

ARREST VAN HET GERECHT (Derde kamer)

7 februari 2007*

In zaak T-317/05,

Kustom Musical Amplification, Inc., gevestigd te Cincinnati, Ohio (Verenigde Staten), vertegenwoordigd door M. Edenborough, barrister, en T. Bamford, solicitor,

verzoekster,

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM), vertegenwoordigd door A. Folliard-Monguiral als gemachtigde,

verweerder,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de tweede kamer van beroep van het BHIM van 7 juni 2005 (zaak R 1035/2004-2) inzake een aanvraag tot inschrijving van een driedimensionaal gemeenschapsmerk in de vorm van een gitaar,

* Procestaal: Engels.

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer),

samengesteld als volgt: M. Jaeger, kamerpresident, V. Tiili en O. Czúcz, rechters,
griffier: C. Kristensen, administrateur,

gezien het op 16 augustus 2005 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 11 november 2005 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

na de terechtzitting op 10 juli 2006,

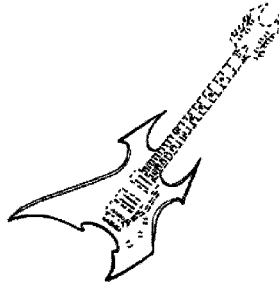
het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

- ¹ Op 28 mei 2003 heeft verzoekster bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) een gemeenschapsmerkaanvraag ingediend krachtens verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), zoals

gewijzigd. De aanvraag betrof een driedimensionaal merk in de vorm van de romp van een gitaar, zoals hieronder afgebeeld:



- 2 Het aangevraagde merk bestaat in de afbeelding van de romp van het gitaarmodel met de naam „BEAST” uit de productielijn BC Rich van verzoekster.

- 3 In de inschrijvingsaanvraag wordt gepreciseerd:

„[H]et merk bestaat in de grillige vorm van de romp van een gitaar. De hals, de kop, de frets, de volumeregelaars en andere onderdelen van de gitaar die in stippellijn zijn getekend, maken geen deel uit van het merk.”

- 4 De waren waarvoor inschrijving is aangevraagd, behoren tot klasse 15 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. Ze zijn omschreven als volgt: „Snaarinstrumenten, met name gitaren”.

- 5 Bij beslissing van 7 september 2004 heeft de onderzoeker de inschrijvingsaanvraag afgewezen op grond dat het aangevraagde merk elk onderscheidend vermogen miste in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 (hierna: „beslissing van de onderzoeker”).

- 6 Op 4 november 2004 heeft verzoekster bij het BHIM beroep ingesteld tegen de beslissing van de onderzoeker.

- 7 Bij beslissing van 7 juni 2005 heeft de tweede kamer van beroep het beroep verworpen (hierna: „bestreden beslissing”), voornamelijk op grond dat de gemiddelde liefhebber van gitaren het gewoon is om een groot aantal modellen van elektrische gitaren, in verscheidene en extravagante vormen, te zien, inzonderheid talrijke puntige vormen van gitaren, zodat hij een vorm die niet op significante wijze verschilt van andere vormen van elektrische gitaren, niet zal waarnemen als een aanduiding van herkomst, maar als een versiering.

Conclusies van partijen

- 8 In haar verzoekschrift concludeert verzoekster dat het het Gerecht behage:

— het beroep ontvankelijk te verklaren;

- de bestreden beslissing te vernietigen of, subsidiair, deze ten dele te vernietigen door de lijst van de in de inschrijvingsaanvraag opgegeven waren te beperken tot „snaarinstrumenten, met name professionele, elektrische gitaren” van klasse 15 in de zin van de Overeenkomst van Nice;

 - de inschrijvingsaanvraag naar het BHIM terug te wijzen met het oog op publicatie;

 - het BHIM te verwijzen in de kosten met inbegrip van de kosten die verzoekster in de procedure voor de kamer van beroep en voor de onderzoeker zijn opgekomen.
- 9 Ter terechtzitting heeft verzoekster haar subsidiaire vordering tot gedeeltelijke vernietiging aldus gewijzigd dat zij de lijst van waren wenste te beperken tot „snaarinstrumenten, met name elektrische gitaren”. Bovendien heeft zij afstand gedaan van haar vordering tot verwijzing van het BHIM in de kosten die tijdens de procedure voor de onderzoeker zijn opgekomen.
- 10 Het BHIM concludeert dat het het Gerecht behage:
- de vorderingen van verzoekster niet-ontvankelijk te verklaren voor zover zij ertoe strekken dat: a) het Gerecht het BHIM gelast de gemeenschapsmerkaan-

vraag te publiceren; b) het Gerecht de bestreden beslissing ten dele vernietigt op basis van de nieuwe lijst van waren; c) het Gerecht het BHIM verwijst in de kosten die verzoekster tijdens de procedure voor de onderzoeker zijn opgekomen;

- ingeval het Gerecht oordeelt dat in het verzoekschrift schending van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 wordt gesteld, dat „middel” niet-ontvankelijk te verklaren;

- het beroep voor het overige en alle vorderingen ongegrond te verklaren, indien het Gerecht deze ontvankelijk verklaart;

- verzoekster te verwijzen in de kosten.

Ontvankelijkheid

- 11 Aangaande de derde vordering, die ertoe strekt dat het Gerecht het BHIM gelast, de gemeenschapsmerkaanvraag te publiceren, heeft verzoekster ter terechtzitting gepreciseerd dat zij niet vordert dat het aangevraagde merk wordt gepubliceerd, doch dat het Gerecht het BHIM gelast, het aangevraagde merk opnieuw te onderzoeken op basis van het arrest van het Gerecht.

- 12 Overeenkomstig artikel 63, lid 6, van verordening nr. 40/94 is het BHIM verplicht, de maatregelen te treffen die nodig zijn ter uitvoering van het arrest van de

gemeenschapsrechter. Het Gerecht kan derhalve geen bevelen richten tot het BHIM. Dit dient immers de consequenties te trekken die uit het dictum en de motivering van de arresten van de gemeenschapsrechter voortvloeien [arresten Gerecht van 31 januari 2001, Mitsubishi HiTec Paper Bielefield/BHIM (Giroform), T-331/99, Jurispr. blz. II-433, punt 33; 27 februari 2002, Eurocool Logistik/BHIM (EURO-COOL), T-34/00, Jurispr. blz. II-683, punt 12; 21 april 2005, Ampafrance/BHIM — Johnson & Johnson (monBeBé), T-164/03, Jurispr. blz. II-1401, punt 24, en 5 april 2006, Madaus/BHIM — Optima Healthcare (ECHINAID), T-202/04, Jurispr. blz. II-1115, punt 14].

- 13 Verzoeksters derde vordering is dus niet-ontvankelijk.
- 14 Of de in het tweede punt van haar conclusies geformuleerde subsidiaire vordering ontvankelijk is, zal pas worden onderzocht ingeval de primaire vordering wordt afgewezen.

Ten gronde

- 15 Verzoekster voert een enkel middel aan, dat in wezen twee onderdelen omvat, te weten ten eerste ontoereikende motivering en schending van het recht om te worden gehoord, en ten tweede schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

Argumenten van partijen

- 16 Verzoekster verwijt het BHIM dat de beslissing van de onderzoeker en de bestreden beslissing zeer veel verwijzingen naar internetpagina's bevatten, zonder dat een uitdraai van de precieze inhoud van deze pagina's werd meegedeeld.
- 17 Zij merkt op dat twee van de door de onderzoeker vermelde internetsites niet toegankelijk waren toen zij deze wilde raadplegen. Een verwijzing zonder meer naar internetsites vormt geen bewijs van de originele pagina's van de betrokken sites, doch slechts een getuigenis van de onderzoeker met betrekking tot de inhoud ervan.
- 18 Aangaande de verwijzing naar de vijf internetsites die verzoekster wel heeft kunnen raadplegen, is zij van mening dat het niet zeker is dat de inhoud van deze pagina's dezelfde is als de inhoud waarop de onderzoeker zijn conclusie heeft gebaseerd, aangezien internetpagina's geregeld worden geactualiseerd.
- 19 Verzoekster stelt dat de uitleg van de kamer van beroep betreffende de niet-toegankelijkheid en de mogelijke wijziging in de inhoud van deze internetpagina's, namelijk dat „de onderzoeker kennelijk heeft verwezen naar internetsites die geen kort leven zijn beschoren, doch worden beheerd door bekende gitaarfabrikanten”, de onzekerheid over de informatie die beschikbaar was toen de onderzoeker deze internetsites heeft geraadpleegd, niet wegneemt aangezien ervan moet worden uitgegaan dat een internetpagina geregeld wordt gewijzigd, ongeacht de reputatie van de vennootschap die de site beheert.
- 20 Volgens verzoekster is het onaanvaardbaar dat de kamer van beroep verwijst naar en zich baseert op documenten waarover verzoekster geen opmerkingen heeft kunnen maken en die niet zijn overgelegd, en dus niet in de procedure werden toegelaten.

- 21 Het BHIM is van mening, aangaande verzoeksters stelling dat haar recht om te worden gehoord is geschonden, dat, zelfs al zou dat recht geschonden zijn, een dergelijke schending geen grond voor vernietiging van de bestreden beslissing vormt wanneer de beslissing daadwerkelijk terecht is [arrest Hof van 21 oktober 2004, KWS Saat/BHIM, C-447/02 P, Jurispr. blz. I-10107, punt 60, en arrest Gerecht van 13 juli 2005, Sunrider/BHIM (TOP), T-242/02, Jurispr. blz. II-2793, punt 65].
- 22 Het BHIM voegt daaraan toe dat verzoekster, als professionele fabrikant van de betrokken sector, de door de kamer van beroep bedoelde gitaarvormen moet kennen. Bovendien is het feit dat er een groot aantal diverse gitaarvormen bestaat, waaronder de „puntige gitaren”, een algemeen bekend feit dat kenbaar is via algemeen toegankelijke bronnen [arrest Gerecht van 22 juni 2004, Ruiz-Picasso e.a./BHIM — DaimlerChrysler (PICARO), T-185/02, Jurispr. blz. II-1739, punt 29]. Dat de kamer van beroep naar een aantal verscheidene gitaarvormen heeft verwezen, heeft dan ook geen afbreuk gedaan aan verzoeksters rechten van de verdediging.
- 23 Bovendien kon de conclusie van de kamer van beroep dat het aangevraagde teken een van de vele „puntige” gitaarvormen op de markt is, worden gestaafd met de bewijsstukken die verzoekster in haar brief van 13 augustus 2004 heeft overgelegd.

Beoordeling door het Gerecht

- 24 Vooraf zij eraan herinnerd dat overeenkomstig artikel 73, tweede volzin, van verordening nr. 40/94 de beslissingen van het BHIM slechts kunnen worden genomen op gronden waartegen de partijen verweer hebben kunnen voeren.

- 25 Overeenkomstig deze bepaling kan een kamer van beroep van het BHIM haar beslissing alleen nemen op grond van de gegevens, feitelijk of rechtens, waarover de partijen hun opmerkingen kenbaar hebben kunnen maken. Wanneer de kamer van beroep uit eigen beweging feitelijke gegevens verzamelt die haar beslissing zullen schragen, dient zij deze dus aan de partijen mee te delen zodat deze hun opmerkingen kenbaar kunnen maken (arresten KWS Saat/BHIM, punt 21 supra, punten 42 en 43, en TOP, punt 21 supra, punt 59).
- 26 Deze bepaling bevestigt in het kader van het communautaire merkenrecht het algemene beginsel van bescherming van de rechten van de verdediging [arrest Gerecht van 15 september 2005, Citicorp/BHIM (LIVE RICHLI), T-320/03, Jurispr. blz. II-3411, punt 21]. Dit algemene beginsel van gemeenschapsrecht vereist dat de adressaten van overheidsbeslissingen die aanmerkelijk in hun belangen worden getroffen, in staat worden gesteld hun standpunt behoorlijk kenbaar te maken (arrest Hof van 23 oktober 1974, Transocean Marine Paint/Commissie, 17/74, Jurispr. blz. 1063, punt 15; arresten EUROCOOL, punt 12 supra, punt 21, en LIVE RICHLI, reeds aangehaald, punt 22).
- 27 Het recht om te worden gehoord heeft betrekking op alle feitelijke en juridische gegevens op basis waarvan de beslissing wordt genomen, en niet op de beslissing die het bestuursorgaan voornemens is te nemen [arrest Gerecht van 3 december 2003, Audi/BHIM (TDI), T-16/02, Jurispr. blz. II-5167, punt 75].
- 28 In casu heeft het BHIM de internetlinks meegedeeld zonder verzoekster een uitdraai van de inhoud ervan te bezorgen, in twee brieven van 23 februari 2004 respectievelijk 13 mei 2004, waarbij het verzoekster heeft meegedeeld, in de zin van regel 11, lid 1, van verordening (EG) nr. 2868/95 van de Commissie van 13 december 1995 tot uitvoering van verordening nr. 40/94 (PB L 303, blz. 1), dat de aangevraagde vorm niet voor inschrijving in aanmerking kwam (hierna: „eerste

mededeling van de weigeringsgronden” respectievelijk „tweede mededeling van de weigeringsgronden”). Bovendien heeft de kamer van beroep, eveneens zonder verzoekster een uitdraai te bezorgen, twintig internetadressen meegedeeld waarvan één adres hetzelfde was als het adres vermeld in de tweede mededeling van de weigeringsgronden.

- 29 In de eerste mededeling van de weigeringsgronden heeft de onderzoeker geoordeeld dat de aangevraagde vorm een gangbare vorm was in de categorie instrumenten die doorgaans bekend zijn als „puntige gitaren”, en derhalve geen aanduiding van herkomst vormde. Daaraan heeft hij toegevoegd dat „[e]en korte opzoeking op internet [had] aangetoond dat een groot aantal belangrijke fabrikanten allen gitaren met een soortgelijke vorm [vervaardigden]”. In deze context noemt de onderzoeker de internetsite van verzoekster alsmede twee internetsites van andere fabrikanten. Daaruit concludeert hij dat „[o]p basis van de gevonden bewijzen moet worden aangenomen dat het merk elk onderscheidend vermogen mist”.
- 30 In de tweede mededeling van de weigeringsgronden wijst de onderzoeker erop dat „het BHIM op grond van de aan verzoekster meegedeelde resultaten van de opzoeken op internet inschrijving van het merk heeft geweigerd”. Vervolgens noemt hij links naar vijf internetsites van gitaarfabrikanten en besluit hij dat deze bewijzen „aantonen dat in de relevante sector door derden gitaarvormen worden gebruikt die zeer soortgelijk zijn aan de aangevraagde vorm”.
- 31 In zijn beslissing heeft de onderzoeker zijn standpunt inzake de rol en het belang van de bewijsstukken in de vorm van internetadressen die worden geleverd door de opzoeken op internet waarvan sprake in de mededelingen van de weigeringsgronden, bijgestuurd. Hij verklaart:

„[A]lleen op basis van verwijzingen naar internetsites [...] kan nooit bezwaar worden gemaakt. Het BHIM heeft, met inachtneming van alle feiten van de zaak, besloten

dat inschrijving van het aangevraagde merk in strijd zou zijn met artikel 7, lid 1, sub b, [van verordening nr. 40/94] en de redenen voor deze beslissing meegedeeld. Deze redenen vinden steun in een aantal internetsites die het BHIM heeft gevonden, doch zij vormen niet de enige grondslag van zijn beslissing.”

32 Het Gerecht stelt evenwel vast dat in de beslissing van de onderzoeker geen nieuwe bewijzen worden genoemd die de feitelijke grondslag van de analyse vormen en die in de plaats komen van de resultaten van de opzoeken op internet die verzoekster zijn meegedeeld in de vorm van deze internetadressen.

33 De kamer van beroep verklaart in punt 20 van de bestreden beslissing:

„[O]p de markt [wordt] er momenteel een nagenoeg onbeperkt aantal gitaarvormen aangeboden [...] Ten eerste [...] blijkt dat deze [puntige] stijl gangbaar is voor verschillende andere [vormen van] elektrische gitaren die op de markt beschikbaar zijn (doorgaans onder de naam ‚puntige gitaren’) [...] Ten tweede blijkt dat elektrische gitaren voor heavy metal en hardrock doorgaans worden verkocht in een groot aantal vormen [...] en met extravagante designdetails.” De kamer van beroep geeft vervolgens „enkele voorbeelden die te vinden zijn op de sites waarnaar de onderzoeker heeft verwezen” en somt zeven internetadressen op.

34 Volgens punt 21 van de bestreden beslissing „wordt op de internetsites waarnaar de onderzoeker heeft verwezen, een reeks gitaarmodellen getoond, met een groot aantal verschillende puntige designs [...] die min of meer soortgelijk zijn aan de aangevraagde vorm, die door verschillende gitaarfabrikanten op de markt worden gebracht”. In de bestreden beslissing worden acht internetadressen vermeld, „of slechts enkele voorbeelden die te vinden zijn op de sites wanneer de onderzoeker heeft verwezen”.

35 In punt 22 van de bestreden beslissing voegt de kamer van beroep daaraan toe dat „de reeds door de onderzoeker genoemde internetsites verschillende modellen van ‚puntige gitaren’ tonen [...] die in hoge mate soortgelijk, zelfs gelijk, zijn aan de aangevraagde vorm” en worden nogmaals vijf internetadressen vermeld.

36 Verzoeksters eerste grief inzake het recht om te worden gehoord betreft de zeven adressen van internetsites van andere gitaarfabrikanten die in de mededelingen van de weigeringsgronden zijn meegedeeld voordat de bestreden beslissing werd genomen. Verzoekster heeft bezwaar tegen het feit dat geen uitdraai van de pagina’s waartoe deze links toegang geven, beschikbaar was op het tijdstip waarop de onderzoeker en de kamer van beroep zich daarop hebben gebaseerd. Verzoeksters tweede grief inzake het recht om te worden gehoord betreft de negentien adressen die haar voor het eerst zijn meegedeeld in de bestreden beslissing; met deze grief maakt verzoekster niet alleen bezwaar tegen het feit dat geen uitdraai beschikbaar was, maar ook tegen het feit dat de kamer van beroep met deze internetpagina’s rekening heeft gehouden, hoewel het gaat om feitelijke gegevens waarover zij geen verweer heeft kunnen voeren voordat de bestreden beslissing werd genomen.

37 Aangaande verzoeksters eerste grief, die zij reeds in de procedure voor de kamer van beroep heeft aangevoerd, namelijk dat zij verschillende van de door de onderzoeker meegedeelde sites niet kon raadplegen omdat zij ontoegankelijk waren en dat, zelfs indien deze sites wel toegankelijk zouden zijn geweest, het niet zeker is dat zij die gitaarvormen zou hebben kunnen terugvinden waarop de onderzoeker zijn beslissing had gebaseerd, verklaart de kamer van beroep in punt 39 van de bestreden beslissing:

„[W]anneer wordt verwezen naar internetsites die een kort leven zijn beschoren, moet inderdaad een uitdraai voor de aanvrager [van het gemeenschapsmerk] beschikbaar zijn, indien hij daarom vraagt. In casu heeft de onderzoeker echter duidelijk verwezen naar internetsites die geen kort leven beschoren zijn, maar die worden beheerd door bekende gitaarfabrikanten.”

- 38 Het BHIM heeft ter terechtzitting echter verklaard dat de inhoud van de betrokken internetsites ondertussen was gewijzigd en dat een aantal internetpagina's waartoe de links toegang gaven, was afgeschaft. Tevens heeft het BHIM erop gewezen dat het geen uitdraaien had om aan het Gerecht over te leggen.
- 39 Bijgevolg vormen de door het BHIM in punt 39 van de bestreden beslissing aangevoerde argumenten geen antwoord op verzoeksters eerste grief inzake het recht om te worden gehoord.
- 40 Aangaande het argument van het BHIM dat verzoekster, als professionele fabrikant van de betrokken sector, de door de onderzoeker en de kamer van beroep genoemde gitaarvormen moet kennen, zij opgemerkt dat het BHIM ter terechtzitting heeft erkend dat het aanklikken van de betrokken link de enige manier was om de gitaarvormen waarnaar de onderzoeker en de kamer van beroep hadden verwezen, te kennen.
- 41 Toch is duidelijk dat deze wijze om de betrokken vorm te identificeren, niet werkzaam is wanneer de betrokken link ontoegankelijk is en niet uitsluit dat de vermelde link later een andere gitaar toont dan die welke de onderzoeker of de kamer van beroep in aanmerking heeft genomen.
- 42 Aangaande een aantal toegankelijke links waarop verschillende gitaarvormen te zien zijn, heeft het BHIM ter terechtzitting verklaard dat de specifieke vorm die de kamer van beroep in aanmerking heeft genomen, slechts kon worden geïdentificeerd door contact op te nemen met de rapporteur van de kamer van beroep.

- 43 Wat verzoeksters eerste grief inzake het recht om te worden gehoord betreft, stelt het Gerecht derhalve vast dat de vermelding zonder meer van de adressen van internetsites in de twee mededelingen van de weigeringsgronden zonder een uitdraai van de pagina's waartoe deze links toegang geven, verzoekster niet in staat heeft gesteld, de door de kamer van beroep in aanmerking genomen gitaarvormen te identificeren voordat de bestreden beslissing werd genomen.
- 44 Wat verzoeksters tweede grief betreft, zij tevens opgemerkt dat zij, voordat de bestreden beslissing werd genomen, zelfs niet theoretisch toegang kon krijgen tot de negentien links die haar pas in de bestreden beslissing voor het eerst zijn meegedeeld (zie punten 33-35 hierboven).
- 45 Bijgevolg dient te worden geconcludeerd dat de kamer van beroep bij het nemen van de bestreden beslissing rekening heeft gehouden met feitelijke gegevens die aan verzoekster niet werden meegedeeld voordat deze beslissing werd genomen.
- 46 Aldus heeft zij artikel 73, tweede volzin, van verordening nr. 40/94 geschonden.
- 47 Derhalve dient te worden onderzocht of deze schending van het recht om te worden gehoord betrekking heeft op de feitelijke gegevens waarop de bestreden beslissing is gebaseerd.
- 48 Het BHIM stelt dat de aanvraag werd afgewezen op basis van een onafhankelijke analyse van de betrokken opzoekingen op internet. Het bestaan van een groot aantal diverse gitaarvormen, waaronder „puntige gitaren”, is een bekend feit en de

conclusie dat het aangevraagde teken een van de vele op de markt beschikbare „puntige” vormen is, wordt gestaafd met de door verzoekster overgelegde bewijsstukken. Het BHIM heeft ter terechtzitting gepreciseerd dat de punten 15, 24, 25 en 29 van de bestreden beslissing, waarop de afwijzing is gefundeerd, losstaan van de internetopzoeken door de onderzoeker en de kamer van beroep.

- 49 Voornoemde punten bevatten in wezen twee stellingen: ten eerste bestaat er op de markt een grote verscheidenheid van gitaarvormen, zodat de consument een gitaarvorm niet als een aanduiding van herkomst kan waarnemen. Ten tweede verschilt de aangevraagde vorm niet op significante wijze van de andere op de markt beschikbare vormen van gitaren voor heavy metal en stelt hij de consument dus niet in staat, hem als een aanduiding van herkomst waar te nemen.
- 50 In dit verband dient te worden vastgesteld dat het BHIM alleen stelt dat de grote verscheidenheid van op de markt beschikbare gitaarvormen een bekend feit is en dat, volgens het BHIM, het feit dat de aangevraagde vorm tot de categorie van puntige gitaren behoort, blijkt uit de door verzoekster tijdens de administratieve procedure overgelegde documenten. Daarentegen voert het BHIM niet aan dat zijn stelling betreffende de overeenstemming van het aangevraagde merk met de andere op de markt beschikbare gitaarvormen, een dergelijk bekend feit vormt.
- 51 Het Gerecht is van oordeel dat de beoordeling van de overeenstemming van de aangevraagde vorm met andere bestaande vormen noodzakelijkerwijs een vergelijkend onderzoek van de aangevraagde vorm met elk ander specifiek model dat daarop lijkt, vereist. De identificatie van de andere modellen die als uitgangspunt dienen voor de beoordeling van deze overeenstemming, is derhalve een essentieel onderdeel van de analyse van de kamer van beroep. Het BHIM betwist niet dat de verwijzingen naar internetadressen in de mededelingen van de weigeringsgronden

en in de bestreden beslissing dienden ter identificatie van de specifieke modellen van de andere gitaarfabrikanten die de onderzoeker en de kamer van beroep in aanmerking hebben genomen.

- 52 Bovendien heeft de onderzoeker in de tweede mededeling van de weigeringsgronden uitdrukkelijk verklaard dat „het BHIM inschrijving van het merk heeft geweigerd op basis van de aan verzoekster meegedeelde resultaten van de internetopzoeken”.
- 53 Tevens zij opgemerkt dat de punten 24, 25 en 29 van de bestreden beslissing volgen op de punten 20 tot en met 22, waarin de diverse door de onderzoeker en de kamer van beroep in aanmerking genomen modellen worden genoemd en waarin de feitelijke conclusie die in de punten 20 tot en met 23 wordt getrokken uit het onderzoek van de op de betrokken internetsite voorgestelde modellen, wordt herhaald, namelijk dat de aangevraagde vorm overeenstemt met, en zelfs gelijk is aan, de andere vormen op de markt.
- 54 Het Gerecht is derhalve van oordeel dat de betrokken internetopzoeken de analyse van de kamer van beroep niet bevestigen, of illustreren, maar het uitgangspunt ervan vormen.
- 55 Bijgevolg stelt het Gerecht vast dat het aangevraagde merk in de conclusie van de bestreden beslissing wordt afgewezen op grond van feitelijke gegevens die aan verzoekster niet werden meegedeeld voordat deze beslissing werd genomen. In de conclusie zelf van de bestreden beslissing wordt verzoeksters recht om te worden gehoord dus geschonden.

- 56 Ten overvloede zij eraan herinnerd dat volgens artikel 73, eerste volzin, van verordening nr. 40/94 de beslissingen van het BHIM met redenen moeten worden omkleed. Deze motiveringsplicht heeft dezelfde draagwijdte als die welke is geformuleerd in artikel 253 EG [arrest Gerecht van 28 april 2004, Sunrider/BHIM — Vitakraft-Werke Wührmann en Friesland Brands (VITATASTE en METABALANCE 44), T-124/02 en T-156/02, Jurispr. blz. II-1149, punt 72].
- 57 Volgens vaste rechtspraak heeft de verplichting om individuele beslissingen te motiveren een tweeledig doel, namelijk enerzijds de betrokkenen in staat te stellen kennis te nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel teneinde hun rechten te kunnen verdedigen, en anderzijds de gemeenschapsrechter in staat te stellen zijn toezicht op de wettigheid van de beslissing uit te oefenen [arrest Hof van 14 februari 1990, Delacre e.a./Commissie, C-350/88, Jurispr. blz. I-395, punt 15; arresten Gerecht van 6 april 2000, Kuijer/Raad, T-188/98, Jurispr. blz. II-1959, punt 36, en 23 oktober 2002, Institut für Lernsysteme/BHIM — Educational Services (ELS), T-388/00, Jurispr. blz. II-4301, punt 59]. Bij de vraag of de motivering van een beslissing aan deze vereisten voldoet, moet niet alleen acht worden geslagen op de bewoordingen, maar ook op de context van de beslissing, alsook op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (arrest Hof van 29 februari 1996, Commissie/Raad, C-122/94, Jurispr. blz. I-881, punt 29, en arrest VITATASTE en METABALANCE 44, punt 56 supra, punt 73).
- 58 In casu heeft het BHIM ter terechtzitting erkend dat verschillende van de internetlinks die in de twee mededelingen van de weigeringsgronden en in de bestreden beslissing aan verzoekster zijn meegedeeld, ontoegankelijk zijn geworden, dat de inhoud ervan ondertussen is gewijzigd en dat, wanneer op bepaalde sites verschillende gitaarvormen worden getoond, alleen na navraag bij de rapporteur van de kamer van beroep kon worden vastgesteld welke vorm de kamer van beroep in aanmerking heeft genomen. Hierbij zij tevens aangetekend dat het Gerecht tijdens het onderzoek van de zaak slechts toegang kreeg tot twee van de zeven internetsites van de andere gitaarfabrikanten die in de twee mededelingen van de weigeringsgronden worden genoemd, en tot slechts acht van de negentien sites die voor het eerst in de bestreden beslissing worden genoemd.

- 59 Het Gerecht stelt vast dat de mededeling van de feitelijke gegevens waarop de kamer van beroep haar beslissing heeft gebaseerd, in de vorm van internetlinks die op het tijdstip van het onderzoek van de zaak door het Gerecht ontoegankelijk waren, of in de vorm van toegankelijke links waarvan de inhoud (mogelijk) gewijzigd is sinds het onderzoek door de onderzoeker of de kamer van beroep, geen toereikende motivering vormt in de zin van de in punt 57 hierboven aangehaalde rechtspraak, aangezien zij het Gerecht niet in staat stelt, toezicht op de geldigheid van de bestreden beslissing uit te oefenen.
- 60 Gelet op het voorgaande dient te worden geconcludeerd dat de bestreden beslissing artikel 73 van verordening nr. 40/94 schendt doordat de door dat artikel opgelegde motiveringsplicht niet wordt nagekomen en het in dat artikel bedoelde recht om te worden gehoord wordt geschonden, en doordat deze schending bovendien betrekking heeft op de voornaamste grondslag van de bestreden beslissing tot afwijzing van de merkaanvraag.
- 61 Bijgevolg dient het eerste onderdeel van het enige middel van verzoekster te worden aanvaard en moet de bestreden beslissing worden vernietigd, zonder dat verzoeksters overige argumenten behoeven te worden onderzocht.

Kosten

- 62 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien het BHIM in het ongelijk is gesteld, aangezien de bestreden beslissing wordt vernietigd, dient het overeenkomstig de vordering van verzoekster te worden verwezen in haar kosten.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **De beslissing van de tweede kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) van 7 juni 2005 (zaak R 1035/2004-2) wordt vernietigd.**

- 2) **Het BHIM zal zijn eigen kosten en die van verzoekster dragen.**

Jaeger

Tiili

Czúcz

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 7 februari 2007.

De griffier

De president van de Derde kamer

E. Coulon

M. Jaeger