

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

19 september 2001 *

In zaak T-129/00,

Procter & Gamble Company, gevestigd te Cincinnati, Ohio (Verenigde Staten van Amerika), vertegenwoordigd door C. van Nispen en G. Kuipers, 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 C. Røhl Søberg als gemachtigden,

verweerder,

* Procestaal: Engels.

betreffende een beroep tegen de beslissing van de eerste kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) van 8 maart 2000 (zaak R-508/1999-1) die op 13 maart 2000 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 12 mei 2000 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 27 juli 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 7 oktober 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 Volgens de door verzoekster verstrekte voorstelling heeft het driedimensionale merk waarvoor inschrijving wordt aangevraagd, de vorm van een rechthoekig tablet met een kartelrand, enigszins afgeronde hoeken, spikkels en op de bovenzijde in het midden een donkere driehoekige inzinking. Geen enkele kleur werd 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: „bleekmiddelen en andere wasmiddelen; reinigings-, polijst-, ontvettings-

en schuurmiddelen; middelen voor het wassen, reinigen en verzorgen van de vaat; zepen; parfumerieën, etherische oliën, cosmetische middelen, haarlotions; tand-reinigingsmiddelen”.

- 4 Bij beslissing van 17 juni 1999 wees de onderzoeker de aanvraag af op grond van artikel 38 van verordening nr. 40/94. Zijns inziens miste het betrokken merk elk onderscheidend vermogen.
- 5 Op 13 augustus 1999 stelde verzoekster krachtens artikel 59 van verordening nr. 40/94 bij het Bureau beroep in tegen de beslissing van de onderzoeker.
- 6 Het beroep werd verworpen bij beslissing van 8 maart 2000 (hierna: „bestreden beslissing”).
- 7 De kamer van beroep oordeelde, zakelijk weergegeven, dat het betrokken merk elk onderscheidend vermogen miste. Zij merkte in de eerste plaats op dat blijkens artikel 4 van verordening nr. 40/94 de vorm van een waar als gemeenschapsmerk kan worden ingeschreven op voorwaarde dat deze vorm zo ongebruikelijk en willekeurig is dat de betrokken consumenten de waar op basis van het voorkomen alleen kunnen herkennen als afkomstig van een bepaalde onderneming. Gelet op de voordelen van was- en afwasmiddelen in tabletvorm, moeten verzoeksters concurrenten de vrijheid hebben om deze eveneens te produceren en daarbij gebruik te maken van de eenvoudigste geometrische vormen. Na het in casu aangevraagde merk te hebben beschreven, stelde de kamer van beroep vast dat de rechthoekige vorm dit tablet geen onderscheidend vermogen verleende. De geometrische basisvormen (vierkant, rond of rechthoekig) zijn voor dergelijke tabletten de meest voor de hand liggende vormen en de keuze van een rechthoekig tablet als vorm van vaste detergenten is willekeurig noch fantasievol. De door

verzoekster aangevoerde extra kenmerken, met name de „opgehoogde” hoeken (shouldered corners), de afgeschuinde randen en het concave midden, zijn banale varianten van de normale aanbiedingsvorm van de waren. De geclaimde vorm kan op basis van deze kenmerken niet als merk worden ingeschreven omdat een consument die zijn aandacht erop richt, de herkomst van het tablet niet uit deze kenmerken kan afleiden. Het gebruik van een donkere tint voor het concave midden verleent de geclaimde vorm geen onderscheidend vermogen. Voorts is het gebruik van verschillende kleuren banaal en kan dit, naast het decoratieve aspect, wijzen op de aanwezigheid van verschillende actieve bestanddelen. De kamer van beroep voegde eraan toe dat beslissingen van nationale autoriteiten weliswaar door het Bureau in aanmerking mogen worden genomen, maar niet verbindend zijn.

Conclusies van partijen

8 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

- de bestreden beslissing te vernietigen;
- het Bureau te verwijzen in de kosten.

9 Het Bureau concludeert dat het het Gerecht behage:

- het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

De ontvankelijkheid

Argumenten van partijen

- 10 Ter terechtzitting heeft verzoekster uiteengezet dat het onderhavige beroep alsmede de in de parallelle zaken T-117/00 tot en met T-121/00 en T-128/00 ingestelde beroepen hoofdzakelijk ertoe strekken opheldering te verkrijgen van de rechtssituatie inzake de mogelijke inschrijving van de aangevraagde merken. Zij is van mening dat deze merken geen bescherming op grond van verordening nr. 40/94 verdienen. Aangezien evenwel bepaalde op de markt aanwezige ondernemingen merkaanvragen hebben ingediend om een dergelijke bescherming te verkrijgen voor vormen die met de in casu en de in bovengenoemde parallelle zaken geclaimde vorm overeenstemmen, worden alle producenten volgens verzoekster gedwongen te proberen een gelijkwaardige bescherming voor hun eigen waren te verkrijgen.
- 11 Het Bureau is van oordeel dat verzoekster het Gerecht dus in wezen verzoekt haar beroep te verwerpen. Het Bureau werpt de vraag op, of verzoekster in die omstandigheden een procesbelang heeft.

Beoordeling door het Gerecht

- 12 Volgens vaste rechtspraak is een door een natuurlijke of rechtspersoon ingesteld beroep tot nietigverklaring slechts ontvankelijk indien de verzoeker belang heeft

bij de nietigverklaring van de betrokken handeling. Een dergelijk belang veronderstelt dat de nietigverklaring van die handeling op zichzelf rechtsgevolgen kan hebben (arrest Gerecht van 14 september 1995, Antillean Rice Mills e.a./ Commissie, T-480/93 en T-483/93, Jurispr. blz. II-2305, punt 59, en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Hetzelfde geldt voor een overeenkomstig artikel 63 van verordening nr. 40/94 ingesteld beroep.

- 13 In casu verzocht verzoekster om inschrijving van een driedimensionaal merk in tabletvorm, wees de onderzoeker deze aanvraag af en bevestigde de kamer van beroep deze afwijzing. De opvatting die verzoekster kan zijn toegedaan omtrent de wenselijkheid de voor het aangevraagde driedimensionale merk gekozen vorm via het merkenrecht te beschermen, doet niet af aan verzoeksters belang bij de nietigverklaring van de beslissing van die kamer waarin geen recht wordt gedaan aan haar vorderingen. Derhalve kan in casu niet worden ontkend dat verzoekster een procesbelang heeft.

Ten gronde

- 14 Verzoekster voert in wezen twee middelen aan. Het eerste betreft schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94. Het tweede betreft niet-nakoming van de motiveringsplicht. Aangezien deze twee middelen in casu nauw met elkaar verband houden, dienen zij gezamenlijk te worden onderzocht.

Argumenten van partijen

- 15 Verzoekster voert in de eerste plaats aan dat het aangevraagde merk, in zijn geheel beschouwd, ongebruikelijk en fantasievol is en het voor inschrijving vereiste minimale onderscheidend vermogen heeft.

- 16 Vervolgens maakt zij opmerkingen over de vorm en het dessin van het betrokken merk alsmede over het feit dat bij de beoordeling van de merkaanvraag het merk in zijn geheel moet worden beschouwd. Ten slotte houdt zij een betoog omtrent de noodzaak verordening nr. 40/94 op uniforme wijze toe te passen.

- 17 Met betrekking tot de vorm van het merk stelt verzoekster dat blijkens artikel 4 van verordening nr. 40/94 een merk uit de vorm van de waar mag bestaan.

- 18 Verzoekster bekritiseert de kamer van beroep in zoverre deze rekening heeft gehouden met het belang van alle marktdeelnemers om de betrokken vorm vrij te gebruiken. De inaanmerkingneming van dit belang is volgens haar niet ter zake dienend bij de beoordeling van de vraag of een merk elk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, maar alleen bij de toetsing van de merkaanvraag aan artikel 7, lid 1, sub e, van deze verordening.

- 19 Voorzover de kamer van beroep in het kader van de discussie over artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 zinspeelt op de weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, sub e, van deze verordening, merkt verzoekster op dat andere tabletvormen kunnen worden gekozen en zelfs te verkiezen lijken, zoals de ronde vorm. Voorts bestaan er voor detergenten ook andere aanbiedingsvormen, zoals poeder of vloeistof.

- 20 Verzoekster beklemtoont dat tabletten niet alleen door het gebruik van verschillende basisvormen — en bij gebruik van de rechthoekige vorm door variërende verhoudingen tussen de lengte en de breedte — een ander voorkomen kunnen verkrijgen, maar ook door verschillen in de dikte van het tablet. Zij leidt hieruit af dat in casu de vorm van het tablet op zichzelf als ongebruikelijk en fantasievol kan worden beschouwd voor een detergent in vergelijking met de andere tabletten die op het tijdstip van de indiening van de merkaanvraag op de markt waren. Volgens verzoekster heeft het aangevraagde merk a fortiori onderscheidend vermogen door het donkerder inzetstuk in het midden van het tablet en door de andere kenmerken ervan.
- 21 Wat de beoordeling van het merk betreft, herinnert verzoekster eraan dat het onderscheidend vermogen moet worden onderzocht ten aanzien van het merk in zijn geheel beschouwd. Zelfs indien de onderdelen van het merk, afzonderlijk beschouwd, onvoldoende ongebruikelijk of fantasievol zijn om het merk onderscheidend vermogen te verlenen, ontstaat door de specifieke combinatie van de onderdelen (vorm, dessin en kleur) een teken met onderscheidend vermogen dat kan worden ingeschreven. Tot op heden is er volgens verzoekster geen enkel detergent op de markt waarvan de vorm lijkt op de in casu geclaimde vorm.
- 22 Het argument van de kamer van beroep, volgens hetwelk de basisvorm van tabletten moet worden vrijgehouden voor eventueel gebruik door alle marktdeelnemers, kan dus niet in de weg staan aan de inschrijving van het aangevraagde merk. Zelfs indien een dergelijk argument in het kader van een op grond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 opgeworpen bezwaar als ter zake dienend zou moeten worden beschouwd, hetgeen verzoekster betwist, is dit in casu niet het geval omdat het aangevraagde merk niet alleen uit dit element bestaat.
- 23 Verzoekster beklemtoont dat haar merkaanvragen alleen strekken tot verkrijging van exclusieve rechten voor de specifieke combinatie van de kenmerken van elk

merk, en bijvoorbeeld niet erop zijn gericht te beletten dat de andere marktdeelnemers de rechthoekige vorm gebruiken voor hun detergenten. Zij verklaart bereid te zijn om, indien het Gerecht dit noodzakelijk acht, verklaringen van afstand in die zin te doen. Uit de talrijke, aan het Bureau gerichte inschrijvingsaanvragen voor driedimensionale merken in tabletvorm voor detergenten blijkt overigens dat de verscheidenheid van voorkomen van deze tabletten bijna onbeperkt is.

- 24 Met betrekking tot de opmerkingen omtrent de noodzaak verordening nr. 40/94 op uniforme wijze toe te passen, voert verzoekster ten slotte aan dat met haar merk overeenstemmende driedimensionale merken zijn aanvaard in een aantal lidstaten waarvan het merkenrecht op basis van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB 1989, L 40, blz. 1) is geharmoniseerd, waaronder Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk, België, Nederland en Luxemburg. Aangaande de laatste drie lidstaten zij daarbij opgemerkt dat het Benelux-Merkenbureau die merken heeft ingeschreven. Voorts heeft het Bureau volgens verzoekster merkaanvraag nr. 924 829 gepubliceerd. Deze aanvraag werd door verzoekster ingediend voor een merk bestaande uit een rechthoekig tablet in de kleuren blauw, groen en wit.
- 25 In antwoord op een vraag van het Gerecht heeft verzoekster verklaard dat haar merkaanvraag niet alleen betrekking heeft op was- en afwasmiddelen in tabletvorm, maar op alle in haar aanvraag vermelde waren: niet alleen waren afkomstig van haar afdeling huishoudelijke producten, maar ook waren van haar afdeling schoonheidsproducten. Voor deze laatste producten stemt het aangevraagde driedimensionale merk niet noodzakelijkerwijs overeen met de vorm van de waar zelf, maar kan het bijvoorbeeld een aan de waar toegevoegde reclamegadget zijn. Voorts heeft het Bureau geen motivering gegeven voor haar weigering om het aangevraagde merk voor schoonheidsproducten in te schrijven.

- 26 Het Bureau wijst erop dat het aangevraagde driedimensionale merk betrekking heeft op was- of afwasmiddelen in tabletvorm, en bestaat uit de waar zelf.
- 27 Ter beantwoording van de vraag of het aangevraagde gemeenschapsmerk voor deze nieuwe waar moet worden verleend, beschrijft het Bureau om te beginnen de ontwikkeling van de verschillende aanbiedingsvormen van was- en afwasmiddelen en de voordelen van de aanbieding in tabletvorm.
- 28 Het Bureau legt in de tweede 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.
- 29 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.
- 30 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.

- 31 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.
- 32 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.
- 33 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. 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.
- 34 In de derde plaats analyseert het Bureau het betrokken merk.
- 35 Volgens het Bureau is de rechthoekige vorm van het betrokken merk niet ongewoon en evenmin fantasievol, maar banaal en gebruikelijk op de markt.

- 36 Aangezien van het aangevraagde merk geen grafische voorstelling in kleuren is gemaakt en geen enkele kleur is geclaimd, moet het onderscheidend vermogen van dit merk worden beoordeeld op basis van de verschillende tinten grijs die evenwel niet mogen worden gelijkgesteld met verschillende kleuren. Deze tinten hebben geen onderscheidend vermogen en worden door de consument als een aanduiding van de aanwezigheid van een extra actief bestanddeel beschouwd. Grijs is niet een kleur die onderscheidend vermogen kan verlenen aan een gebruiksvoorwerp. Ter terechtzitting heeft het Bureau verklaard dat het onderscheidend vermogen van een merk waarvan de aanvraag geen kleur vermeldt, wordt onderzocht zonder het eventueel gebruik van een gekleurde variant van dit merk in aanmerking te nemen. Indien een dergelijk merk wordt ingeschreven, kan de merkhouders zich in de meeste gevallen verzetten tegen het gebruik van een gekleurde variant van dit merk door derden.
- 37 Met betrekking tot de andere kenmerken van het aangevraagde merk betoogt het Bureau dat de consument de afgeschuinde randen niet zal opmerken en dat dergelijke randen functioneel en gebruikelijk zijn voor deze tabletten. De inzinking, die bijna niet te onderscheiden is, bestaat slechts uit een donkerder grijs inzetstuk dat het extra actieve bestanddeel bevat.
- 38 Wat het onderzoek van het merk in zijn geheel betreft, oordeelt het Bureau dat de combinatie van al deze kenmerken zonder onderscheidend vermogen het aangevraagde merk geen onderscheidend vermogen verleent. Het onderscheidend vermogen kan met name niet worden afgeleid uit het feit dat alle tabletten onderling verschillend zijn.
- 39 Het argument dat verzoekster niet de enige dient te zijn die was- en afwasmiddelen in tabletvorm mag verkopen, is volgens het Bureau relevant in het kader van de toepassing van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94. Het gebruik

van dit argument mag evenwel niet aldus worden uitgelegd dat de kamer van beroep in casu een autonome weigeringsgrond ontleend aan een noodzaak tot vrijhouding (Freihaltebedürfnis) heeft toegepast. De noodzaak tot vrijhouding houdt in dat het Bureau een merkaanvraag kan weigeren indien het aantoonst dat de concurrenten een specifiek en concreet legitiem belang hebben bij gebruik van hetzelfde merk. In het onderhavige geval heeft de kamer van beroep alleen beklemd dat inschrijving van de geclaimde vorm als gemeenschapsmerk onwenselijke gevolgen zou hebben voor de werking van de markt. Volgens het Bureau dient in het kader van de toepassing van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 rekening te worden gehouden met de gevolgen van inschrijving van bepaalde elementaire en banale woorden, tekens of vormen om niet voorbij te gaan aan de basisfunctie van het stelsel van merken en industriële eigendom, namelijk het bevorderen van de eerlijke mededinging.

40 Wat in de vierde plaats het gestelde gebrek aan samenhang tussen de bestreden beslissing en de andere beslissingen van het Bureau betreft, voert het Bureau aan dat het alle aanvragen voor was- of afwasmiddeltabletten met een ronde of rechthoekige vorm heeft geweigerd en dat de kamers van beroep deze weigeringen hebben bevestigd in alle zaken waarin zij uitspraak dienden te doen. De merkaanvraag nr. 924 829 is weliswaar in het blad van gemeenschapsmerken gepubliceerd, maar het betrokken merk is niet ingeschreven. 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.

41 Wat de praktijk van de nationale merkenbureaus betreft, erkent het Bureau dat de omstandigheid dat in verschillende of alle lidstaten een aan het in casu aangevraagde merk identiek merk op naam van verzoekster is ingeschreven, een factor vormt die een rol kan spelen bij de inschrijving van het gemeenschapsmerk, zonder evenwel beslissend te zijn. Dienaangaande merkt het Bureau nog op dat verzoekster op geen enkel ogenblik heeft aangevoerd dat zij in lidstaten van de Europese Gemeenschap de inschrijving van het in casu aangevraagde merk had verkregen.

- 42 Wat 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.
- 43 Zelfs indien verzoekster als eerste was- en afwasmiddelen in tabletvorm op de markt heeft gebracht, staat het volgens het Bureau vast dat de rechthoekige vorm thans gebruikelijk is. Zelfs indien deze vorm pas na het tijdstip van de indiening van de gemeenschapsmerkaanvraag gebruikelijk is geworden, kan dat merk niet worden ingeschreven. In dit verband merkt het Bureau op dat een banale of gebruikelijke vorm niet automatisch onderscheidend vermogen verkrijgt door het eerste gebruik ervan en dat het onderscheidend vermogen ook op het tijdstip van inschrijving van het merk moet bestaan.
- 44 Omdat verzoekster erop heeft gewezen dat haar merkaanvraag ook betrekking heeft op schoonheidsproducten, heeft het Bureau ter terechtzitting verklaard dat het bereid is om de weigeringsgronden ten aanzien van deze andere, in de aanvraag vermelde waren opnieuw te onderzoeken.

Beoordeling door het Gerecht

- 45 Het onderscheidend vermogen van een merk moet worden beoordeeld ten aanzien van de waren of diensten waarvoor de inschrijving van het merk wordt gevraagd.
- 46 Met betrekking tot de in verzoeksters gemeenschapsmerkaanvraag vermelde huishoudelijke producten, te weten „bleekmiddelen en andere wasmiddelen;

reinigings-, polijst-, ontvettings- en schuurmiddelen; middelen voor het wassen, reinigen en verzorgen van de vaat; zepen” die behoren tot klasse 3 in de zin van de Overeenkomst van Nice, bestaat in casu het aangevraagde merk uit de vorm en het dessin van de waar zelf. Met betrekking tot de producten voor lichaamsverzorging van de rubriek „parfumerieën, etherische oliën, cosmetische middelen, haarlotions; tandreinigingsmiddelen”, waarvoor de inschrijving van het merk wordt gevraagd en die eveneens behoren tot die klasse 3, kan men zich moeilijk voorstellen dat het aangevraagde merk bestaat uit de vorm van de waar zelf.

- 47 Wat de huishoudelijke producten betreft, blijkt uit artikel 4 van verordening nr. 40/94 dat de vorm van de waar een teken is dat een gemeenschapsmerk kan 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.
- 48 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).
- 49 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.

- 50 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.
- 51 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.
- 52 Opgemerkt zij dat de huishoudelijke producten waarvoor de inschrijving van het merk in casu werd gevraagd, 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).

- 53 De wijze waarop de doelgroep het merk opvat, hangt 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 staat vast dat het aandachtsniveau van de gemiddelde consument ten aanzien van de vorm en het dessin van was- en afwasmiddeltabletten niet hoog is, aangezien dit dagelijkse verbruiksgoederen zijn.
- 54 Om te beoordelen of het publiek de combinatie van de vorm en het dessin 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.
- 55 Aangezien verzoekster in casu geen enkele kleur heeft geclaimd, kan het aangevraagde merk de waren alleen naar hun herkomst aanduiden indien de gemiddelde consument bij het zien van een rechthoekig tablet met een kartelrand, spikkels en een driehoekig inzetstuk het merk ongeacht de kleur ervan herkent en aanneemt dat alle aldus voorgestelde waren dezelfde herkomst hebben.
- 56 De driedimensionale 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 geclaimde vorm dat geschikt is om het tablet van andere was- en afwasmiddeltabletten te onderscheiden. Ook de kartelrand is een nauwelijks

waarneembare variant van de basisvorm en heeft geen invloed op de door het tablet opgeroepen totaalindruk.

- 57 Met betrekking tot de spikkels en het donkerder driehoekige inzetstuk in het midden van het tablet, dient om te beginnen te worden ingegaan op verzoeksters grief dat de kamer van beroep geen rekening heeft gehouden met de op het tablet aanwezige spikkels. De kamer van beroep heeft deze spikkels in de bestreden beslissing weliswaar niet uitdrukkelijk onderzocht, maar heeft onder verwijzing naar het driehoekige inzetstuk opgemerkt dat het gebruik van verschillende kleuren voor de betrokken waren gebruikelijk is (punt 18). Hieruit kan worden opgemaakt dat de kamer van beroep heeft geoordeeld dat de spikkels het aangevraagde merk geen onderscheidend vermogen kunnen verlenen omdat zij een gebruikelijk element van de aanbiedingsvorm zijn. In dat opzicht is de bestreden beslissing dus toereikend gemotiveerd.
- 58 Voorts zij opgemerkt dat de doelgroep eraan is gewend dat een detergent lichte en donkere bestanddelen heeft. De poeders, de traditionele aanbiedingsvorm van deze waren, zijn meestal grijs of zeer licht beige en lijken bijna wit. Zoals verzoekster zelf ter terechtzitting heeft uiteengezet, bevatten zij vaak deeltjes in één of meer kleuren die donkerder of lichter dan de basiskleur van de waar zijn. De door verzoekster en de andere producenten van detergents gemaakte reclame beklemtoont dat deze deeltjes de aanwezigheid van verschillende actieve bestanddelen belichamen. Deze 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 lichte of donkere 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 lichte en donkere deeltjes als een verwijzing naar bepaalde kwaliteiten van de waar, en niet als de aanduiding van de herkomst ervan, op te vatten.
- 59 Met betrekking tot het feit dat het omstreden tablet naast de spikkels een driehoekig inzetstuk in het midden op de bovenzijde bevat, zij opgemerkt dat de

kamer van beroep terecht heeft geoordeeld dat een dergelijk inzetstuk niet volstaat 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 inzetstuk in het midden van het tablet immers een erg voor de hand liggende oplossing. Dat dit inzetstuk een kleine inzinking in het midden van het tablet vormt, wijzigt het voorkomen van het tablet niet in significante mate en kan dus geen invloed uitoefenen op de perceptie van de consument.

60 De keuze van de driehoekige vorm voor het inzetstuk volstaat evenmin om het aangevraagde merk onderscheidend vermogen te verlenen. De combinatie van twee geometrische basisvormen, zoals die in het omstreden tablet te zien is, is een voor de hand liggende variant van de aanbiedingsvorm van de betrokken waar. Bij gebreke van enig extra element van aanbiedingsvorm dat een invloed kan uitoefenen op de perceptie van de consument, stelt deze combinatie van vormen de doelgroep niet in staat de waren met de geclaimde vorm te onderscheiden van die van een andere commerciële herkomst.

61 De kans dat de consumenten toch de gewoonte aannemen de waar op basis van een dergelijke combinatie van vormen 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.

62 Dat de specifieke combinatie van bovengenoemde geometrische vormen thans niet wordt gebruikt voor was- of afwasmiddelen, doet hieraan niet af. Verschillende combinaties van deze elementen van aanbiedingsvorm zijn immers mogelijk door de geometrische basisvorm te variëren alsmede door inzetstukken en spikkels toe te voegen. 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.

- 63 Gezien de totaalindruk die de combinatie van de vorm en het dessin van het omstreden tablet oproept, 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.
- 64 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.
- 65 Met betrekking tot verzoeksters argumenten inzake de praktijk van de nationale merkenbureaus 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]. Bovendien betoogt verzoekster niet dat een nationaal merkenbureau een aan het aangevraagde merk identiek merk heeft ingeschreven. Wat meer in het algemeen de praktijk van de nationale merkenbureaus inzake driedimensionale merken bestaande uit was- en afwasmiddeltabletten betreft, blijkt uit de antwoorden van het Bureau op de vragen van het Gerecht dat deze niet uniform is. Bijgevolg kan de kamer van beroep niet worden verweten dat zij aan die praktijk is voorbijgegaan.

- 66 Wat de praktijk van het Bureau zelf betreft, blijkt uit diens antwoorden op de vragen van het Gerecht dat de gemeenschapsmerkaanvraag, op de publicatie waarvan verzoekster zich beroept, niet tot inschrijving heeft geleid en dat de afwijzing ervan wordt overwogen. In die omstandigheden is het argument inzake de publicatie van deze aanvraag in elk geval zonder voorwerp geworden.
- 67 Bijgevolg moeten verzoeksters argumenten inzake de praktijk van het Bureau en van bepaalde nationale merkenbureaus worden afgewezen.
- 68 Derhalve heeft de kamer van beroep terecht geoordeeld dat het betrokken driedimensionale merk elk onderscheidend vermogen mist voor de waren die behoren tot klasse 3 in de zin van de Overeenkomst van Nice en zijn omschreven als volgt: „bleekmiddelen en andere wasmiddelen; reinigings-, polijst-, ontvettings- en schuurmiddelen; middelen voor het wassen, reinigen en verzorgen van de vaat; zepen”.
- 69 Met betrekking tot verzoeksters betoog inzake het feit dat de kamer van beroep de noodzaak tot vrijhouding van de vorm van het betrokken tablet in aanmerking heeft genomen, zij opgemerkt dat de absolute weigeringsgronden van artikel 7, lid 1, sub b tot en met e, van verordening nr. 40/94 de bedoeling van de gemeenschapswetgever weergeven, te vermijden dat aan een marktdeelnemer exclusieve rechten worden toegekend die de mededinging op de markt van de betrokken waren of diensten zouden kunnen belemmeren (zie, voor de weigeringsgrond betreffende het beschrijvend karakter van het teken, arrest Hof van 4 mei 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 en C-109/97, Jurispr. blz. I-2779, punt 25). Het belang dat concurrenten van de aanvrager van een driedimensionaal merk bestaande uit de aanbiedingsvorm van een waar kunnen hebben bij de vrije keuze van de vorm en het dessin van hun eigen waren, is op zichzelf evenwel geen grond die weigering tot inschrijving van een dergelijk merk kan

rechtvaardigen, en evenmin een criterium dat op zichzelf volstaat om het onderscheidend vermogen van dat merk te beoordelen. Door tekens die elk onderscheidend vermogen missen, van inschrijving uit te sluiten, beschermt artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 het belang bij vrijhouding van verschillende varianten van de aanbiedingsvorm van een waar alleen voorzover de als merk aangevraagde aanbiedingsvorm van de waar — a priori en onafhankelijk van het gebruik ervan in de zin van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 — niet de functie van een merk kan vervullen, te weten de doelgroep in staat stellen de aangeduide waar te onderscheiden van die van een andere commerciële herkomst.

- 70 Ook al heeft de kamer van beroep in de bestreden beslissing verwezen naar het belang om monopolisering van een waar via het merkenrecht te vermijden, toch blijkt daaruit niet dat zij in casu is voorbijgegaan aan de criteria voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het merk. In punt 11 van de bestreden beslissing heeft de kamer van beroep immers verklaard dat de vorm van een waar als gemeenschapsmerk kan worden ingeschreven „op voorwaarde dat deze vorm zo ongebruikelijk en willekeurig is dat de betrokken consumenten de waar op basis van het voorkomen alleen kunnen herkennen als afkomstig van een bepaalde onderneming”. Het onderzoek van de perceptie van de kenmerken van het aangevraagde merk door de doelgroep, dat de kamer van beroep in punt 18 van de bestreden beslissing heeft verricht, is dus in overeenstemming met bovengenoemde beginselen.
- 71 Aangaande ten slotte de tot klasse 3 van de Overeenkomst van Nice behorende waren van de rubriek „parfumerieën, etherische oliën, cosmetische middelen, haarlotions; tandreinigingsmiddelen” zet de kamer van beroep in de bestreden beslissing niet uiteen waarom zij heeft geoordeeld dat het aangevraagde merk elk onderscheidend vermogen mist.
- 72 Bijgevolg is het Gerecht in casu niet in staat om de wettigheid van de bestreden beslissing ten aanzien van laatstgenoemde waren te onderzoeken. Derhalve dient

te worden vastgesteld dat de bestreden beslissing in dat opzicht is aangetast door niet-nakoming van de in artikel 73 van verordening nr. 40/94 geformuleerde motiveringsplicht. Dat verzoekster deze niet-nakoming pas ter terechtzitting heeft aangevoerd, staat niet in de weg aan het onderzoek ervan door het Gerecht, aangezien het ontbreken van motivering een middel van openbare orde is dat ambtshalve moet worden opgeworpen (zie arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 67).

- 73 Derhalve dient de bestreden beslissing te worden vernietigd voorzover zij betrekking heeft op de waren die behoren tot klasse 3 van de Overeenkomst van Nice en zijn omschreven als volgt: „parfumerieën, etherische oliën, cosmetische middelen, haarlotions; tandreinigingsmiddelen”. Het beroep wordt voor het overige verworpen.

Kosten

- 74 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 bestreden beslissing gedeeltelijk moet worden vernietigd, dient te worden beslist dat elke partij haar eigen kosten zal dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

rechtdoende:

- 1) Vernietigt de beslissing van de eerste kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) van 8 maart 2000 (zaak R-508/1999-1) met betrekking tot de waren die behoren tot klasse 3 in de zin van de Overeenkomst van Nice en zijn omschreven als volgt: „parfumerieën, etherische oliën, cosmetische middelen, haarlotions; tandreinigingsmiddelen”.
- 2) Verwerpt het beroep voor het overige.
- 3) 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