ARREST VAN HET HOF

12 december 2002 *

In zaak C-273/00,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 234 EG van het Bundespatentgericht (Duitsland), in een aldaar dienende procedure ingeleid door

Ralf Sieckmann,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 2 van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB 1989, L 40, blz. 1),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: G. C. Rodríguez Iglesias, president, M. Wathelet, R. Schintgen en C. W. A. Timmermans, kamerpresidenten, C. Gulmann, D. A. O. Edward, A. La Pergola, V. Skouris, F. Macken (rapporteur), N. Colneric en J. N. Cunha Rodrigues, rechters,

* Procestaal: Duits.

advocaat-generaal: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

griffier: D. Louterman-Hubeau, afdelingshoofd,

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— R. Sieckmann, Patentanwalt, die zichzelf vertegenwoordigt,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door C. Pesendorfer als gemachtigde,

— de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door R. Magrill als gemachtigde, bijgestaan door D. Alexander, barrister,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Banks als gemachtigde, bijgestaan door W. Berg, Rechtsanwalt,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van R. Sieckmann en de Commissie ter terechtzitting van 2 oktober 2001,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 6 november 2001,

het navolgende

Arrest

1 Bij beschikking van 14 april 2000, binnengekomen bij het Hof op 10 juli daaraanvolgend, heeft het Bundespatentgericht krachtens artikel 234 EG twee prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 2 van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB 1989, L 40, blz. 1; hierna: „richtlijn").

2 Deze vragen zijn gerezen in het kader van een door Sieckmann ingesteld beroep tegen de weigering van het Deutsche Patent- und Markenamt (Duits bureau voor octrooien en merken) om een olfactorisch merk in te schrijven voor verschillende diensten van de klassen 35, 41 en 42 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 gewijzigd en herzien.

Het toepasselijke recht

De gemeenschapsregeling

3 De richtlijn heeft volgens de eerste overweging van de considerans tot doel, het merkenrecht van de lidstaten aan te passen teneinde de bestaande verschillen op

te heffen die het vrij verkeer van goederen en het vrij verrichten van diensten kunnen belemmeren en de mededingingsvoorwaarden op de gemeenschappelijke markt kunnen vervalsen. Volgens de derde overweging van de considerans beoogt de richtlijn geen volledige aanpassing van de merkenwetgevingen.

4 In de zevende overweging van de considerans van de beschikking valt te lezen dat:

„[...] het doel van de aanpassing alleen kan worden bereikt als de verkrijging en het behoud van het recht op een ingeschreven merk in alle lidstaten in beginsel afhankelijk word[en] gesteld van gelijke voorwaarden; dat hiertoe een niet-limitatieve opsomming van tekens moet worden vastgesteld die een merk kunnen vormen, vooropgesteld dat zij de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden van die van andere ondernemingen; [...]"

5 Artikel 2 van de richtlijn bevat een lijst van voorbeelden van tekens die een merk kunnen vormen. Dit artikel luidt als volgt:

„Merken 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."

6 Artikel 3, lid 1, van de richtlijn, met het opschrift „Gronden voor weigering of nietigheid", bepaalt:

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

a) tekens die geen merk kunnen vormen;

b) merken die elk onderscheidend vermogen missen;

[...]"

De nationale wettelijke regeling

7 De richtlijn is in Duits recht omgezet bij het Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichnungen van 25 oktober 1994 (Duitse wet inzake de bescherming van merken en andere tekens, BGBl. 1994 I, blz. 3082; hierna: „Markengesetz"), dat op 1 januari 1995 in werking is getreden.

8 § 3, lid 1, van het Markengesetz bepaalt:

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

9 Volgens § 8, lid 1, van het Markengesetz worden geen merken ingeschreven „die niet vatbaar zijn voor grafische voorstelling", en volgens § 8, lid 2, punt 1, geen merken die elk onderscheidend vermogen missen.

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

10 Sieckmann heeft bij het Deutsche Patent- und Markenamt de inschrijving aangevraagd van een merk voor verschillende diensten van de klassen 35, 41 en 42 van de Overeenkomst van Nice van 15 juni 1957, zoals gewijzigd en herzien, waaronder vallen reclame, beheer van commerciële zaken, zakelijke administratie en administratieve diensten (klasse 35), opvoeding, opleiding, ontspanning, sportieve en culturele activiteiten (klasse 41), restauratie (het verstrekken van voedsel en dranken), tijdelijke huisvesting, medische zorg, dienstverlening op het gebied van hygiëne en schoonheidsverzorging, veterinaire en landbouwkundige diensten, juridische diensten, wetenschappelijk en industrieel onderzoek, computerprogrammering en diensten die niet in andere klassen kunnen worden ingedeeld (klasse 42).

11 In de in het aanvraagformulier opgenomen rubriek „Weergave van het merk", als bedoeld in § 8, lid 1, van het Markengesetz en artikel 2 van de richtlijn, volgens welke een teken alleen een merk kan vormen wanneer het vatbaar is voor grafische voorstelling, heeft Sieckmann verwezen naar een bij zijn merkaanvraag gevoegde beschrijving. Deze luidt als volgt:

„Merkenrechtelijke bescherming wordt aangevraagd voor het bij het Deutsche Patent- und Markenamt gedeponeerde olfactorische merk van de scheikundig zuivere stof methylcinnamaat (kaneelzuurmethylester), waarvan de structuurformule hieronder staat afgebeeld. Monsters van dit olfactorische merk zijn ook verkrijgbaar via de plaatselijke laboratoria, te vinden in de gele gids van Deutsche Telekom AG, of onder meer via de firma E. Merck in Darmstadt.

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

12 Voor het geval de in het vorige punt vermelde beschrijving niet zou voldoen aan de in § 32, leden 2 en 3, van het Markengesetz gestelde inschrijvingsvoorwaarden, heeft verzoeker hieraan het volgende toegevoegd:

„De aanvrager stemt ermee in dat in de stukken met betrekking tot het gedeponeerde olfactorische merk ‚methylcinnamaat' inzage wordt verleend overeenkomstig § 62, lid 1, van het Markengesetz en § 48, lid 2, van de Markenverordnung."

13 Verder heeft Sieckmann bij zijn aanvraag een houder met daarin een geurmonster van het teken gevoegd en verklaard dat de geur gewoonlijk wordt omschreven als „balsemachtig-fruitig met een zweem van kaneel".

14 Het Deutsche Patent- und Markenamt heeft de aanvraag afgewezen op grond dat het twijfelachtig was of het aangevraagde merk wel op grond van § 3, lid 1, van het Markengesetz als merk kon worden ingeschreven, en of het vatbaar was voor grafische voorstelling in de zin van § 8, lid 1, van het Markengesetz. De vraag naar de geschiktheid als merk en de vatbaarheid voor grafische voorstelling behoefde zijns inziens niet beantwoord te worden, omdat § 8, lid 2, van het Markengesetz hoe dan ook in de weg stond aan de inschrijving van dit teken, dat elk onderscheidend vermogen miste.

15 Volgens het Bundespatentgericht, waarbij Sieckmann tegen deze afwijzingsbeslissing is opgekomen, kunnen geuren theoretisch in het verkeer dienen ter onderscheiding van ondernemingen in de zin van § 3, lid 1, van het Markengesetz.

16 Het gedeponeerde merk kan bovengenoemde diensten onderscheiden en kan niet worden geacht zuiver beschrijvend te zijn ten aanzien van de kenmerken van die diensten.

17 Daarentegen blijft het volgens het Bundespatentgericht onzeker of een olfactorisch merk als het onderhavige de in § 8, lid 1, van het Markengesetz gestelde voorwaarden voor grafische voorstelling kan vervullen.

18 De vatbaarheid van een teken voor grafische voorstelling is een inschrijvingscriterium dat in het kader van een beroepsprocedure hoe dan ook met voorrang boven de andere weigeringsgronden van § 8, lid 2, van het Markengesetz moet worden onderzocht. Een teken dat niet vatbaar is voor grafische voorstelling, kan niet worden ingeschreven, ook al is het in het economisch verkeer als merk van een bepaalde onderneming ingeburgerd en zijn derhalve de weigeringsgronden van § 8, lid 2, sub 1 tot en met 3, van het Markengesetz, in het bijzonder de grond dat het teken mogelijk geen onderscheidend vermogen heeft, daarop niet van toepassing.

19 Van oordeel dat § 8, lid 1, van het Markengesetz in overeenstemming met artikel 2 van de richtlijn moet worden uitgelegd, heeft het Bundespatentgericht besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

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

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

a) door een scheikundige formule;

b) door een (openbaar te maken) beschrijving;

c) door een depot, of

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

20 Bij op 30 april 2002 ter griffie van het Hof neergelegd verzoekschrift heeft Sieckmann verzocht om heropening van de mondelinge behandeling, die na de conclusie van de advocaat-generaal op 6 november 2001 was gesloten.

21 Ter ondersteuning van zijn verzoek stelt Sieckmann dat die conclusie niet concreet de onderhavige zaak behandelt en dat de advocaat-generaal in punt 42 van zijn conclusie een fout heeft begaan.

22 Het Hof kan ambtshalve, op voorstel van de advocaat-generaal dan wel op verzoek van partijen, de mondelinge behandeling krachtens artikel 61 van het Reglement voor de procesvoering heropenen, indien het van oordeel is dat het onvoldoende is ingelicht of dat de zaak moet worden beslecht op basis van een argument waarover tussen partijen geen discussie heeft plaatsgevonden (zie arresten van 10 februari 2000, Deutsche Post, C-270/97 en C-271/97, Jurispr. blz. I-929, punt 30, en 18 juni 2002, Philips, C-299/99, Jurispr. blz. I-5475, punt 20).

23 Het Hof is van oordeel dat het over alle noodzakelijke gegevens beschikt om de gestelde vragen te kunnen beantwoorden.

24 Het verzoek van Sieckmann dient derhalve te worden afgewezen.

De eerste vraag

25 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 2 van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat een teken dat als zodanig niet visueel waarneembaar is, een merk kan vormen.

Bij het Hof ingediende opmerkingen

26 Volgens Sieckmann is op grond van artikel 2 van de richtlijn de inschrijving van een olfactorisch merk in beginsel niet uitgesloten. Een dergelijk merk valt evenzeer onder die bepaling als geluidsmerken, kleuren, hologrammen en andere „niet- klassieke" merken.

27 Het begrip „grafische voorstelling" moet worden opgevat als „voorstelling dan wel elektronische voorstelling of depot op andere wijze". De scheikundige structuurformule moet steeds tezamen met een beschrijving of een depot van het teken bij het Deutsche Patent- und Markenamt worden ingediend. Bovendien kan het in het hoofdgeding bedoelde merk in gebruikelijke hoeveelheden bij lokale

leveranciers van laboratoria of, ten dele, rechtstreeks via fabrikanten en distributeurs van organische fijnchemicaliën worden betrokken. Door kennisneming van de chemische benaming, die moet worden gepubliceerd, zijn derden na de aankoop van dit chemische product onafhankelijk van het depot van het monster en publicatie van de olfactorische beschrijving van het merk in staat om zich een juist en objectief idee van dit merk te vormen en het in voorkomend geval met andere olfactorische kenmerken te vergelijken.

28 Volgens de Oostenrijkse regering wordt de omvang van de bescherming van ingeschreven merken bepaald door de inschrijving in het register, die het publiek in staat stelt zich te informeren omtrent de uitsluitende rechten van derden. De mogelijkheid van visuele waarneming van de ingeschreven merken door raadpleging van dit register is van bijzonder belang. Volgens de langjarige praktijk van het Oostenrijkse octrooibureau komt merkenrechtelijke bescherming niet alleen toe aan tekens die vatbaar zijn voor rechtstreekse grafische voorstelling, dat wil zeggen tweedimensionale merken, maar ook aan driedimensionale merken, die in het kader van de inschrijvingsprocedure als zodanig specifiek moeten worden aangeduid.

29 Voor de mate van bepaaldheid die kan worden bereikt met een grafische voorstelling, moeten klank- of auditieve tekens en olfactorische tekens volgens deze regering verschillend worden beoordeeld. Klanktekens kunnen met een betrekkelijke hoge mate van bepaaldheid van het voorwerp van bescherming grafisch worden weergegeven. Bij olfactorische tekens is dit evenwel anders.

30 Volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk wordt erkend dat voor de doeltreffende werking van het merkensysteem een merk dat in de openbare registers is ingeschreven, duidelijk en nauwkeurig moet zijn gedefinieerd. De richtlijn bevat geen beperking met betrekking tot de wijze waarop een merk

grafisch kan worden voorgesteld, en het volstaat dat het in te schrijven merk kan worden voorgesteld in een vorm die identificatie ervan mogelijk maakt en voldoende duidelijk en nauwkeurig is om degene die gebruik maakt van het merkenregister, in staat te stellen daaruit op te maken welk teken is ingeschreven.

31 De voorstelling zoals die in dit register wordt opgenomen, moet volgens deze regering aan de volgende voorwaarden voldoen: om te beginnen moet het een voorstelling van het betrokken teken betreffen die als zodanig voldoende volledig is; verder moet zij kunnen worden gebruikt in de plaats van het door de aanvrager gebruikte of te gebruiken teken, aangezien zij uitsluitend een duidelijke en nauwkeurige voorstelling van dit teken is; ten slotte moet zij begrijpelijk zijn voor hen die het register raadplegen. In beginsel staat niets eraan in de weg dat een olfactorisch merk vatbaar is voor grafische voorstelling in de zin van artikel 2 van de richtlijn.

32 De Commissie stelt zich op het standpunt dat het, gelet op de tekst van artikel 2 van de richtlijn, dat een niet-limitatieve opsomming geeft van tekens die een merk kunnen vormen, niet uitgesloten is dat tekens — zoals olfactorische tekens — die als zodanig weliswaar niet visueel kunnen worden waargenomen, maar door een grafische voorstelling zichtbaar kunnen worden gemaakt, eveneens merken kunnen vormen.

33 Volgens haar kan een teken echter alleen als merk worden ingeschreven wanneer het voorwerp van de inschrijvingsaanvraag duidelijk en nauwkeurig kan worden bepaald. Met de grafische voorstelling wordt immers beoogd een duidelijke, nauwkeurige en objectieve afbeelding van het merk te geven. Dit is inzonderheid van belang in een rechtsstelsel waarin het recht op het merk wordt verkregen door deponering en inschrijving in een openbaar register. In een dergelijk stelsel moet de integrale grafische voorstelling van het merk dan worden gewaarborgd door het register zelf, opdat de precieze omvang van de uit de inschrijving voortvloeiende bescherming vaststaat en in het bijzonder de aan het merk verbonden rechten kunnen worden afgebakend van die welke uit andere gedeponeerde merken voortvloeien.

Beoordeling door het Hof

34 Blijkens de tiende overweging van de considerans van de richtlijn wordt met de door het merk verleende bescherming met name beoogd het merk als aanduiding van herkomst te waarborgen.

35 Voorts is volgens de rechtspraak van het Hof de wezenlijke functie van het merk daarin gelegen, dat aan de consument of de eindverbruiker met betrekking tot de door het merk aangeduide waren of diensten de identiteit van de oorsprong wordt gewaarborgd, in dier voege dat hij deze zonder gevaar voor verwarring van waren of diensten van andere herkomst kan onderscheiden; om zijn rol van essentieel onderdeel van het stelsel van onvervalste mededinging dat het EG-Verdrag tot stand wil brengen te kunnen vervullen, dient het merk de waarborg te bieden dat alle van dat merk voorziene waren of diensten zijn vervaardigd of verricht onder controle van een en dezelfde onderneming die verantwoordelijk kan worden geacht voor de kwaliteit ervan (zie met name arresten van 11 november 1997, Loendersloot, C-349/95, Jurispr. blz. I-6227, punten 22 en 24; 29 september 1998, Canon, C-39/97, Jurispr. blz. I-5507, punt 28, en arrest Philips, reeds aangehaald, punt 30).

36 De richtlijn heeft volgens de eerste en de zevende overweging van de considerans tot doel de huidige merkenwetgevingen van de lidstaten aan te passen en de verkrijging en het behoud van het recht op een ingeschreven merk in alle lidstaten afhankelijk te stellen van gelijke voorwaarden, teneinde de verschillen tussen die wetgevingen op te heffen die het vrij verkeer van goederen en het vrij verrichten van diensten kunnen belemmeren en de mededingingsvoorwaarden op de gemeenschappelijke markt kunnen vervalsen.

37 Het stelsel van inschrijving van de merken vormt een wezenlijk bestanddeel van de bescherming ervan, dat zowel gemeenschapsrechtelijk als nationaalrechtelijk bijdraagt tot rechtszekerheid en behoorlijk bestuur.

38 Om te beginnen wordt het recht op een merk volgens de vierde overweging van de considerans van de richtlijn niet alleen verkregen door indiening en inschrijving ervan, maar ook op grond van het gebruik. Overeenkomstig artikel 1 is de richtlijn evenwel alleen van toepassing op merken die het voorwerp zijn van inschrijving of een aanvraag om inschrijving in een lidstaat of bij het Benelux Merkenbureau, of van een internationale inschrijving die rechtsgevolgen heeft in een lidstaat. Overigens kan ook volgens de zesde overweging van de considerans van verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1) het recht op het gemeenschapsmerk alleen worden verkregen door inschrijving.

39 Verder bepaalt artikel 2 van de richtlijn dat alle tekens merken kunnen vormen, op voorwaarde dat zij vatbaar zijn voor grafische voorstelling alsmede de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden.

40 Bovendien volgt uit de regel van artikel 3, lid 1, sub a, van de richtlijn dat tekens die geen merk kunnen vormen, niet worden ingeschreven, of, indien ingeschreven, nietig kunnen worden verklaard.

41 Ten slotte bepaalt artikel 5, lid 1, van de richtlijn dat het ingeschreven merk de houder een uitsluitend recht geeft. De precieze omvang van dit recht wordt door de inschrijving zelf gewaarborgd.

42 Tegen deze achtergrond moet worden nagegaan of artikel 2 van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat een teken dat als zodanig niet visueel waarneembaar is, een merk kan vormen.

43 In artikel 2 van de richtlijn wordt vastgelegd, welke soorten tekens een merk kunnen vormen. Volgens die bepaling kunnen merken worden gevormd door „met name woorden, met inbegrip van namen van personen, tekeningen, letters, cijfers, vormen van waren of van verpakking [...]". Wel worden slechts twee- of driedimensionale tekens genoemd die visueel waarneembaar zijn en die dus door middel van letters of lettertekens of door een afbeelding kunnen worden voorgesteld.

44 Uit de tekst van zowel artikel 2 als de zevende overweging van de considerans van de richtlijn, die spreekt van een „niet-limitatieve opsomming" van tekens die een merk kunnen vormen, blijkt evenwel dat dit geen uitputtende opsomming is. Hoewel deze bepaling geen tekens noemt die als zodanig niet visueel kunnen worden waargenomen, zoals geuren, zijn die tekens dus niet met zoveel woorden uitgesloten.

45 Artikel 2 van de richtlijn moet derhalve aldus worden uitgelegd dat een teken dat als zodanig niet visueel waarneembaar is, een merk kan vormen, op voorwaarde dat het vatbaar is voor grafische voorstelling.

46 Die grafische voorstelling moet een visuele weergave van het teken mogelijk maken, inzonderheid door middel van figuren, lijnen of lettertekens, zodat het teken nauwkeurig kan worden geïdentificeerd.

47 Deze uitlegging is geboden om de goede werking van het stelsel van inschrijving van de merken te waarborgen.

48 Om te beginnen heeft het vereiste van grafische voorstelling inzonderheid ten doel, het merk zelf af te bakenen, om aldus te bepalen wat precies de bescherming is die het ingeschreven merk de houder ervan verleent.

49 Vervolgens moet het merk door de inschrijving in een openbaar register toegankelijk worden gemaakt voor de bevoegde autoriteiten en het publiek, met name de marktdeelnemers.

50 De bevoegde autoriteiten moeten zich een duidelijk en nauwkeurig beeld kunnen vormen van de aard van de tekens die een merk vormen, teneinde te kunnen voldoen aan hun verplichtingen met betrekking tot het vooronderzoek van de inschrijvingsaanvragen, de publicatie en de instandhouding van een adequaat en nauwkeurig merkenregister.

51 De marktdeelnemers op hun beurt moeten zich ervan kunnen vergewissen welke inschrijvingen precies zijn verricht of welke aanvragen hun feitelijke of potentiële concurrenten precies hebben ingediend, en moeten aldus relevante informatie over de rechten van derden kunnen ontvangen.

52 Willen degenen die dit register gebruiken, uit de inschrijving van een merk de precieze aard van het merk kunnen afleiden, dan moet de grafische voorstelling in het register als zodanig volledig zijn, gemakkelijk toegankelijk en begrijpelijk.

53 Voorts kan een teken enkel zijn rol van ingeschreven merk vervullen, wanneer het voortdurend en stellig wordt waargenomen, waardoor dit merk als aanduiding van herkomst wordt gewaarborgd. Gelet op de duur van de inschrijving van een merk en het feit dat deze voor langere of kortere tijd kan worden verlengd, zoals in de richtlijn is bepaald, moet de voorstelling duurzaam zijn.

54 Ten slotte dient met de voorstelling juist elke subjectieve factor bij de identificatie en waarneming van het teken te worden uitgesloten. De grafische voorstelling moet dus ondubbelzinnig en objectief zijn.

55 Op de eerste vraag moet derhalve worden geantwoord dat artikel 2 van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat een teken dat als zodanig niet visueel waarneembaar is, een merk kan vormen, op voorwaarde dat het vatbaar is voor grafische voorstelling, inzonderheid door middel van figuren, lijnen of lettertekens, en die voorstelling duidelijk, nauwkeurig, als zodanig volledig, gemakkelijk toegankelijk, begrijpelijk, duurzaam en objectief is.

De tweede vraag

56 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 2 van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat in geval van een olfactorisch teken als het onderhavige een scheikundige formule, een beschrijving met woorden, het depot van een geurmonster of een combinatie daarvan voldoet aan de vereisten van grafische voorstelling.

Bij het Hof ingediende opmerkingen

57 Sieckmann bepleit een ruime uitlegging van het begrip „grafische voorstelling" in de zin van de richtlijn. In het kader van de systematische uitlegging en de praktijk van de merkenbureaus moet het begrip „grafische voorstelling" worden opgevat als „voorstelling dan wel elektronische voorstelling of depot op andere wijze".

58 Met betrekking tot de weergave van de geur door een scheikundige formule merkt hij op dat de scheikundige brutoformule, in casu $C_{10}H_{10}O_2$, weliswaar niet aangeeft op welke wijze de verschillende atomen van deze elementen met elkaar verbonden zijn, doch dat aan de hand van de scheikundige structuurformule, in casu C_6H_5-CH = $CHCOOCH_3$, een scheikundig zuivere stof als zodanig duidelijk kan worden gekarakteriseerd. Een scheikundig zuivere stof, in casu methylcinnamaat, kan bovendien door zijn scheikundige benaming worden gekarakteriseerd.

59 Wat de weergave van de geur door een beschrijving betreft, zowel in de Europese Unie als in de Verenigde Staten bestaan reeds olfactorische merken, en in het hoofdgeding is het olfactorische teken waarop de aanvraag betrekking heeft, gebaseerd op „een balsemachtig-fruitige geur met een zweem van kaneel", wat overeenstemt met de classificatie van de parfumindustrie in de Europese Unie.

60 Met betrekking tot de weergave van het te beschermen merk door het depot van een monster daarvan stelt Sieckmann dat, zoals hij reeds in de aanvraag had uiteengezet, dit merk bij lokale leveranciers van laboratoria of via fabrikanten en distributeurs van organische fijnchemicaliën kan worden betrokken.

61 Aangaande de combinatie van de andere vormen van weergave van dit merk stelt hij voor dat voor de indiening van een olfactorisch merk op de grondslag van een scheikundig zuivere stof, zoals in het hoofdgeding, die stof wordt gekarakteriseerd door middel van een reproductie van de precieze scheikundige benaming met vermelding van een contactadres waar de geur kan worden betrokken, en in voorkomend geval aangevuld door de scheikundige structuurformule van die geur, alsmede door middel van een depot, bijvoorbeeld bij het merkenbureau dat het onderzoek verricht, in voorkomend geval tezamen met een beschrijving ervan.

62 De Oostenrijkse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk alsmede de Commissie zijn van mening dat de uniforme grafische voorstelling van geuren in de huidige stand van de wetenschappelijke ontwikkelingen aanzienlijke moeilijkheden oplevert.

63 Huns inziens kan een geur niet voldoende concreet worden bepaald wanneer bij wijze van grafische voorstelling enkel de scheikundige formule wordt vermeld, en wel op grond van verschillende factoren die van invloed zijn op de wijze waarop die geur daadwerkelijk kan worden waargenomen, zoals de concentratie en de hoeveelheid, de temperatuur of het materiaal dat de geur draagt. Bovendien verzetten die factoren zich ertegen dat geuren door middel van olfactorische monsters kunnen worden weergegeven.

64 De regering van het Verenigd Koninkrijk stelt inzonderheid dat de scheikundige formule niet voor de geur van het scheikundig product zelf staat. Slechts een enkeling zal bij lezing van een scheikundige formule begrijpen voor welk product deze formule staat, en zelfs indien hij die formule begrijpt, dan nog is de kans groot dat hem ontgaat wat de geur van het product is. Voorts kan niet van hen die het register raadplegen, worden gevergd dat zij de aard van het teken afleiden uit een aantal scheikundige formules.

65 Aangaande de mogelijkheid om een geur met woorden te beschrijven, stelt de Commissie dat een dergelijke beschrijving sterk subjectief is en subjectief, dat wil zeggen per persoon verschillend, kan worden opgevat.

66 De regering van het Verenigd Koninkrijk acht het mogelijk dat een geur door middel van een beschrijving met woorden grafisch kan worden voorgesteld in de zin van artikel 2 van de richtlijn. Een dergelijke voorstelling zal waarschijnlijk slechts zelden kunnen worden aanvaard, met name omdat het moeilijk is een beschrijving te geven die voldoende duidelijk en nauwkeurig is om als weergave van het betrokken teken te kunnen gelden.

67 Wat het depot van een geurmonster betreft, stellen de Oostenrijkse regering en de Commissie dat een geur op den duur vervliegt of anderszins veranderingen ondergaat, en dat een depot dus geen duurzame indruk van een geur kan verschaffen die een grafische voorstelling kan vormen.

68 De regering van het Verenigd Koninkrijk voegt hieraan toe dat indien deze vorm van voorstelling in de merkenregisters van de lidstaten en van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) zou worden toegelaten, die registers en de inschrijvingsstelsels van de lidstaten en het Bureau ingrijpend moeten worden gewijzigd. Bovendien zou dit tot gevolg hebben dat de openbare registers minder toegankelijk worden dan in het huidige stelsel is gewaarborgd.

Beoordeling door het Hof

69 Zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk terecht heeft opgemerkt, zal slechts een enkeling in een scheikundige formule de betrokken geur herkennen.

Een dergelijke formule is niet voldoende begrijpelijk. Bovendien staat een scheikundige formule, zoals die regering en de Commissie hebben verklaard, niet voor de geur van een stof, maar voor de stof zelf, en laat zij aan duidelijkheid en nauwkeurigheid te wensen over. Zij is dus geen voorstelling in de zin van artikel 2 van de richtlijn.

70 Ofschoon de beschrijving van een geur grafisch is, is die beschrijving niet voldoende duidelijk, nauwkeurig en objectief.

71 Het depot van een geurmonster vormt geen grafische voorstelling in de zin van artikel 2 van de richtlijn. Voorts is een geurmonster niet stabiel en duurzaam genoeg.

72 Indien bij een olfactorisch teken noch een scheikundige formule, noch een beschrijving met woorden noch het depot van een geurmonster als zodanig aan de vereisten van grafische voorstelling voldoet, wordt daaraan ook niet voldaan door een combinatie daarvan, met name op het punt van de vereisten van duidelijkheid en nauwkeurigheid.

73 Op de tweede vraag moet derhalve worden geantwoord dat in geval van een olfactorisch teken noch een scheikundige formule, noch een beschrijving met woorden, noch het depot van een geurmonster noch een combinatie daarvan aan de vereisten van grafische voorstelling voldoet.

Kosten

74 De kosten door de Oostenrijkse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk alsmede door de Commissie wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE,

uitspraak doende op de door het Bundespatentgericht bij beschikking van 14 april 2000 gestelde vragen, verklaart voor recht:

1) **Artikel 2 van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, moet aldus worden uitgelegd dat een teken dat als zodanig niet visueel waarneembaar is, een merk kan vormen, op voorwaarde dat het vatbaar is voor grafische voorstelling, inzonderheid door middel van figuren, lijnen of lettertekens, en die voorstelling duidelijk, nauwkeurig, als zodanig volledig, gemakkelijk toegankelijk, begrijpelijk, duurzaam en objectief is.**

2) **In geval van een olfactorisch teken voldoet noch een scheikundige formule, noch een beschrijving met woorden, noch het depot van een geurmonster noch een combinatie daarvan aan de vereisten van grafische voorstelling.**

Rodríguez Iglesias	Wathelet	Schintgen
Timmermans	Gulmann	Edward
La Pergola	Skouris	Macken
Colneric	Cunha Rodrigues	

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 12 december 2002.

De griffier

R. Grass

De president

G. C. Rodríguez Iglesias