” eindverbruiker als referentie heeft genomen, terwijl de perceptie van de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument in aanmerking dient te worden genomen. Een dergelijke consument zal bij het zien van het aangevraagde merk vaststellen dat het weergegeven tablett niet alleen wijst op de aanbiedingsvorm van de waar, maar ook dankzij een specifieke vorm en kleurstelling een aanduiding van de herkomst bevat.
- 26 Onder overlegging van tal van stukken verwijst verzoekster naar verschillende nationale en internationale merkaanvragen voor was- en afwasmiddelen in tablettvorm, waarvan sommige tot inschrijving hebben geleid. Zij voert ook aan dat het Bureau aanvraag nr. 924 829 voor een driedimensionaal gemeenschapsmerk in de vorm van een was- en afwasmiddeltablett heeft gepubliceerd. 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. Voorts verwijst zij naar een beslissing van een Italiaanse rechterlijke instantie waarin de geldigheid van een driedimensionaal merk bestaande uit een tweekleurig wasmiddeltablet werd erkend.

- 27 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.
- 28 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 Somat „Profi” als gevolg van het gebruik dat van het merk is gemaakt.
- 29 Het Bureau wijst er in de eerste plaats op dat het in casu aangevraagde merk een beeldmerk is dat bestaat uit de waarheidsgetrouwe weergave van de vorm van de waar. De door verzoekster in casu verstrekte voorstelling van het merk verschilt in geen enkel opzicht van de in zaak T-335/99 aan de orde zijnde voorstelling (driedimensionaal merk in de vorm van een rood-wit rechthoekig tablet). Derhalve is het van belang dat eerst de voor de inschrijving van driedimensionale merken geldende criteria worden gedefinieerd en dat vervolgens wordt onderzocht of deze criteria anders zijn wanneer de weergave van de waar niet als een driedimensionaal merk maar als een beeldmerk wordt geclaimd, en of het onderscheidend vermogen bijgevolg aan minder strenge eisen moet worden getoetst. Het Bureau legt 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.

- 30 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.
- 31 De criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van een beeldmerk dat zoals in casu uit de getrouwe weergave van de vorm van de waar zelf bestaat, verschillen niet van de criteria die voor driedimensionale merken bestaande uit de vorm van de waar worden gehanteerd.
- 32 De door de kamer van beroep in de bestreden beslissing gebruikte bewoordingen, die aldus kunnen worden begrepen dat voor een beeldmerk bestaande uit de getrouwe weergave van de waar, strengere criteria moeten worden gehanteerd (punten 21 en 22 van de bestreden beslissing), zijn verwarrend, maar dit is in het kader van de bestreden beslissing niet bepalend. In casu heeft de kamer van beroep terecht geoordeeld dat het betrokken merk elk onderscheidend vermogen mist.
- 33 In de tweede plaats analyseert het Bureau het betrokken merk.
- 34 Volgens het Bureau is de rechthoekige vorm van het tablet, zoals die op de geclaimde weergave te zien is, niet ongewoon, maar banaal en gebruikelijk op de markt.

- 35 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.
- 36 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).
- 37 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.
- 38 Het Bureau betwist verzoeksters stelling volgens welke de weergave van de waar op de verpakking gemakkelijker als een aanduiding van de herkomst wordt opgevat dan de vorm van de waar zelf. Een dergelijke weergave, die zoals het aangevraagde merk elk extra kenmerk ontbeert, stelt de consument alleen in staat zich te informeren over de inhoud van de verpakking. De consument kijkt daarentegen naar het op de verpakking voorkomende woordmerk om de aangeduide waar te onderscheiden van die van andere producenten.
- 39 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.

Voorts heeft verzoekster niet aangetoond dat het aangevraagde merk vóór het tijdstip van indiening onderscheidend vermogen heeft verkregen in alle lidstaten.

- 40 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.
- 41 Wat in de derde plaats de omstandigheid betreft dat nationale merkenbureaus van de lidstaten driedimensionale merken in de vorm van een was- of afwasmiddel-tablet hebben ingeschreven, verklaart het Bureau dat deze bureaus geen uniforme praktijk volgen.
- 42 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 rechthoekige tabletten op de markt gebracht.

#### Beoordeling door het Gerecht

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

- 44 In casu bestaat het betrokken merk uit de weergave van was- en afwasmiddelta-  
bletten, met andere woorden uit de weergave van de waar zelf.
- 45 Zoals de kamer van beroep terecht heeft opgemerkt, kan niet a priori worden  
uitgesloten dat de grafische of fotografische weergave — zelfs indien zij  
waarheidsgetrouw is — van de waar zelf onderscheidend vermogen kan hebben  
in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.
- 46 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  
merkhouders, 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).
- 47 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.

- 48 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 beeldmerken bestaande uit de weergave van de waar zelf, verschillen dus niet van de voor andere categorieën merken te hanteren criteria.
- 49 Niettemin dient bij de toepassing van deze criteria in aanmerking te worden genomen dat de perceptie van de doelgroep in het geval van een beeldmerk bestaande uit de getrouwe weergave van de waar zelf, niet noodzakelijkerwijs dezelfde is als in het geval van een woordmerk of van een beeldmerk of driedimensionaal merk dat de waar niet getrouw weergeeft. 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. Bijgevolg zal de beoordeling van het onderscheidend vermogen in het geval van een driedimensionaal merk bestaande uit de aanbiedingsvorm van de waar zelf, geen ander resultaat opleveren dan in het geval van een beeldmerk bestaande uit de waarheidsgetrouwe weergave van de waar zelf.
- 50 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 geweigerd, 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).
- 51 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 het voorkomen van detergenten in tabletvorm niet hoog is, aangezien dit dagelijkse verbruiksgoederen zijn.

- 52 Om te beoordelen of het publiek de geclaimde weergave, gelet op de combinatie van de vorm en de kleurstelling van het weergegeven tablet, als een aanduiding van herkomst kan opvatten, dient de door deze weergave 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 bestanddelen ervan. Aangezien het gaat om een merk bestaande uit de getrouwe weergave van de waar, dient te worden onderzocht of de aanbiedingsvorm van de weergegeven waar op zichzelf invloed kan uitoefenen op het geheugen van het publiek, alsmede of de wijze waarop de waar is weergegeven, een bijzonder kenmerk vertoont dat kan wijzen op de herkomst van de waar.
- 53 De door het beeld weergegeven vorm waarvoor de inschrijving werd gevraagd, te weten een rechthoekig tablet, is een geometrische basisvorm alsmede een voor de hand liggende vorm voor een was- of afwasmiddel. Praktische overwegingen liggen ten grondslag aan de enigszins afgeronde hoeken van het tablet en de gemiddelde consument kan deze enigszins afgeronde hoeken niet opvatten als een bijzonder kenmerk van de betrokken vorm dat geschikt is om het tablet van andere was- en afwasmiddeltabletten te onderscheiden.
- 54 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 detergents 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.

- 55 Dat de gekleurde deeltjes in casu niet gelijkmatig over het gehele weergegeven 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.
- 56 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 detergents. Het gebruik van andere basiskleuren, zoals rood of geel, is een voor de hand liggende variatie op de typische aanbiedingsvorm van deze waren.

- 57 Bijgevolg bestaat de aanbiedingsvorm van de waar, waarvan de weergave het aangevraagde merk is, uit een combinatie van elementen die voor de hand liggend en typerend zijn voor de betrokken waar.
- 58 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 of de weergave ervan 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.
- 59 De weergave waarvoor om inschrijving werd gevraagd, toont een tablet vanuit een bepaalde gezichtshoek. Deze gezichtshoek heeft tot gevolg dat de vorm van het tablet enigszins wordt scheefgetrokken. De wijze waarop het tablet in casu wordt weergegeven, verschilt dus enigszins van een volledig waarheidsgetrouwe weergave. Zoals verzoekster evenwel zelf ter terechtzitting heeft erkend, kan dit beeld van het tablet vanuit een bepaalde gezichtshoek het aangevraagde merk geen onderscheidend vermogen verlenen. Dit beeld is geen bijzonder kenmerk dat dermate invloed kan uitoefenen op het geheugen van de consument dat deze laatste het weergegeven tablet kan onderscheiden van andere was- of afwasmiddelttabletten.
- 60 Gezien de totaalindruk die de vorm en de kleurstelling van het weergegeven 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.

- 61 Aan de ongeschiktheid van het betrokken merk om — a priori en onafhankelijk van het feitelijk gebruik ervan — 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 betrokken 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.
- 62 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 driedimensionaal merk bestaande uit een tweekleurig wasmiddeltablet 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.
- 63 Derhalve heeft de kamer van beroep terecht geoordeeld dat het betrokken beeldmerk elk onderscheidend vermogen mist.
- 64 Dat de criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van een beeldmerk bestaande uit de weergave van de waar zelf, niet strenger zijn dan de criteria die voor andere categorieën merken worden gehanteerd, leidt niet tot een andere conclusie.

- 65 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.
- 66 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

- 67 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.

- 68 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.
- 69 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

- 70 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.

- 71 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.
- 72 Gelet op het voorgaande moet het beroep worden verworpen.

## Kosten

- 73 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

De president van de Tweede kamer

H. Jung

A. W. H. Meij