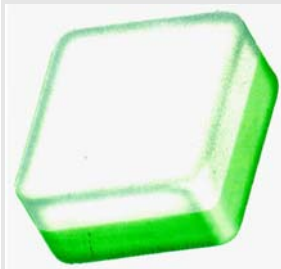
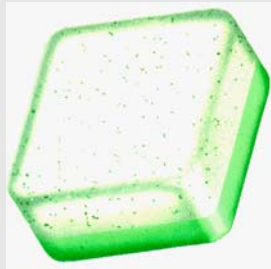


**Hof van Justitie EG, 29 april 2004, Procter & Gamble**

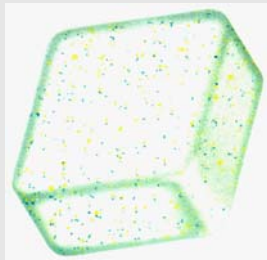
T-117/00



T-118/00 (Hoofduitspraak)



T-119/00

**MERKENRECHT****Geen onderscheidend vermogen vormmerk**

- [de gemiddelde consument neemt een merk gewoonlijk als een geheel waar en let niet op de verschillende details ervan](#)

Zoals het Hof reeds herhaaldelijk heeft vastgesteld, neemt de gemiddelde consument een merk gewoonlijk als een geheel waar en let hij niet op de verschillende details ervan (zie arresten [SABEL](#), reeds aangehaald, punt 23, en [Lloyd Schuhfabrik Meyer](#), reeds aangehaald, punt 25). Om te beoordelen of een merk onderscheidend vermogen heeft, dient de door dit merk opgeroepen totaalindruk te worden onderzocht (zie arrest [SABEL](#), reeds aangehaald, punt 23, en, met betrekking tot een woordmerk, arrest [DKV/BHIM](#), reeds aangehaald, punt 24).

- [Onderzoek verschillende elementen merk relevant](#)

Dit impliceert evenwel niet dat de bevoegde autoriteit, die moet nagaan of het aangevraagde merk – in casu de grafische voorstelling van een combinatie van de vorm en de bestanddelen van een was- of afwasmiddeltablet – door het publiek kan worden opgevat als een aanduiding van de herkomst, niet eerst een achtereenvolgend onderzoek van de verschillende voor dit merk gebruikte elementen van de aanbiedingsvorm kan verrichten. Het kan voor de bevoegde autoriteit immers nuttig zijn om tijdens de globale beoordeling elk bestanddeel van het betrokken merk te onderzoeken. In casu heeft het Gerecht, na een afzonderlijk onderzoek van deze elementen, de totaalindruk die de vorm en de kleurstelling van de betrokken tabletten oproepen, beoordeeld zoals in de in punt 44 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak wordt geëist. Dit blijkt zowel uit

de punten 59 tot en met 67 van het arrest T-118/00 als uit de overeenkomstige punten van de arresten T-117/00 en T-119/00 tot en met T-121/00.

Vindplaatsen: [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)**Hof van Justitie EG, 29 april 2004, Procter & Gamble**

(V. Skouris, J. N. Cunha Rodrigues, J.-P. Puissechot, R. Schintgen en F. Macken (rapporteur))

ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

29 april 2004 (1)

„Hogere voorziening – Gemeenschapsmerk – Artikel 7, lid 1, sub b, van verordening (EG) nr. 40/94 – Driedimensionale vormen van was- of afwasmiddeltabletten – Absolute weigeringsgrond – Onderscheidend vermogen”

In de gevoegde zaken C-468/01 P tot en met C-472/01 P,

Procter & Gamble Company, gevestigd te Cincinnati (Verenigde Staten), vertegenwoordigd door C. van Nispen en [G. Kuipers](#), advocaten, rekwirante,

betreffende vijf hogere voorzieningen tegen de arresten van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (Tweede kamer) van 19 september 2001, Procter & Gamble/BHIM (Vierkant wit en lichtgroen tablet) (T-117/00, Jurispr. blz. II-2723), Procter & Gamble/BHIM (Vierkant tablet, wit met groene spikkels en lichtgroen) (T-118/00, Jurispr. blz. II-2731), Procter & Gamble/BHIM (Vierkant wit tablet met gele en blauwe spikkels) (T-119/00, Jurispr. blz. II-2761), Procter & Gamble/BHIM (Vierkant wit tablet met blauwe spikkels) (T-120/00, Jurispr. blz. II-2769), en Procter & Gamble/BHIM (Vierkant wit tablet met groene en blauwe spikkels) (T-121/00, Jurispr. blz. II-2777), strekkende tot vernietiging van deze arresten, andere partij bij de procedure:

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

verweerder in eerste aanleg,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, waarnemend voor de president van de Zesde kamer, J. N. Cunha Rodrigues, J.-P. Puissechot, R. Schintgen en F. Macken (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

griffier: M. Múgica Arzamendi, hoofdadministrateur,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 2 oktober 2003, waarbij Procter & Gamble Company vertegenwoordigd was door C. van Nispen en G. Kuipers, en het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) door D. Schennen en A. von Mühlendahl als gemachtigde,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 6 november 2003, het navolgende

#### **Arrest**

1 Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Hof op 6 december 2001, heeft Procter & Gamble Company (hierna: „Procter & Gamble”) krachtens artikel 49 van het Statuut-EG van het Hof van Justitie hogere voorziening ingesteld tegen de arresten van het Gerecht van eerste aanleg van 19 september 2001, Procter & Gamble/BHIM (Vierkant wit en lichtgroen tablet) (T-117/00, Jurispr. blz. II-2723; hierna: „arrest T-117/00”), Procter & Gamble/BHIM (Vierkant tablet, wit met groene spikkels en lichtgroen) (T-118/00, Jurispr. blz. II-2731; hierna: „arrest T-118/00”), Procter & Gamble/BHIM (Vierkant wit tablet met gele en blauwe spikkels) (T-119/00, Jurispr. blz. II-2761; hierna: „arrest T-119/00”), Procter & Gamble/BHIM (Vierkant wit tablet met blauwe spikkels) (T-120/00, Jurispr. blz. II-2769; hierna: „arrest T-120/00”), en Procter & Gamble/BHIM (Vierkant wit tablet met groene en blauwe spikkels) (T-121/00, Jurispr. blz. II-2777; hierna: „arrest T-121/00”) (hierna samen: „bestreden arresten”), waarmee het Gerecht haar beroepen tot vernietiging van de beslissingen van de derde kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (hierna: „BHIM”) van 29 februari en 3 en 8 maart 2000 (zaken R-509/1999-1, R-516/1999-1, R-519/1999-1, R-520/1999-1 en R-529/1999-1) heeft verworpen, bij welke beslissingen haar beroepen tegen de weigering om driedimensionale vormen van was- of afwasmiddel-tabletten als gemeenschapsmerken in te schrijven, was verworpen (hierna: „omstreden beslissingen”).

2 Bij beschikking van 20 maart 2003 heeft de president van het Hof de zaken C-468/01 P tot en met C-472/01 P gevoegd voor de mondelinge behandeling en het arrest.

#### **Rechtskader**

3 Artikel 4 van verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1) bepaalt:

„Gemeenschapsmerken kunnen worden gevormd door alle tekens die vatbaar zijn voor grafische voorstelling, met name woorden, met inbegrip van namen van personen, tekeningen, letters, cijfers, vormen van waren of van verpakking, mits deze de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden.”

4 Artikel 7 van deze verordening bepaalt:

„1. Geweigerd wordt inschrijving van:

- a) tekens die niet in overeenstemming zijn met artikel 4;
- b) merken die elk onderscheidend vermogen missen;
- c) merken die uitsluitend bestaan uit tekens of aanduidingen die in de handel kunnen dienen tot aanduiding van soort, kwaliteit, hoeveelheid, bestemming, waarde, plaats van herkomst, tijdstip van vervaardiging van de waren of verrichting van de dienst of andere kenmerken van de waren of diensten;

[...]

3. Lid 1, sub b, c en d, is niet van toepassing indien het merk als gevolg van het gebruik dat ervan is gemaakt onderscheidend vermogen heeft verkregen voor de waren of diensten waarvoor inschrijving is aangevraagd.”

#### **Voorgeschiedenis van het geschil**

5 Op 13 oktober 1998 heeft Procter & Gamble bij het BHIM gemeenschapsmerkaanvragen ingediend voor de volgende driedimensionale vormen van vierkante tabletten met enigszins afgeronde randen en hoeken:

- een tablet met twee lagen, een witte en een lichtgroene (zaak C-468/01 P);
- een tablet met twee lagen, een witte met groene spikkels en een lichtgroene (zaak C-469/01 P);
- een wit tablet met gele en blauwe spikkels (zaak C-470/01 P);
- een wit tablet met blauwe spikkels (zaak C-471/01 P), en
- een wit tablet met groene en blauwe spikkels (zaak C-472/01 P).

6 De waren waarvoor de aanvragen zijn ingediend, behoren tot klasse 3 in de zin van de Overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, zoals herzien en gewijzigd. Zij zijn omschreven als volgt: „bleekmiddelen en andere wasmiddelen; reinigings-, polijst-, ontvettings- en schuurmiddelen; middelen voor het wassen, reinigen en verzorgen van de vaat; zepen”.

7 Bij beslissingen van 17 juni 1999 heeft de onderzoeker van het BHIM deze aanvragen afgewezen op grond dat de aangevraagde merken elk onderscheidend vermogen missen en om deze reden ingevolge artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 niet kunnen worden ingeschreven.

8 Bij de omstreden beslissingen heeft de derde kamer van beroep van het BHIM de beslissingen van de onderzoeker bevestigd door te oordelen dat elk van de aangevraagde merken onderscheidend vermogen mist in de zin van deze bepaling.

9 Deze kamer merkte allereerst 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 deze 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 de concurrenten van Procter & Gamble de vrijheid hebben om deze eveneens te produceren en daarbij gebruik te maken van de eenvoudigste geometrische vormen. De geometrische basisvormen (vierkant, rond, drie- of rechthoekig) zijn voor dergelijke tabletten de meest voor de hand liggende vormen en de keuze van een vierkant tablet als vorm van vaste detergents is willekeurig noch fantasievol. Ten slotte heeft zij geoordeeld dat de gebruikte kleuren de aangevraagde merken geen onderscheidend vermogen verlenen.

#### **Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arresten**

10 Bij op 3 mei 2000 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschriften heeft Procter & Gamble vijf beroepen tot vernietiging van de omstreden beslissingen ingesteld.

11 In het arrest in zaak T-118/00 heeft het Gerecht oordeeld dat de kamer van beroep van het BHIM terecht had geconcludeerd dat het aangevraagde driedimensionale merk elk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, en wel op de volgende gronden:

„52 Blijkens artikel 4 van verordening nr. 40/94 zijn zowel de vorm van de waar als de kleuren tekens die een gemeenschapsmerk kunnen vormen. Dat een categorie tekens algemeen geschikt is om een merk te vormen, impliceert evenwel niet dat deze tekens noodzakelijkerwijs onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 hebben voor een bepaalde waar of dienst.

53 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).

54 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.

55 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.

56 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.*

57 Opgemerkt zij dat de waren 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).

58 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 de kleuren van was- en afwasmiddeltabletten niet hoog is, aangezien dit dagelijkse verbruiksgoederen zijn.

59 Om te beoordelen of het publiek de combinatie van de vorm en de kleurstelling van het omstreden tablet als een aanduiding van herkomst kan opvatten, dient de door deze combinatie opgeroepen totaalindruk te worden onderzocht (zie, mutatis mutandis, arrest Hof van 11 november 1997, [SABEL](#), C-251/95, Jurispr. blz. I-6191, punt 23). Dit is niet onvereenigbaar met een achtereenvolgend onderzoek van de verschillende elementen van de aanbiedingsvorm.

60 De driedimensionale vorm waarvoor de inschrijving werd gevraagd, te weten een vierkant 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.

61 Met betrekking tot de twee lagen – een witte en een groene – en de groene spikkels op het witte deel, zij opgemerkt dat de doelgroep eraan is gewend dat een detergent bestanddelen in verschillende kleuren heeft. [...] De gekleurde deeltjes suggereren dus bepaalde kwaliteiten van de waar zonder evenwel als een beschrijvende aanduiding in de zin van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94 te kunnen worden beschouwd. Uit de niet-toepasselijkheid van deze laatste weigeringsgrond kan evenwel niet worden afgeleid dat de gekleurde deeltjes het betrokken merk noodzakelijkerwijs onderscheidend vermogen verlenen. Er is immers geen sprake van onderscheidend vermogen wanneer – zoals in casu – de doelgroep ertoe wordt gebracht de aanwezigheid van gekleurde deeltjes als een verwijzing naar bepaalde kwaliteiten van de waar,

en niet als de aanduiding van de herkomst ervan, op te vatten. De kans dat de consumenten toch de gewoonte aannemen de waar op basis van de kleuren ervan te herkennen, volstaat op zichzelf niet om de weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 buiten toepassing te laten. Een dergelijke evolutie van de perceptie van het teken door het publiek kan, wanneer zij wordt aangetoond, alleen in het kader van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 in aanmerking worden genomen.

[...]

63 Voorts zij opgemerkt dat de kamer van beroep terecht heeft geoordeeld dat een gekleurde laag en spikkels niet volstaan om het voorkomen van het tablet als een aanduiding van herkomst van de waar te kunnen opvatten. Bij het combineren van verschillende bestanddelen in een was- of afwasmiddel in tabletvorm is zowel de toevoeging van spikkels als die van een laag immers een erg voor de hand liggende oplossing.

64 Met betrekking tot de kleur groen zij opgemerkt dat het gebruik van basiskleuren, zoals blauw of groen, gebruikelijk en zelfs typerend voor detergents is. Het gebruik van andere basiskleuren, zoals rood of geel, is een voor de hand liggende variatie op de typische aanbestedingsvorm van deze waren. Hetzelfde geldt voor de verschillende tinten van deze kleuren. Om die reden moet verzoeksters argument dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen heeft omdat een van de lagen van het tablet 'lichtgroen' is, worden afgewezen.

65 Bijgevolg bestaat het betrokken driedimensionale merk uit een combinatie van elementen van aanbestedingsvorm die voor de hand liggend en typerend zijn voor de betrokken waar.

66 Bovendien zijn verschillende combinaties van deze elementen mogelijk door de geometrische basisvorm te variëren alsmede door aan de basiskleur van de waar een andere basiskleur toe te voegen, die in één laag van het tablet of als spikkels voorkomt. Dat de verschillende tabletten daardoor een verschillend voorkomen krijgen, volstaat niet om elk van deze tabletten als aanduiding van de herkomst van de waar te doen gelden, aangezien het – zoals in casu – om voor de hand liggende variaties op de basisvormen van de waar gaat.

67 Gezien de totaalindruk die de vorm en de kleurstelling van het betrokken tablet oproepen, zal het aangevraagde merk de doelgroep niet in staat stellen de betrokken waren te onderscheiden van die van een andere commerciële herkomst wanneer zij bij een aankoop een keuze zal moeten maken.

68 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.

[...]

73 Met betrekking tot verzoeksters betoog inzake het feit dat de kamer van beroep de noodzaak tot vrijhouding van de vorm en de kleuren 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 aanbestedingsvorm van een waar kunnen hebben bij de vrije keuze van de vorm en de kleuren 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 aanbestedingsvorm van een waar alleen voorzover de als merk aangevraagde aanbestedingsvorm 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.

74 Ook al heeft de kamer van beroep in de bestreden beslissing zeer veel aandacht besteed aan 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'. Zij heeft dus in wezen een met bovengenoemde beginselen overeenstemmend criterium toegepast."

12 In de vier andere bestreden arresten kwam het Gerecht tot dezelfde conclusie. De punten 51 tot en met 73 van het arrest T-117/00 zijn in wezen op dezelfde wijze geformuleerd als de in het vorige punt weergegeven punten 52 tot en met 74 van het arrest T-118/00. Evenzo zijn de punten 51 tot en met 71 van de arresten T-119/00 tot en met T-121/00 in wezen op dezelfde wijze geformuleerd als de punten 52 tot en met 61 en 64 tot en met 74 van het arrest T-118/00.

13 Derhalve heeft het Gerecht bij de bestreden arresten de door Procter & Gamble tegen de omstreden beslissingen ingestelde beroepen verworpen.

**De hogere voorzieningen**

14 In de hogere voorzieningen concludeert Procter & Gamble tot vernietiging van de bestreden arresten, met verwijzing van het BHIM in de kosten.

15 Het BHIM concludeert tot afwijzing van de hogere voorzieningen, met verwijzing van Procter & Gamble in de kosten.

16 Ter ondersteuning van haar hogere voorzieningen voert Procter & Gamble aan dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94. Dit middel bestaat in wezen uit vijf onderdelen die betrekking hebben op:

- het onderscheidend vermogen van de aangevraagde merken;
- de noodzaak, het merk in zijn geheel te beschouwen;
- de definitie van het aandachtsniveau van de gemiddelde consument;
- het tijdstip waarop het onderscheidend vermogen van die merken moet worden beoordeeld, en
- het criterium van gebruik van een merk.

17 Het BHIM is van mening dat het Gerecht in de bestreden arresten niet van een onjuiste rechtsopvatting blijkt heeft gegeven bij de uitlegging en toepassing van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

#### **Het eerste onderdeel van het middel, betreffende het onderscheidend vermogen van een merk**

##### **Argumenten van partijen**

18 In het eerste onderdeel van het middel stelt Procter & Gamble dat het niet relevant is te onderzoeken, zoals het Gerecht heeft gedaan, of de geometrische vorm van de waar een voor de hand liggende vorm is, alsmede of de gemiddelde consument de enigszins afgeronde hoeken van de betrokken tabletten kan opvatten als een bijzonder kenmerk van de vorm waarvan de inschrijving als merk wordt aangevraagd, dat geschikt is om het tablet van andere was- en afwasmiddeltabletten te onderscheiden. Het gaat erom of de vorm van de tabletten, de enigszins afgeronde hoeken ervan, de gebruikte kleuren en het daardoor gevormde dessin (spikkels of lagen) op het relevante tijdstip reeds deel uitmaakten van de gebruikelijke aanbestedingsvorm van de op de markt beschikbare tabletten en, indien dit niet het geval is, of het onderscheid merkbaar was in de zin dat de merken daardoor onderscheidend vermogen verkregen.

19 Wat meer in het bijzonder de gekleurde deeltjes van de betrokken tabletten betreft, betoogt Procter & Gamble dat deze deeltjes, afzonderlijk beschouwd, weliswaar niet wijzen op de herkomst van de tabletten, maar deel uitmaken van het totaalbeeld en bijdragen aan het onderscheidend vermogen van de merken. Anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, kunnen bovendien de combinaties van basiskleuren en de verschillende tinten ervan een geldig merk vormen voor een volledige categorie van waren zoals detergenten.

20 Volgens het Gerecht zou aan de ongeschiktheid van de aangevraagde merken om de herkomst van de waar aan te duiden, niet afdoen dat er reeds een min of meer groot aantal soortgelijke tabletten op de markt zijn. Procter & Gamble betoogt daarentegen dat, indien er op het relevante tijdstip geen enkel soortgelijk tablet op de markt was, de aanbestedingsvormen van die tabletten

zich merkbaar onderscheiden en dus onderscheidend vermogen hadden.

21 Het BHIM is van mening dat het Gerecht de in artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 genoemde criteria voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een merk juist heeft toegepast, zowel met betrekking tot het relevante publiek als met betrekking tot de betrokken waren. Het onderscheidend vermogen moet immers worden beoordeeld tegen de achtergrond van de specifieke aard van de waar. Verder heeft het Gerecht elk merk in zijn geheel onderzocht, rekening houdend – zoals het hoort – met elk bestanddeel ervan, de functie daarvan en de wijze waarop de betrokken consumenten deze bestanddelen opvatten. Voorts stelt het BHIM dat het Gerecht terecht heeft geweigerd, rekening te houden met de vraag of Procter & Gamble of haar concurrenten werkelijk dezelfde of soortgelijke was- of afwasmiddeltabletten gebruikten op het tijdstip van indiening van de inschrijvingsaanvraag.

22 Met betrekking tot het onderscheidend vermogen betoogt het BHIM dat een merk onderscheidend vermogen heeft wanneer de geclaimde waren of diensten daardoor volgens de commerciële herkomst ervan en niet volgens de eigenschappen of kenmerken ervan kunnen worden onderscheiden. Deze interpretatie van het onderscheidend vermogen door het Gerecht is als enige verenigbaar met de bepalingen van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 en met de definitie en functie van een merk.

23 De vaststelling door het Gerecht, dat de perceptie van de doelgroep in het geval van een driedimensionaal merk bestaande uit de vorm van de waar zelf, niet noodzakelijkerwijs dezelfde is als in het geval van een woordmerk, is volgens het BHIM in casu van bijzonder belang. Terwijl het publiek de gewoonte heeft woordmerken onmiddellijk als identificatietekens van de waar op te vatten, is dit niet noodzakelijkerwijs het geval wanneer het teken samenvalt met het voorkomen van de waar zelf.

24 De vorm op zich, bij gebreke van andere elementen die over het algemeen als tekens worden gebruikt – zoals gegraveerde woorden –, wordt volgens het BHIM door de gemiddelde consument in de regel niet onmiddellijk opgevat als een merk, tenzij deze vorm een bijzonder kenmerk heeft. Derhalve dient een definitie te worden gegeven van dit bijzonder kenmerk waardoor de vorm van een waar onderscheidend vermogen verkrijgt, en deze definitie dient uit te gaan van de functies die merken vervullen. Een positieve definitie zou kunnen zijn dat de vorm voldoende fantasierijk, willekeurig gekozen of ongebruikelijk moet zijn. Een negatieve definitie zou erin kunnen bestaan dat gebruikelijke, evidente of banale vormen en/of combinaties van vormen en kleuren elk onderscheidend vermogen missen.

25 In casu geven de betrokken tabletten in elk van de zaken die tot de bestreden arresten hebben geleid, de globale indruk van het ontbreken van een onderscheidend teken. Geen enkel van die tabletten bezit onderscheidende kenmerken die de gemiddelde consu-

ment in staat stellen, dit tablet te associëren met een bepaalde producent, behalve in het geval van uitvoerige reclame en/of intensief gebruik, anders gezegd op grond van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94.

26 De door Procter & Gamble voorgestelde test, volgens welke eerst dient te worden nagegaan welke de gebruikelijke aanbiedingsvorm op de markt van de betrokkenen is, en vervolgens of de als merk aangevraagde vorm in de ogen van de consument daarvan merkbaar verschilt, zou de facto betekenen dat een driedimensionaal merk moet worden ingeschreven zodra het verschilt van elke andere vorm, hetgeen in strijd zou zijn met artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

27 Deze test zou immers inhouden dat voor de inschrijving van merken dezelfde voorwaarden worden gesteld als voor de inschrijving van tekeningen en modellen. Het BHIM erkent weliswaar dat eenzelfde element in aanmerking kan komen voor bescherming door verschillende systemen van het intellectuele eigendomsrecht, maar het is daarbij uiterst belangrijk dat voor elk van deze systemen afzonderlijk de definities en voorwaarden worden toegepast die betrekking hebben op de bescherming die het verleent.

#### **Beoordeling door het Hof**

28 Volgens artikel 4 van verordening nr. 40/94 kunnen gemeenschapsmerken worden gevormd door alle tekens die vatbaar zijn voor grafische voorstelling, mits deze de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden.

29 Blijkens die bepaling zijn zowel de vorm van een waar als de kleuren tekens die een gemeenschapsmerk kunnen vormen. Derhalve kan een teken bestaande uit de driedimensionale vorm van een was- of afwasmiddeltablet, in combinatie met de kleurstelling van dit tablet, in beginsel een merk vormen, op voorwaarde dat de twee in het vorige punt vermelde voorwaarden zijn vervuld.

30 In punt 52 van het arrest T-118/00 en in de overeenkomstige punten van de arresten T-117/00 en T-119/00 tot en met T-121/00 heeft het Gerecht evenwel terecht opgemerkt dat het feit dat een teken algemeen geschikt is om een merk in de zin van artikel 4 van verordening nr. 40/94 te vormen, niet impliceert dat dit teken noodzakelijkerwijs onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van deze verordening heeft voor een bepaalde waar of dienst.

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

32 Het onderscheidend vermogen van een merk in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 houdt in dat het merk zich ertoe leent de waar waarvoor de inschrijving wordt aangevraagd, als afkomstig van een bepaalde onderneming te identificeren en dus deze waar van die van andere ondernemingen te onderscheiden [zie met betrekking tot artikel 3, lid 1, sub b, van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB 1989, L 40, blz. 1), dat identiek is aan bovengenoemd artikel 7, lid 1, sub b,

arrest van 8 april 2003, [Linde](#) e.a., C-53/01–C-55/01, Jurispr. blz. I-3161, punt 40].

33 Dit onderscheidend vermogen moet enerzijds worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving is aangevraagd, en anderzijds met betrekking tot de perceptie ervan door het relevante publiek, dat bestaat uit de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument van die waren of diensten (zie arrest [Linde](#) e.a., reeds aangehaald, punt 41, en arrest van 12 februari 2004, Koninklijke KPN Nederland, C-363/99, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 34).

34 Dienaangaande blijkt uit de motivering van de bestreden arresten dat het Gerecht bij de uitlegging van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

35 Het Gerecht heeft immers in overeenstemming met vaste rechtspraak van het Hof het ontbreken van onderscheidend vermogen van de betrokken merken beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving is aangevraagd, en met betrekking tot de perceptie van het relevante publiek, dat in casu bestaat uit alle consumenten.

36 Het Gerecht heeft eveneens terecht opgemerkt dat de criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken bestaande uit de vorm van de waar zelf, niet verschillen van de voor andere categorieën merken te hanteren criteria. Het heeft er evenwel aan herinnerd dat bij de toepassing van deze criteria kan blijken dat de perceptie van het relevante publiek in het geval van een driedimensionaal merk bestaande uit de vorm en de kleuren van de waar zelf, niet noodzakelijkerwijs dezelfde is als bij een woord- of beeldmerk dat bestaat uit een van het uiterlijk van de erdoor aangeduide waar onafhankelijk teken. De gemiddelde consument is immers niet gewend om de herkomst van de waar bij gebreke van enig grafisch of tekstueel element af te leiden uit de vorm ervan of uit die van de verpakking, en in het geval van een dergelijk driedimensionaal merk zou het dus moeilijker kunnen zijn om het onderscheidend vermogen vast te stellen dan in het geval van een woord- of beeldmerk (zie in die zin arrest [Linde](#) e.a., reeds aangehaald, punt 48, en arrest van 12 februari 2004, Henkel, C-218/01, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 52).

37 In deze omstandigheden wordt de kans groter dat de als merk aangevraagde vorm van een waar elk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 naarmate die vorm een grotere gelijkenis vertoont met de meest waarschijnlijke vorm van de betrokken waar. Alleen een merk dat op significante wijze afwijkt van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is, en derhalve zijn essentiële functie als herkomstaanduiding vervult, heeft onderscheidend vermogen in de zin van deze bepaling [zie met betrekking tot de identieke bepaling van artikel 3, lid 1, sub b, van de Eerste richtlijn (89/104), arrest Henkel, reeds aangehaald, punt 49].

38 Bijgevolg heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 en de relevan-

te rechtspraak van het Hof door te oordelen dat de aangevraagde merken elk onderscheidend vermogen missen in de zin van deze bepaling.

39 Met betrekking tot de wijze waarop het Gerecht deze criteria op de onderhavige gevallen heeft toegepast, zij opgemerkt dat het Gerecht de feiten heeft beoordeeld. Het Gerecht is bij uitsluiting bevoegd om de feiten vast te stellen, behoudens het geval waarin de feitelijke onjuistheid van hetgeen het heeft vastgesteld, voortvloeit uit de hem overgelegde processtukken, en om die feiten te beoordelen. De beoordeling van de feiten levert – behoudens het geval van een onjuiste opvatting van de voorgelegde elementen – geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof in het kader van een hogere voorziening (zie arrest van 19 september 2002, [DKV/BHIM](#), C-104/00 P, Jurispr. blz. I-7561, punt 22).

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

41 Gelet op een en ander is het eerste onderdeel van het middel, betreffende het onderscheidend vermogen van een merk, ongegrond.

**Het tweede onderdeel van het middel, betreffende de noodzaak, het merk in zijn geheel te beschouwen**  
**Argumenten van partijen**

42 In het tweede onderdeel van het middel betoogt Procter & Gamble dat het Gerecht in werkelijkheid bij de beoordeling, of het betrokken publiek de combinatie van de vormen en de kleurstelling van de betrokken tabletten als een aanduiding van herkomst kan opvatten, niet de door deze combinatie opgeroepen totaalindruk heeft onderzocht, zoals door de rechtspraak wordt geëist. Het Gerecht heeft elk van de verschillende bestanddelen van deze tabletten omstandig onderzocht en uit dit onderzoek zijn conclusies getrokken, zonder evenwel een echt onderzoek te verrichten van de totaalindruk die door de specifieke combinaties wordt opgeroepen.

43 Het BHIM betwist dit onderdeel van het middel en stelt dat het Gerecht de betrokken merken terecht in hun geheel heeft beschouwd, ook al heeft het – eveneens terecht – vastgesteld dat deze aanpak niet uitsluit dat wordt begonnen met een apart onderzoek van elk bestanddeel van deze merken. Het BHIM, dat zelf een dergelijk onderzoek verricht, concludeert dat elk van de betrokken merken de globale indruk van het ontbreken van een onderscheidend teken geeft.

**Beoordeling door het Hof**

44 Zoals het Hof reeds herhaaldelijk heeft vastgesteld, neemt de gemiddelde consument een merk gewoonlijk als een geheel waar en let hij niet op de verschillende details ervan (zie arresten [SABEL](#), reeds aangehaald, punt 23, en [Lloyd Schuhfabrik Meyer](#), reeds aangehaald, punt 25). Om te beoordelen of een merk onderscheidend vermogen heeft, dient de door dit merk opgeroepen totaalindruk te worden onderzocht (zie arrest [SABEL](#), reeds aangehaald, punt 23, en, met betrekking tot een woordmerk, arrest [DKV/BHIM](#), reeds aangehaald, punt 24).

45 Dit impliceert evenwel niet dat de bevoegde autoriteit, die moet nagaan of het aangevraagde merk – in casu de grafische voorstelling van een combinatie van de vorm en de bestanddelen van een was- of afwasmiddeltablet – door het publiek kan worden opgevat als een aanduiding van de herkomst, niet eerst een achtereenvolgend onderzoek van de verschillende voor dit merk gebruikte elementen van de aanbiedingsvorm kan verrichten. Het kan voor de bevoegde autoriteit immers nuttig zijn om tijdens de globale beoordeling elk bestanddeel van het betrokken merk te onderzoeken.

46 In casu heeft het Gerecht, na een afzonderlijk onderzoek van deze elementen, de totaalindruk die de vorm en de kleurstelling van de betrokken tabletten oproepen, beoordeeld zoals in de in punt 44 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak wordt geëist. Dit blijkt zowel uit de punten 59 tot en met 67 van het arrest T-118/00 als uit de overeenkomstige punten van de arresten T-117/00 en T-119/00 tot en met T-121/00.

47 Bijgevolg bevatten de bestreden arresten geen enkel element dat doet vermoeden, dat het Gerecht zijn beoordeling van het onderscheidend vermogen van de aangevraagde merken niet heeft gebaseerd op de totaalindruk die deze oproepen.

48 Derhalve dient het tweede onderdeel van het middel, betreffende de noodzaak, het merk in zijn geheel te beschouwen, te worden afgewezen.

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

**Argumenten van partijen**

49 In het derde onderdeel van het middel herinnert Procter & Gamble eraan dat afwasmiddeltabletten, en nog in sterkere mate wasmiddeltabletten, op het tijdstip van de indiening van de betrokken merkaanvragen geen dagelijkse verbruiksgoederen waren en toen behoorden tot het duurder segment van de betrokken markt. In deze omstandigheden betoogt zij dat, anders dan het Gerecht heeft overwogen, de aandacht die de gemiddelde consument van deze waren aan de aanbiedingsvorm ervan besteedde, hoog was.

50 Procter & Gamble voegt eraan toe dat zij in elk geval niet begrijpt waarom de aandacht die de gemiddelde consument aan dagelijkse verbruiksgoederen besteedt, niet hoog zou zijn. Volgens haar maakt het dagelijkse gebruik van dergelijke waren de consument voortdurend opmerkzaam op de aanbiedingsvorm ervan en draagt het bij tot een hoog aandachtsniveau ten aanzien van deze waren.

51 Het BHIM merkt op dat het Gerecht in de bestreden arresten het relevante publiek heeft gedefinieerd als de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument en de betrokken waren dagelijkse verbruiksgoederen heeft genoemd. In dit verband is het volgens het BHIM van belang dat was- of afwasmiddeltabletten bestemd zijn voor dagelijks gebruik door om het even welke consument. Het feit dat deze tabletten duurder zijn dan de was- of afwasmiddelen in poedervorm, en de omstandigheid dat het nieuwe waren op de markt betreft, impliceren niet dat het gaat om wa-

ren uit het duurdere marktsegment, waaraan de consumenten veel aandacht besteden.

52 Verder is het BHIM van mening dat het belangrijk is te weten, op elke wijze de betrokken tabletten worden verkocht, welke de verschillen of de voordelen ervan zijn ten opzichte van andere was- of afwasmiddelen, en op welke wijze zij in feite worden gebruikt in het wasprocédé. Op geen enkel ogenblik tijdens het gebruik van deze tabletten wordt de consument gedwongen of zelfs maar aangespoord om zich meer vragen te stellen over de vorm of het voorkomen ervan.

#### **Beoordeling door het Hof**

53 Dienaangaande zij opgemerkt dat de vaststelling door het Gerecht in punt 58 van het arrest T-118/00 en in de overeenkomstige punten van de arresten T-117/00 en T-119/00 tot en met T-121/00, dat het aandachtsniveau van de gemiddelde consument met betrekking tot de vorm en de kleuren van was- en afwasmiddeltabletten niet hoog is, aangezien dit dagelijkse verbruiksgoederen zijn, een beoordeling van de feiten is die, zoals reeds in punt 39 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, niet vatbaar is voor toetsing door het Hof in het kader van een hogere voorziening, wanneer er, zoals in casu, geen sprake is van een onjuiste opvatting van de aan het Gerecht voorgelegde feitelijke elementen.

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

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

##### **Argumenten van partijen**

55 In het vierde onderdeel van het middel voert Procter & Gamble aan dat het Gerecht ten onrechte geen uitspraak heeft gedaan op de vraag op welk tijdstip het onderscheidend vermogen van de aangevraagde merken moet worden beoordeeld. Volgens haar dient in casu te worden nagegaan welke de gebruikelijke aanbiedingsvorm van de op de markt aanwezige was- en afwasmiddeltabletten was op het tijdstip waarop de respectieve inschrijvingsaanvragen werden ingediend, en dient te worden beoordeeld of de aanbiedingsvorm waarvan de inschrijving als merk wordt aangevraagd, in de ogen van de consument daarvan merkbaar verschilt.

56 Het BHIM betoogt dat het Gerecht het in de bestreden arresten niet nodig heeft geacht om over dit punt uitspraak te doen, op grond dat de betrokken merken onderscheidend vermogen misten op het tijdstip van de indiening van de inschrijvingsaanvragen. In elk geval moeten volgens het BHIM de voor inschrijving van een gemeenschapsmerk geldende voorwaarden zowel op dat tijdstip als op het ogenblik van de inschrijving zijn vervuld.

#### **Beoordeling door het Hof**

57 Zoals uit punt 32 van het onderhavige arrest blijkt, heeft een merk onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 wanneer het zich ertoe leent de waren of diensten waarvoor

de inschrijving wordt aangevraagd, te onderscheiden van die van andere ondernemingen.

58 In casu heeft het Gerecht in punt 68 van het arrest T-118/00 en in de overeenkomstige punten van de arresten T-117/00 en T-119/00 tot en met T-121/00 terecht geoordeeld dat de vraag, op welk tijdstip het onderscheidend vermogen van de merken in de zin van deze bepaling moet worden beoordeeld, niet behoefde te worden beantwoord, aangezien het had geoordeeld dat de aangevraagde merken niet geschikt zijn om de herkomst van de betrokken waren te onderscheiden en dat deze conclusie niet wordt ontkracht door het aantal soortgelijke tabletten dat reeds op de markt was.

59 In deze omstandigheden heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het geen uitspraak behoefde te doen op de vraag op welke van beide data, het onderscheidend vermogen van de aangevraagde merken moest worden beoordeeld.

60 Het vierde onderdeel van het middel, betreffende het tijdstip waarop het onderscheidend vermogen van een merk moet worden beoordeeld, moet bijgevolg ook als ongegrond worden afgewezen.

#### **Het vijfde onderdeel van het middel, betreffende het criterium van het gebruik van een merk**

##### **Argumenten van partijen**

61 In het vijfde onderdeel van het middel stelt Procter & Gamble dat de algemene gewoonte van het publiek om kleuren als een aanduiding van de herkomst van een waar op te vatten, een gewoonte die kan worden gecreëerd door het gebruik van andere tekens of door reclame voor deze tekens, onder artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 en niet onder artikel 7, lid 3, van deze verordening valt.

62 Het BHIM is van mening dat de verkrijging van onderscheidend vermogen door gebruik alleen aan de orde is in het kader van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94.

#### **Beoordeling door het Hof**

63 Dienaangaande behoeft slechts te worden opgemerkt dat een dergelijk argument faalt, aangezien uit de punten 31 tot en met 38 van het onderhavige arrest blijkt dat het Gerecht artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 juist heeft toegepast en zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting heeft vastgesteld dat de aangevraagde merken onderscheidend vermogen missen.

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

#### **Kosten**

65 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van dat Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien Procter & Gamble in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van het BHIM worden verwezen in de kosten.

#### **HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer), rechtdoende:**

1) Wijst de hogere voorzieningen af.

2) Verwijst Procter & Gamble Company in de kosten.

---

**Conclusie Advocaat-Generaal D. Ruiz-Jarabo Colomer**

van 6 november 2003 (1)

Gevoegde zaken C-456/01 P en C-457/01 P

Henkel KGaA

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM),  
gevoegde zaken C-468/01 P tot C-472/01 P

Procter & Gamble

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM)  
en gevoegde zaken C-473/01 P en C-474/01 P

Procter & Gamble

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM)

„Hogere voorziening – Gemeenschapsmerk – Meerkleurige was- en afwasmiddeltabletten – Absolute weigeringsgrond – Onderscheidend vermogen”

Inleiding

1. In deze hogere voorzieningen is de vraag aan de orde of was- of afwasmiddeltabletten met verschillend gekleurde lagen en spikkels in levendige kleuren, welke thans op grote schaal op de markt worden gebracht, ingevolge artikel 7, lid 1, sub b, van verordening (EG) nr. 40/94 vatbaar zijn voor inschrijving.(2)

2. Het gaat derhalve om de vraag of tabletten met deze kenmerken het door het gemeenschapsrecht verlangde concrete onderscheidend vermogen hebben, teneinde de wezenlijke identificatiefunctie van merken te kunnen vervullen.

3. Het Hof dient de voornaamste aspecten van de inschrijvingsprocedure voor merken nader te definiëren, door het tijdstip te preciseren waarop het ongebruikelijke karakter van een teken moet worden beoordeeld (datum van indiening van de aanvraag of datum van inschrijving) en door zijn rechtspraak over driedimensionale tekens bestaande uit de vorm van de waar te nuanceren, nu zij specifieke oplossingen vereisen die verschillen van die welke voor de overige voor inschrijving vatbare tekens voorhanden zijn.

4. De onderhavige zaken brengen met name de moeilijkheden aan het licht, die de toepassing van de criteria betreffende de absolute weigerings- of nietigheidsgronden, – op inadequate wijze – geconcipieerd voor woord- of beeldmerken, op het gebied van de genoemde driedimensionale merken meebrengt. Ik wil erop wijzen, dat in dit verband het gemis aan onderscheidend vermogen lastig van het beschrijvende karakter is te scheiden.

Toepasselijke regeling

De verordening inzake het gemeenschapsmerk

5. De voor de beslissing in deze hogere voorzieningen toe te passen bepalingen zijn te vinden in bovengenoemde verordening nr. 40/94.

6. Artikel 4 van de verordening luidt: „Gemeenschapsmerken kunnen worden gevormd door alle tekens die vatbaar zijn voor grafische voorstelling, met name woorden, met inbegrip van namen van personen, tekeningen, letters, cijfers, vormen van waren of van verpakking, mits deze de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden”.

7. Artikel 7 van de verordening noemt onder andere de volgende absolute weigeringsgronden:

„1. Geweigerd wordt inschrijving van:

a) tekens die niet in overeenstemming zijn met artikel 4;

b) merken die elk onderscheidend vermogen missen;

c) merken die uitsluitend bestaan uit tekens of aanduidingen die in de handel kunnen dienen tot aanduiding van soort, kwaliteit, hoeveelheid, bestemming, waarde, plaats van herkomst, tijdstip van vervaardiging van de waren of verrichting van de dienst of andere kenmerken van de waren of diensten;

d) merken die uitsluitend bestaan uit tekens of benamingen die in het normale taalgebruik of in het bonafide handelsverkeer gebruikelijk zijn geworden;

e) tekens die uitsluitend bestaan uit:

i) de vorm die door de aard van de waar bepaald wordt, of

ii) de vorm van de waar die noodzakelijk is om een technische uitkomst te verkrijgen, of

iii) de vorm die een wezenlijke waarde aan de waar geeft;

[...]

2. Lid 1 is ook van toepassing indien de weigeringsgronden slechts in een deel van de Gemeenschap bestaan.

3. Lid 1, sub b, c en d, is niet van toepassing indien het merk als gevolg van het gebruik dat ervan is gemaakt onderscheidend vermogen heeft verkregen voor de waren of diensten waarvoor inschrijving is aangevraagd.”

8. Artikel 51, lid 1, sub a, van de verordening noemt als een van de absolute nietigheidsgronden de omstandigheid, dat een gemeenschapsmerk is ingeschreven in strijd met artikel 5 of artikel 7. Het gemeenschapsmerk kan nietig worden verklaard op vordering bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (hierna: „Bureau”) of op reconventionele vordering in een inbreukprocedure.

9. Volgens artikel 54, lid 2, wordt het gemeenschapsmerk in de mate waarin het nietig verklaard is, geacht van de aanvang af geen enkel rechtsgevolg te hebben gehad.

Voorgeschiedenis van de hogere voorzieningen

10. De feiten die aan de geschillen ten grondslag liggen, worden in de bestreden arresten uiteengezet als volgt.

Gevoegde zaken C-456/01 P en C-457/01 P (Henkel/BHIM)

11. Op 15 december 1997 diende Henkel KGaA (hierna: „Henkel”), een te Düsseldorf (Duitsland) gevestigde fabrikant van chemische producten, krachtens

verordening nr. 40/94 bij het Bureau twee aanvragen voor de inschrijving van een gemeenschapsmerk in.

12. De driedimensionale merken waarvan de inschrijving werd aangevraagd, betreffen vierkante tabletten bestaande uit twee lagen, in het ene geval een witte en een rode laag (zaak C-456/01 P) en in het andere een witte en een groene laag (zaak C-457/01 P).

13. De waren waarvoor de aanvragen werden ingediend, behoren tot klasse 3 in de zin van de Overeenkomst van Nice(3), welke „was- en afwasmiddelen in tabletvorm” omvat.

14. Na de gebruikelijke procedure wees de onderzoeker de aanvragen bij beslissingen van 26 januari en van 15 februari 1999 af, in wezen op grond dat de betrokken tekens het door artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening verlangde onderscheidend vermogen misten.

15. De tegen de beslissingen van de onderzoeker ingestelde beroepen zijn bij twee beslissingen van 21 september 1999 verworpen. De kamer van beroep concludeerde dat artikel 7, lid 1, sub b, zich tegen de inschrijving van de betrokken merken verzette, nu voor inschrijving van een merk is vereist dat de waren waarvoor het is gedeponereerd, aan de hand van dit merk naar hun herkomst kunnen worden onderscheiden, en niet naar hun aard. In het geval van een driedimensionaal merk dat slechts een weergave van het voorwerp is, onderstelt dit dat de vorm dermate origineel is dat hij gemakkelijk in het geheugen wordt gegrift en zich onderscheidt van wat in de handel gebruikelijk is. Gelet op het risico, dat door bescherming van de vorm van de waar aan de merkhouder een monopolie op de waar zelf wordt toegekend, en gelet op de noodzaak rekening te houden met het verschil tussen het merkenrecht enerzijds en het recht inzake gebruiksmodellen en tekeningen en modellen anderzijds, moeten voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen eerder strengere criteria worden gehanteerd. Volgens de kamer van beroep voldoen de merkaanvragen in casu niet aan deze hogere eisen, aangezien de betrokken vormen niet uitzonderlijk en evenmin ongebruikelijk zijn, maar typische basisvormen zijn op de betrokken markt. Ook de gebruikte kleuren kunnen aan de vorm geen bijzonder kenmerk verlenen.

16. Henkel heeft bij het Gerecht twee beroepen tot vernietiging van die beslissingen ingesteld. Zij stelt met name schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, doordat de kamer van beroep is voorbijgegaan aan het feit dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen heeft.

17. In zijn arresten van 19 september 2001(4) herinnerde het Gerecht aan de volgende algemene beginselen van het merkenrecht, die in casu van belang zijn:

– volgens artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 heeft een merk onderscheidend vermogen wanneer de waren of diensten waarvoor de inschrijving wordt gevraagd, aan de hand van dit merk naar hun herkomst kunnen worden onderscheiden. In dat verband volstaat een minimaal onderscheidend vermogen

voor de niet-toepasselijkheid van de in dit artikel genoemde weigeringsgrond;

– deze bepaling maakt geen onderscheid tussen de verschillende categorieën merken, zodat de criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken bestaande uit de vorm van de waar zelf, niet verschillen van de voor andere categorieën merken te hanteren criteria;

– niettemin dient in aanmerking genomen te worden dat, in tegenstelling tot andere categorieën merken, de doelgroep niet noodzakelijkerwijs de gewoonte heeft driedimensionale merken bestaande uit de vorm en de kleuren van de waar zelf, als tekens ter aanduiding van de onderneming van herkomst op te vatten.

18. Ter identificatie van de referentiepersoon voor de betrokken waren, is het Gerecht ervan uitgegaan dat de was- en afwasmiddelen in tabletvorm op de markt algemeen gangbaar zijn, zodat de doelgroep uit alle consumenten bestaat. Het leidde daaruit af, dat het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk moet worden beoordeeld vanuit het perspectief van een redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument. Daar het om dagelijkse gebruiksvoorwerpen gaat, is het vermoedelijke aandachtsniveau van de gemiddelde consument ten aanzien van de vorm en de kleuren van was- en afwasmiddeltabletten niet hoog.

19. Tenslotte heeft het Gerecht de concrete kenmerken van de betrokken driedimensionale tekens onderzocht. Wat de vorm ervan betreft, stelde het vast dat een vierkant of rond tablet een geometrische basisvorm alsmede een voor de hand liggende vorm voor een was- of afwasmiddel is.

Met betrekking tot de gekleurde lagen merkte het op, dat de doelgroep eraan is gewend dat een detergent bestanddelen in verschillende kleuren, waarvan er één wit of bijna wit is, en vaak deeltjes in andere kleuren heeft. De door producenten van detergents gemaakte reclame maakt duidelijk, dat deze deeltjes de aanwezigheid van verschillende actieve bestanddelen belichamen, zodat zij, 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, bepaalde kwaliteiten van de waar suggereren en niet de commerciële herkomst ervan aanduiden.

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, 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. Het Gerecht hechtte geen belang aan het feit dat de gekleurde deeltjes niet gelijkmatig over het gehele tablet zijn verdeeld, noch aan de feitelijk gebruikte pigmenten in de aangevraagde merken, en oordeelde dat de – voor detergents gebruikelijke en zelfs typerende – toevoeging van een laag en het gebruik van basiskleuren, erg voor de hand liggende oplossingen zijn.

Bovendien zijn verschillende combinaties van deze elementen van aanbiedingsvorm 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. De daaruit voortvloeiende verschillen in voorkomen volstaan niet om als aanduiding van de herkomst van de waar te kunnen gelden, aangezien het gaat om voor de hand liggende variaties op de basisvormen van de waar.

20. Wat de totaalindruk betreft die de vorm en de kleurstelling van de betrokken tabletten oproepen, concludeerde het dat de aangevraagde merken de doelgroep niet in staat zullen stellen de betrokken waren bij een aankoop te onderscheiden van die van een andere commerciële herkomst.

Volgens het bestreden arrest doet voorts 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, niet af dat er reeds een min of meer groot aantal soortgelijke tabletten op de markt zijn. Het Gerecht was dan ook van mening dat 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 geen antwoord behoefde.

21. Op grond van het voorgaande kwam het Gerecht tot de conclusie, dat de kamer van beroep terecht had geoordeeld dat het omstreden driedimensionale merk elk onderscheidend vermogen miste. Het wees tevens de gestelde schending van het recht om te worden gehoord, het vermeende misbruik van bevoegdheid en de schending van het beginsel van gelijke behandeling van de hand en verwierp daarmee de beroepen in hun geheel.

Gevoegde zaken C-468/01 P tot C-472/01 P en gevoegde zaken C-473/01 P en C-474/01 P (Procter & Gamble/BHIM)

22. Op 13 oktober 1998 diende de in Cincinnati, Ohio (Verenigde Staten van Amerika) gevestigde Procter & Gamble Company bij het Bureau verschillende merkaanvragen voor driedimensionale tekens in, namelijk voor tabletten met enigszins afgeronde randen en hoeken met de volgende kenmerken:

- tabletten bestaande uit twee lagen: wit en lichtgroen (zaak C-468/01 P);
- tabletten bestaande uit twee lagen: wit met groene spikkels en lichtgroen (zaak C-469/01 P);
- witte tabletten met gele en blauwe spikkels (zaak C-470/01 P);
- witte tabletten met blauwe spikkels (zaak C-471/01 P);
- witte tabletten met groene en blauwe spikkels (zaak C-472/01 P);

alsook voor rechthoekige tabletten met een kartelrand en enigszins afgeronde hoeken, spikkels en op de bovenzijde in het midden een donker gekleurd inzetstuk: vierkant (zaak C-473/01 P) en driehoekig (zaak C-474/01 P).

Voorzover de kleuren worden genoemd, maken zij ook deel uit van de claim.

23. De waren waarvoor de aanvragen werden ingediend, behoren evenals in de voorgaande zaken tot klasse 3 van de Overeenkomst van Nice.

24. Bij beslissing van 17 juni 1999 wees de onderzoeker de aanvragen af, op grond dat de tekens onderscheidend vermogen misten.

25. Het tegen die beslissingen ingestelde beroep werd op 3 maart 2000 door de kamer van beroep verworpen. De kamer van beroep 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.

26. Na de aangevraagde merken te hebben beschreven, stelde de kamer van beroep vast dat de vierkante of rechthoekige vorm deze tabletten geen onderscheidend vermogen verleende. De geometrische basisvormen (vierkant, rond, drie- of rechthoekig) zijn voor dergelijke tabletten immers de meest voor de hand liggende vormen, en de keuze van een van deze vormen voor vaste detergents is willekeurig noch fantasierijk. De opgehoogde hoeken, de afgeschuinde randen en de inzinking in het midden, zijn banale varianten van de gebruikelijke aanbiedingsvorm van deze waren.

27. De gebruikte kleuren verlenen de betrokken merken geen onderscheidend vermogen, aangezien de kleur wit – die met absolute properheid wordt geassocieerd – voor zeep in poedervorm een traditionele kleur is, terwijl de kleur groen, die ook een basiskleur is, de aandacht trekt en door de associatie met milieubescherming een positieve connotatie heeft.

28. De toepassing van gekleurde spikkels ten slotte is gebruikelijk, en dergelijke gekleurde spikkels zijn niet alleen aangenaam voor het oog, maar kunnen eveneens wijzen op de aanwezigheid van actieve bestanddelen, zodat het de andere marktdeelnemers vrij moet staan ze daartoe te gebruiken.

29. Procter & Gamble heeft bij het Gerecht beroep tot vernietiging van al deze beslissingen ingesteld, in wezen op grond van overwegingen ontleend aan artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening.

30. Het is interessant erop te wijzen, dat verzoekster ter terechtzitting voor het Gerecht betoogde dat zij met de ingestelde beroepen duidelijkheid wilde verkrijgen over de juridische aspecten van de mogelijkheid om tekens als de aangevraagde te doen inschrijven. Alhoewel deze merken haars inziens geen bescherming op grond van verordening nr. 40/94 verdienen, heeft zij toch om inschrijving ervan verzocht, teneinde dezelfde rechten te verkrijgen als andere op de markt aanwezige ondernemingen.

31. Het Gerecht heeft alle door Procter & Gamble ingestelde beroepen bij arresten van 19 september 2001 verworpen met de volgende redenering.(5)

32. Om te beginnen herinnerde het Gerecht aan de relevante algemene beginselen en omschreef het de referentiepersoon op dezelfde wijze als in de door Henkel ingestelde beroepen.(6)

33. Vervolgens onderzocht het Gerecht de concrete kenmerken van de tekens waarvoor de inschrijving werd gevraagd.

Het stelde in dit verband vast, dat het ontwerp van de tabletten (vierkant of rechthoekig) een geometrische basisvorm is, alsmede een voor de hand liggende vorm voor een was- of afwasmiddel. Aan de enigszins afgeronde hoeken liggen praktische overwegingen ten grondslag, 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, soortgelijke tabletten te onderscheiden.

Met betrekking tot de meerkleurige, gespikkelde lagen merkte het Gerecht op, dat de doelgroep eraan is gewend dat dergelijke wasmiddelen bestanddelen in verschillende kleuren hebben. 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.

Evenals bij de eerdergenoemde beroepen preciseerde het Gerecht, dat de door de producenten gemaakte reclame beklemtoont dat deze deeltjes de aanwezigheid van actieve bestanddelen belichamen. Deze deeltjes suggereren dus, zonder een beschrijvende aanduiding in de zin van artikel 7, lid 1, sub c, van de verordening te zijn, bepaalde kwaliteiten van de waar en duiden niet zijn commerciële herkomst aan.

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, 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. Een gekleurde laag en spikkels volstaan niet om het voorkomen van het tablet als een aanduiding van herkomst van de waar te kunnen opvatten. Bij het combineren van verschillende bestanddelen is het gebruik van dergelijke kunstgrepen immers een erg voor de hand liggende oplossing. Met betrekking tot de gebruikte kleuren (wit en lichtgroen, met levendige spikkels) zij opgemerkt, dat het gebruik van basiskleuren gebruikelijk en zelfs typerend voor detergenten is, terwijl de toevoeging van andere basiskleuren, zoals rood of geel, eveneens een voor de hand liggende variatie op de typische aanbiedingsvorm van deze waren is. Bijgevolg bestaan de betrokken driedimensionale merken uit een combinatie van elementen van aanbiedingsvorm, die voor de hand liggend en typerend zijn voor de betrokken waar.

34. Vervolgens herhaalde het Gerecht de boven in de punten 19 en 20 reeds weergegeven overwegingen.

35. Het merkte tot slot op: „Met betrekking tot verzoeksters betoog inzake het feit dat de kamer van beroep de noodzaak tot vrijhouding van de vorm en de kleuren 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 [...]. 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 de kleuren 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.

Ook al heeft de kamer van beroep in de bestreden beslissing zeer veel aandacht besteed aan 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”. Zij heeft dus in wezen een met bovengenoemde beginselen overeenstemmend criterium toegepast.”(7)

36. Ten aanzien van de tabletten die een klein, anders gekleurd inzetstuk in het midden bevatten (zaken C-473/01 P en C-474/01 P), stelde het Gerecht vast, dat de kamer van beroep terecht had 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. Die toevoeging is immers een erg voor de hand liggende oplossing, aangezien zij het voorkomen van het tablet niet in significante mate wijzigt. De keuze voor een inzetstuk met een driehoekige vorm volstaat evenmin om het aangevraagde merk onderscheidend vermogen te verlenen, omdat de combinatie van twee geometrische basisvormen, zoals die in het omstreden tablet te zien is, een voor de hand liggende variant van de aanbiedingsvorm van de betrokken waar is en de doelgroep niet in staat stelt de

waren met de geclaimde vorm te onderscheiden van die van een andere commerciële herkomst.

37. Op grond van het voorgaande heeft het Gerecht de beroepen in hun geheel verworpen.

Beoordeling van de hogere voorzieningen

38. Ondanks het feit dat het om een groot aantal afzonderlijke hogere voorzieningen gaat, laten de voornaamste daarin geformuleerde grieven zich systematisch ordenen. Alle hogere voorzieningen steunen op één en hetzelfde middel, namelijk schending van artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening inzake het gemeenschapsmerk. Met dit middel wordt opgekomen tegen de verschillende elementen die het Gerecht heeft gebruikt bij de beoordeling van het concrete onderscheidend vermogen van de diverse tekens bestaande uit meerkleurige was- en afwasmiddeltabletten.

39. Uitgegaan moet worden van twee veronderstellingen: ten eerste staat vast – en wordt in de bestreden arresten ook erkend – dat de door de verordening voorgeschreven beoordelingscriteria niet variëren naargelang van de betrokken absolute weigeringsgrond; ten tweede is in casu geen rekening gehouden met de technische voorwaarden als bedoeld in artikel 7, lid 1, sub e, punt ii, van de verordening.

40. Het Hof dient zich derhalve uit te spreken over de vraag, of het onderscheidend vermogen van de was- en afwasmiddeltabletten waarvoor om inschrijving als merk is verzocht, in de bestreden arresten rechtens juist is beoordeeld.

1. Grieven betreffende het tijdstip waarop het onderscheidend vermogen moet worden beoordeeld

41. Volgens beide rekwiranten bestonden was- en afwasmiddelen in tabletvorm op het tijdstip van de merkaanvragen slechts in zeer beperkte mate, zodat zij duidelijk herkenbaar waren. Het onderscheidend vermogen van een teken dient te worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden ten tijde van de indiening van de aanvraag. Of een teken typische of gebruikelijke kenmerken heeft, moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten die op het moment van de indiening van de aanvraag bekend zijn. Beide rekwiranten lijken bovendien van mening dat de vaststelling in een latere fase, bijvoorbeeld op het tijdstip van inschrijving, voor de aanvrager het risico meebrengt dat zijn concurrenten in hun waren bestanddelen van het teken opnemen en aldus het onderscheidend vermogen hiervan verzwakken.

42. Het Bureau antwoordt dat een teken slechts als merk kan worden ingeschreven indien het zowel op het tijdstip van de aanvraag als op het ogenblik van de inschrijving aan de geldende voorwaarden voldoet. Inschrijving moet dan ook worden geweigerd wanneer het teken weliswaar ten tijde van de aanvraag onderscheidend vermogen heeft, maar dit in de loop van het onderzoek verliest.

43. Ik onderschrijf de opvatting van het Bureau. Zij volgt volgens laatstgenoemde logisch uit de lezing van de absolute weigeringsgronden van artikel 7, lid 1, in samenhang met artikel 51 van de verordening, dat onder de titel „absolute nietigheidsgronden” stelt dat een merk dat is ingeschreven in strijd met artikel 7, nietig

is. Volgens de zienswijze van rekwiranten zou een merk moeten worden ingeschreven, terwijl het tegelijkertijd via een nietigverklaring wegens gemis aan het vereiste onderscheidend vermogen op het tijdstip van de inschrijving, uit het register zou kunnen worden verwijderd. Een dergelijk onlogisch gevolg kan de wetgever niet hebben gewild, zodat ervan moet worden uitgegaan dat de voor inschrijving geldende voorwaarden op het tijdstip van inschrijving moeten worden beoordeeld.

44. Weliswaar zou hiertegen kunnen worden ingebracht dat – indien het standpunt van rekwiranten, dat die beoordeling bij de indiening van de aanvraag moet geschieden, wordt gevolgd – de betrokken tekens ongehinderd door enige weigeringsgrond zouden zijn ingeschreven. Deze uitlegging moet evenwel van de hand worden gewezen, gelet op artikel 51, lid 2, dat luidt: „Wanneer het gemeenschapsmerk is ingeschreven in strijd met artikel 7, lid 1, onder b), c) of d), kan het [...] niet nietig worden verklaard wanneer het door het gebruik dat er na de inschrijving van gemaakt is, onderscheidend vermogen heeft verkregen voor de waren of diensten waarvoor het ingeschreven is”. Had de wetgever de beoordeling van de geschiktheid bij de indiening van de aanvraag willen doen plaatsvinden, dan zou hij naar dat tijdstip hebben verwezen en niet, zoals hij thans doet, naar het tijdstip van inschrijving.

45. Het Bureau merkt nog op, dat het – om te voorkomen dat een teken vanwege het systematisch kopiëren ervan tijdens de onderzoeksfase, niet kan worden ingeschreven – het gebruik van het teken dat enkel dat doel heeft, bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen buiten beschouwing zal laten.

46. Ook deze redenering lijkt mij juist: het Bureau zou met een beroep op het begrip openbare orde of goede zeden in artikel 7, lid 1, sub f, van de verordening of door rechtstreeks terug te grijpen op het algemene rechtsbeginsel dat handelingen te kwader trouw bestraft, welke mogelijkheid artikel 51, lid 1, sub b, van de verordening voorziet, inschrijving kunnen weigeren in geval van gedragingen die uitsluitend zijn bedoeld om de inschrijving van merken van concurrerende ondernemingen te dwarsbomen.

47. Hoe dan ook, het frequente gebruik door verschillende marktdeelnemers van dezelfde visuele elementen zou alleen van belang zijn indien de bestreden arresten bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van de tekens, als criterium hun relatieve originaliteit of gebruikelijkheid zouden hebben gehanteerd. In werkelijkheid zijn die visuele elementen afgewezen op een andere grond, namelijk vanwege de koppeling van deze elementen aan hetgeen het Gerecht als voor de hand liggende aanbiedingsvormen kwalificeert. In deze zin treft de grief geen doel.

48. Mijns inziens volstaan bovengenoemde redenen om in het kader van het geding dit onderdeel van het middel af te wijzen. Ik wil niettemin nog opmerken, dat niets de met de inschrijving belaste autoriteit verhinderde om bij de beoordeling van de geschiktheid van een teken om als merk te worden ingeschreven, toekomstige overwegingen mee te laten wegen. Dit is

bijvoorbeeld het geval wanneer rekening wordt gehouden met een algemeen belang bij de vrijhouding van het teken. Dit hogere belang dient in het kader van artikel 7, lid 1, sub c, van de verordening te worden beoordeeld. Het onderscheidend vermogen (wat de categorie betreft) van een driedimensionaal teken bestaande uit de vorm van de waar, moet dan ook volgens die bepaling worden beoordeeld.<sup>(8)</sup> Zo'n driedimensionaal teken heeft onderscheidend vermogen wanneer het van de gebruikelijke aanbiedingsvorm van de waar verschilt of, wat hetzelfde is, wanneer de gebruiker, wanneer hij het ziet, het niet noodzakelijk opvat als een exemplaar van de betrokken soort of kwaliteit.

2. Grieven betreffende het potentiële onderscheidend vermogen van de omstreden tekens

49. Henkel betoogt, dat de geschiktheid van een teken als herkomstaanduiding niet kan worden uitgesloten door naar de context van de waar te kijken en naar eventuele overeenkomsten te zoeken. Men mag de vraag of een merk geschikt is om te worden ingeschreven, niet verwarren met de kwestie van het bereik van de bescherming of het gevaar van verwarring.

50. Ik herinner er opnieuw aan, dat niets in de bestreden arresten erop wijst dat het Gerecht de door rekwirante gestelde vergelijkende analyse heeft uitgevoerd. Dit verzuim vormt overigens een van de voornaamste grieven. Het Gerecht heeft er echter de voorkeur aan gegeven, de tekens af te zetten tegen het beeld van de ideale voorstelling van de waar.

51. Mogelijk refereert Henkel met dit argument aan de discussie over de relatie tussen de absolute weigeringsgronden en het relatieve beschermingsbereik van het merk zoals voorzien in artikel 12, sub b, van de verordening. In dit verband wordt gewoonlijk gesteld, dat het onderscheidend vermogen van een teken niet uiterst strikt hoeft te worden beoordeeld, aangezien zijn beschrijvende elementen hoe dan ook geen enkele bescherming genieten. Ik heb reeds eerder opgemerkt, dat niets in artikel 12 van de verordening ervoor pleit dat de beoordeling van het beschrijvende karakter van een merk door de organen van het Bureau ten tijde van de inschrijving, wordt overgedragen aan de rechterlijke instanties die verantwoordelijk zijn voor het garanderen van de concrete uitoefening van de rechten die uit het merk voortvloeien. Integendeel, de lange lijst van weigeringsgronden in de artikelen 4 en 7 en het uitgebreide systeem van beroepen die in geval van weigering ontstaan, wijzen erop dat het onderzoek van de inschrijvingsvoorwaarden meer dan slechts oppervlakkig van aard moet zijn. Ook om redenen van jurisprudentieel beleid voel ik weinig voor de opvatting van rekwirante, daar de merkgerechtigde zich in procedures waarin een beroep op artikel 12 wordt gedaan, steeds in een gunstige uitgangspositie bevindt, zowel wegens de inertie die het vertrouwen in schriftelijk gewaarborgde exclusieve rechten teweegbrengt, als wegens de inherente moeilijkheid om de grens te trekken tussen beschrijvend en niet beschrijvend.<sup>(9)</sup>

52. Het Hof heeft dit heel duidelijk bevestigd in het arrest van 6 mei 2003, Libertel<sup>(10)</sup>, met de overweging

dat artikel 6 van de merkenrichtlijn<sup>(11)</sup>, dat overeenstemt met artikel 12 van de verordening, de beperking regelt van de gevolgen van het merk wanneer dit eenmaal is ingeschreven. Het Hof stelt vervolgens dat een minimale toetsing aan de weigeringsgronden bij het onderzoek van de inschrijvingsaanvraag, omdat het risico dat marktdeelnemers zich bepaalde tekens zullen toe-eigenen die door hun aard vrij behoren te blijven, wordt geneutraliseerd door voornoemde beperking, ertoe leidt dat de toetsing aan de weigeringsgronden wordt onttrokken aan de bevoegde autoriteit op het moment van inschrijving van het merk en in handen gelegd van de rechterlijke instanties die belast zijn met het waarborgen van de concrete uitoefening van de daaruit voortvloeiende rechten. Een dergelijke benadering is onverenigbaar met het stelsel van de richtlijn, dat gebaseerd is op een controle vóór de inschrijving en niet op een controle achteraf. De richtlijn bevat geen enkele aanwijzing dat aan artikel 6 een dergelijke conclusie zou mogen worden verbonden. Integendeel, uit het aantal en de gedetailleerde aard van de in de artikelen 2 en 3 van de richtlijn opgesomde inschrijvingbeletselen en het brede scala aan beroepsmogelijkheden in geval van een weigering blijkt reeds dat het onderzoek in het kader van de aanvraag om inschrijving niet minimaal mag zijn, doch streng en volledig moet zijn, teneinde te voorkomen dat merken ten onrechte worden ingeschreven.<sup>(12)</sup>

53. Het Gerecht heeft derhalve bij de uitlegging van artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

54. Procter & Gamble betwist deze oplossing en stelt dat de kans dat de consumenten in het algemeen de gewoonte aannemen een waar op basis van zijn kleuren te identificeren, onder de werkingssfeer van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening 40/94 en niet onder die van lid 3 van dit artikel valt.

55. Deze grief treft hoe dan ook geen doel, nu hij opkomt tegen een onderdeel van de redenering van het Gerecht dat voor diens beslissing niet relevant is, zonder het – onmiskenbaar juiste – postulaat te betwisten, dat de kans dat de consumenten de gewoonte aannemen de waar op basis van zijn kleuren te herkennen, op zichzelf niet volstaat om de weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, sub b, buiten toepassing te laten.

56. Procter & Gamble voert voorts aan, dat het Gerecht ten onrechte heeft vastgesteld dat het aantal tabletten met dezelfde kenmerken op de markt, voor de beoordeling van hun ongeschiktheid als herkomstaanduiding niet relevant is. Het tegendeel is waar: worden op het referentietijdstip geen soortgelijke tabletten op de markt aangeboden, dan verschillen de aangevraagde vormen merkbaar en hebben zij dus onderscheidend vermogen.

57. De gelaakte vaststelling van het Gerecht is evenwel juist: niet het aantal op de markt aanwezige waren geeft de doorslag, maar de perceptie die zij bij de gemiddelde consument oproepen. Bovendien kan het aantal bestaande waren bijvoorbeeld evenmin het beschrijvend karakter van hun voorkomen in de zin van artikel 7, lid 1, sub c, van de verordening aantasten.

58. Deze grieven moeten derhalve worden afgewezen.  
3. Grieven betreffende de definitie van het aandachtsniveau van de consument

59. De bestreden arresten bevestigen de vaststelling van de kamer van beroep, dat het aandachtsniveau van de gemiddelde consument ten aanzien van de vorm en de kleuren van was- en afwasmiddeltabletten niet hoog is, aangezien dit gangbare verbruiksgoederen zijn.

60. Henkel geeft toe dat het aandachtsniveau van de gemiddelde consument naargelang van de soort waren varieert, maar betwist de beoordeling van het Gerecht. Juist met betrekking tot gangbare verbruiksgoederen kan men bij de consument een bijzondere interesse veronderstellen om niet alleen de soort waar, maar ook de waar zelf te kennen. De door de fabrikanten gemaakte reclame legt de nadruk op de kwaliteiten van de detergents. De gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument associeert derhalve bepaalde kwaliteitsvereisten met bepaalde waren en tracht de waren op basis van hun voorkomen te onderscheiden.

61. Procter & Gamble is van mening dat detergenttabletten, en met name afwasmiddeltabletten, op het tijdstip van indiening van de inschrijvingsaanvraag geen gangbare verbruiksgoederen waren. Zij behoorden destijds tot het hoge kwaliteitssegment van de markt, zodat het aandachtsniveau van de consument dienovereenkomstig hoog was. Voorts hoeft de aandacht bij aankoop van een dagelijks verbruiksgoed niet noodzakelijkerwijs gering te zijn; het dagelijkse verbruik vestigt juist voortdurend de aandacht van de consument op de aanbiedingsvorm ervan en bewerkstelligt daarmee een hoog aandachtsniveau.

62. De definitie van de referentiepersoon voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een teken mag een rechtskwestie zijn, de precieze wijze waarop een bepaalde soort waren vermoedelijk wordt opgevat of de exacte kwalificatie van deze waren is een feitenkwestie, die in hogere voorziening niet mag worden getoetst. De vaststellingen van het Gerecht dienaangaande kunnen derhalve niet op de helling worden gezet.

Maar ook als het om een rechtskwestie zou gaan, lijkt mij de vaststelling dat het aandachtsniveau van de gemiddelde consument ten aanzien van gangbare verbruiksgoederen geringer is dan ten aanzien van luxegoederen of gewoonweg waren met een hogere waarde of een minder frequent gebruik, een juiste gevolgtrekking uit de stelling dat, in het kader van de perceptie van het merk door de doelgroep, het aandachtsniveau van de gemiddelde consument varieert naargelang van de soort waren of diensten waarom het gaat.(13)

63. Procter & Gamble stelt verder, dat het aankoopmoment niet het enige relevante tijdstip is voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een teken; daar de waren worden verkocht in verpakkingen die niet met hun vorm overeenkomen, heeft het publiek dankzij reclamecampagnes of het gebruik van de betrokken tabletten aan een bepaalde aanbiedingsvorm kunnen wennen.

64. Rekwirante stelt hier een kwestie aan de orde die weliswaar interessant is, doch voor het Gerecht niet is aangekaart en dus niet als rechtsmiddel tegen de bestreden arresten kan worden aangevoerd.

65. Bijgevolg dienen de grieven betreffende de definitie van het aandachtsniveau van de consument te worden afgewezen.

4. Grieven betreffende het concrete onderscheidend vermogen

66. Beide rekwiranten zijn van mening dat het Gerecht, door vast te stellen dat de aangevraagde merken bestaan uit elementen van de aanbiedingsvorm die op een voor de hand liggende wijze zijn gebruikt, bij de beoordeling van hun onderscheidend vermogen een onjuist criterium heeft toegepast. Volgens Henkel had bij voorkeur slechts moeten worden onderzocht, of de kenmerken van deze elementen verschillen van de typische kenmerken of dat zij op technische gronden noodzakelijk zijn. Volgens Procter & Gamble had het Gerecht zich moeten afvragen, of de vorm van de tabletten wezenlijk afweek van de gebruikelijke aanbiedingsvorm van deze detergents op het relevante tijdstip.

67. Henkel betoogt dat niet van belang is dat het teken een geometrische basisvorm heeft, wanneer hij voor de daarmee aangeduide waar ongebruikelijk is.

68. Mijns inziens is het door het Gerecht gehanteerde criterium niet alleen juist, maar ook geschikter dan het door rekwiranten voorgestelde criterium. Door de aangevraagde tekens niet met de in het verkeer bestaande tekens te vergelijken, maar met een ideaalmodel dat bestaat uit elementen die, wanneer men zich de vorm van de waar voorstelt, voor de hand liggen, vindt een onderzoek plaats dat op objectieve criteria is gebaseerd en minder van toevallige marktomstandigheden afhangt.

69. Dat voor dit onderzoek geen strenger criterium wordt gehanteerd dan voor alle andere tekens, betekent niet dat de methode ter beoordeling van dat onderscheidend vermogen niet aan de bijzonderheden van die categorie voor inschrijving vatbare tekens kan worden aangepast. Het vermogen van de consument om deze tekens van de waar die zij belichamen alsook van andere overeenstemmende tekens te onderscheiden, ontstaat per definitie eerst bij de introductie op de markt. Om deze reden zou het door rekwiranten verkozen criterium, volgens hetwelk deze ongebruikelijke tekens onderscheidingskracht zouden hebben, de meest voortvarende marktdeelnemers een enorm voordeel verschaffen; zij zouden immers ten behoeve van zichzelf de eenvoudigst te vervaardigen of de best te verhandelen vormen kunnen doen inschrijven.

70. Teneinde dit gevaar te voorkomen, maar ook om een efficiënte beoordeling van het onderscheidend vermogen mogelijk te maken, lijkt de in casu door de kamer van beroep gehanteerde – en door de bestreden arresten bevestigde en verfijnde – methode juist.

Zoals gezegd, verdient het mijns inziens de voorkeur om dergelijke gevallen te toetsen aan artikel 7, lid 1, sub c, van de verordening, zodat de onderzoeker kan nagaan of de aanbiedingsvorm van het aangevraagde

teken niet in wezen overeenstemt met de voorstelling die een gemiddelde consument zich maakt van de waar. Indien dit zo is, moet de inschrijving ervan worden geweigerd op basis van het bepaalde sub c, omdat het teken dan slechts de weergave is van een grafische beschrijving van de waar.

71. De kwalificatie op basis van artikel 7, lid 1, sub c, heeft tevens het voordeel dat in dat kader zonder meer een beroep kan worden gedaan op de vrijhoudingsbehoefte, hetgeen de onderzoeker in staat stelt ook toekomstige overwegingen te laten meespelen bij zijn beoordeling of een vorm kan worden ingeschreven als merk. Het is immers niet zeker dat deze vrijhoudingsvereisten kunnen worden ingeroepen in het kader van artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening.

72. Rekwiranten menen voorts, dat het publiek de kleurencombinatie als een individueel kenmerk van de aanbestedingsvorm van een bepaalde waar opvat. Ten aanzien van het gebruik van één specifieke kleur, zoals rood of groen, stelt Henkel dat het belangrijk is dat de betrokken tabletten, door het exclusieve gebruik van een kleur, met de onderneming van herkomst in verband kunnen worden gebracht.

73. Procter & Gamble merkt nog op, dat het Gerecht had moeten preciseren of naast de vorm en de kleuren ook de enigszins afgeronde kanten de tabletten voldoende onderscheidend vermogen konden verlenen.

74. Deze argumenten zijn er kennelijk op gericht, de beoordeling van het Gerecht omtrent de materiële bestanddelen van de tekens in twijfel te trekken. Die beoordeling behoort evenwel tot de soevereine bevoegdheden van de rechter a quo om zich een eigen idee te vormen over de feitelijke gronden, zodat zij in hogere voorziening niet kan worden getoetst.

75. Ik ben mij ervan bewust, dat in de juridische tradities van de lidstaten uiteenlopend wordt gedacht over de aard van de beoordeling van de materiële bestanddelen van een merk. Volgens de leer van de objectief-normatieve interpretatie zou het om een rechtsvraag gaan, daar het analytisch uitgangspunt van het onderzoek niet bestaat uit de gegevens die in de loop van de procedure zijn komen vast te staan, maar uit een geobjectiverd, ideaal referentiepunt.

Naar mijn mening leidt deze zienswijze op het gebied van merken niet tot een doelmatige rechtsbedeling, daar zij afbreuk doet aan het uitzonderlijke en bijzondere karakter van de controle in hogere voorziening: enerzijds breidt zij de omvang van de controle uit tot praktisch alle geschillen die het onderscheidend vermogen van een teken betreffen; anderzijds verplicht zij het Hof tot een uitspraak die in elk opzicht vergelijkbaar is met die welke reeds door de drie lagere instanties is gegeven.

5. Grief betreffende de toepassing van de vrijhoudingsbehoefte

76. Volgens Henkel heeft het Gerecht in zijn beoordeling ook overwegingen met betrekking tot de zogeheten „vrijhoudingsbehoefte” betrokken. Het arrest [Windsurfing Chiemsee](#) (14) staat toepassing hiervan evenwel enkel toe in het kader van artikel 7, lid 1, sub c, van de verordening, met betrekking tot de in een te-

ken vervatte beschrijvende benamingen. In het geval van de omstreden tabletten kan echter noch van de kleuren noch van de geometrische vormen worden gezegd, dat zij de betrokken waar beschrijven.

77. In ieder geval is er volgens Henkel geen vrijhoudingsbehoefte die aan de inschrijving van de combinatie van vorm en kleuren van de betrokken was- en afwasmiddeltabletten als merk in de weg staat. De fabrikant kan de vorm, met inachtneming van bepaalde technische vereisten, vrij kiezen. De consument vat bovendien de kleuren niet op als een technisch noodzaak, maar als de vrije en fantasierijke expressie van de eigenheid van de waar. De combinatie van beide elementen komt dan ook niet in strijd met een vrijhoudingsbehoefte. Henkel beroept zich in dit verband op het arrest van 20 september 2001, Procter & Gamble/BHIM.(15)

78. Zoals gezegd, is niet zeker dat de overwegingen van algemeen belang die de inschrijving van bepaalde tekens beogen te beperken, opdat zij voor alle marktdeelnemers volledig vrij beschikbaar blijven (vrijhoudingsbehoefte), in het kader van artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening in aanmerking kunnen worden genomen. De in deze bepaling neergelegde absolute weigeringsgrond heeft tot doel de tekens die concreet onderscheidend vermogen missen, dat wil zeggen tekens die een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument niet als betrouwbare aanduidingen van een onderneming van herkomst kan herkennen, van inschrijving uit te sluiten. Het is uiteraard van algemeen belang te verhinderen dat bepaalde marktdeelnemers zich vanuit esthetisch of technisch oogpunt nuttige driedimensionale vormen toe-eigenen, of dat zij bepaalde tekens monopoliseren die de waar zelf, zijn werkelijke dan wel vermoedelijke eigenschappen en andere kenmerken zoals zijn plaats van herkomst kunnen beschrijven. Deze overwegingen liggen aan artikel 7, lid 1, sub c en e, van verordening nr. 40/94 ten grondslag.

79. Een analoog algemeen belang kan zelfs worden aangenomen bij vrijhouding voor gebruik door eenieder van de in het normale taalgebruik of in het bonafide handelsverkeer gebruikelijke tekens, die door het bepaalde sub d van inschrijving zijn uitgesloten.

80. Een dermate grote bescherming lijkt zich evenwel niet te moeten uitstrekken tot de tekens die, zonder beschrijvend te zijn, om andere redenen specifiek onderscheidend vermogen missen. Ik geloof niet dat er een algemeen belang bestaat bij vrijhouding van tekens die niet geschikt zijn om de commerciële herkomst van de erdoor aangeduide waren of diensten te onderscheiden.

Alle weigeringsgronden moeten immers worden uitgelegd in het licht van het concrete algemeen belang dat elk van die gronden rechtvaardigt.(16)

81. In het arrest Libertel, reeds aangehaald, heeft het Hof in het kader van artikel 3, lid 1, sub b, van de richtlijn vastgesteld, dat het toestaan van de inschrijving als merk van kleuren als zodanig zonder bepaalde omtrek, kan betekenen dat een gering aantal merkhouders het gehele palet zou kunnen uitputten. Deze monopoliesi-

tuatie zou niet verenigbaar zijn met het stelsel van onvervalste mededinging, aangezien zij tot een ongerechtvaardigd voordeel zou kunnen leiden. Ook zou het niet bevorderlijk zijn voor de economische ontwikkeling en de ondernemingsgeest indien reeds gevestigde marktdeelnemers alle beschikbare kleuren konden laten registreren ten koste van nieuwkomers op de markt.(17)

Deze overwegingen, die – zoals in het arrest zelf wordt erkend – zijn gebaseerd op het beperkte aantal kleuren dat een gemiddelde consument in de praktijk kan identificeren, lijken niet toepasbaar op de regeling van de merken bestaande uit de vorm van de waar.(18)

82. Gelet op het voorgaande, is duidelijk dat de grief van Henkel ongegrond is. Ik ben het ermee eens dat een beroep op de vrijhoudingsbehoefte in het kader van artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening strikt genomen abnormaal kan lijken, en in zoverre ben ik het gedeeltelijk oneens met de vaststelling in de bestreden arresten 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 bemmeren”.(19)

Ik ben evenwel niet van mening dat het Gerecht dit beoordelingscriterium in zijn arresten onjuist heeft toegepast. Het heeft veeleer, door het gebruik van het begrip „voor de hand liggende vorm”, het onderscheidend vermogen afgezet tegen een ideaalmodel van de waar of, zo men wil, de intuïtieve voorstelling ervan, in plaats van tegen de reeds op de markt beschikbare waren.

83. Deze benadering is, zoals gezegd, met name aangewezen wanneer moet worden beoordeeld of een driedimensionaal teken bestaande uit de vorm van de waar, geschikt is om als merk te worden ingeschreven. In dergelijke gevallen bestaat geen verdere vergelijkingsmaatstaf zolang de waar nog niet bestaat.

84. Bovendien is zij niet minder betrouwbaar of subjectiever dan bijvoorbeeld de verwijzing naar de gemiddelde consument, wiens veronderstelde perceptie via een juridische kunstgreep tot beoordelingscriterium van het Hof is verheven.(20) In ieder geval is zij bij een correcte toepassing materieel objectieverbaar. In casu is het veelzeggend dat rekwiranten, die betogen dat de vormen van de was- en afwasmiddeltabletten ten tijde van de indiening van de aanvraag niet gebruikelijk waren, erkennen dat zij dat thans wel zijn. Dit is wellicht het beste bewijs dat het toegepaste criterium juist is.

85. Ook deze laatste grief dient derhalve te worden afgewezen.

**Kosten**

86. Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat volgens artikel 188 van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen. Indien alle door rekwiranten in de verschillende zaken aangevoerde grieven worden afgewezen, zoals ik in overweging geef, dienen rekwiranten der-

halve in de kosten van de hogere voorziening te worden verwezen.

**Conclusie**

87. Van oordeel dat geen van de geformuleerde grieven de geldigheid van de bestreden arresten kan aantasten, geef ik het Hof in overweging alle onderhavige hogere voorzieningen te verwerpen en rekwiranten in de kosten te verwijzen.

---

## Noten

1 – Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 – Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), gewijzigd bij verordening (EG) nr. 3288/94 van de Raad van 22 december 1994 ter uitvoering van de in het kader van de Uruguay-Ronde gesloten overeenkomsten (PB L 349, blz. 83).

3 – 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.

4 – Arresten Henkel/BHIM in de zaken T-337/99 (Jurispr. blz. II-2597), T-335/99 (Jurispr. blz. II-2581, summier publicatie), en T-336/99 (Jurispr. blz. II-2589, summier publicatie).

5 – Deze redenering is ontwikkeld in het arrest Procter & Gamble/BHIM (Vierkant tablet, wit met groene spikkels en lichtgroen) (T-118/00, Jurispr. 2001, blz. II-2731), maar geldt mutatis mutandis ook voor de andere zaken [arresten Procter & Gamble/BHIM (Vierkant tablet, wit en lichtgroen) (T-117/00, Jurispr. 2001, blz. II-2723); Procter & Gamble/BHIM (Vierkant tablet, wit met gele en blauwe spikkels) (T-119/00, Jurispr. 2001, blz. II-2761); Procter & Gamble/BHIM (Vierkant tablet, wit met blauwe spikkels) (T-120/00, Jurispr. 2001, blz. II-2769); Procter & Gamble/BHIM (Vierkant tablet, wit met groene en blauwe spikkels) (T-121/00, Jurispr. 2001, blz. II-2781); Procter & Gamble/BHIM (Vierkant tablet met inzinking) (T-128/00, Jurispr. 2001, blz. II-2785), en Procter & Gamble/BHIM (Rechthoekig tablet met inzinking) (T-129/00, Jurispr. 2001, blz. II-2793)].

6 – Zie boven, punten 17 en 18.

7 – Punten 73 en 74.

8 – Zoals het Bundesgerichtshof heeft gedaan in de zaken die hebben geleid tot het arrest van 8 april 2003, [Linde](#) e.a. (C-53/01–C-55/01, Jurispr. blz. I-3161).

9 – Zie de punten 85 en 86 van mijn conclusie van 14 mei 2002, DKV/OAMI („Companyline”) (C-104/00 P, Jurispr. blz. I-7561).

10 – Zaak C-104/01, Jurispr. blz. I-3793.

11 – 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).

12 – Punten 58 en 59.

13 – Zie arrest Hof van 22 juni 1999, [Lloyd Schuhfabrik Meyer](#) (C-342/97, Jurispr. blz. I-3819, punt 26).

14 – Arrest van 4 mei 1999 (C-108/97 en C-109/97, Jurispr. blz. I-2779).

15 – C-383/99 (Baby-dry), Jurispr. blz. I-6251.

16 – Zie arrest van 18 juni 2002, Philips (C-299/99, Jurispr. blz. I-5475, punt 77).

17 – Arrest Libertel, aangehaald in punt 52, punt 54.

18 – Ter terechtzitting heeft de vertegenwoordiger van het Bureau een uitlegging voorgesteld, volgens welke in het kader van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 vrijhoudingsvereisten in aanmerking kunnen worden genomen. Zij houdt in, dat tekens zoals basisvormen of basiskleuren geen minimaal onderscheidend vermogen hebben en dus ter beschikking van eenieder dienen te blijven. Deze zienswijze impliceert echter – zoals de vertegenwoordiger zelf toegaf – een omkering van de variabelen in de vergelijking.

19 – Zie boven, punt 35.

20 – Aangezien feitelijke gegevens – bijvoorbeeld verkregen door deskundigen- of opinieonderzoek – ondanks hun legitimiteit (zie arrest [Windsurfing Chiemsee](#), aangehaald in punt 76, punt 53), slechts een indirecte bewijswaarde hebben [zie arrest van 16 juli 1998, , [Gut Springenheide en Tusky](#) (C-210/96, Jurispr. blz. I-4657, punten 31-36)]