

ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer)

30 april 2003 \*

In de gevoegde zaken T-324/01 en T-110/02,

**Axions SA**, gevestigd te Genève (Zwitserland),  
**Christian Belce**, wonende te Veyrier (Zwitserland),  
vertegenwoordigd door **C. Eckhartt**, advocaat,

verzoekers,

tegen

**Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM)**, vertegenwoordigd door **G. Schneider** als gemachtigde,

verweerder,

betreffende beroepen tegen twee beslissingen van de derde kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) van 26 september 2001 (zaak R 599/2001-3) en 16 januari 2002 (zaak

\* Procestaal: Duits.

R 538/2001-3) inzake de inschrijving als gemeenschapsmerk van driedimensionale vormen die respectievelijk een bruine sigaar (zaak T-324/01) en een goudstaaf (zaak T-110/02) weergeven,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: V. Tiili, kamerpresident, P. Mengozzi en M. Vilaras, rechters,

griffier: D. Christensen, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 15 januari 2003,

het navolgende

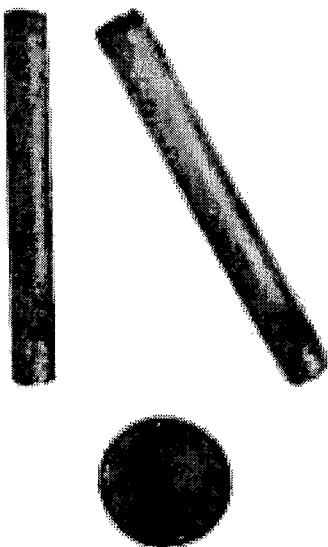
### Arrest

#### Voorgeschiedenis van het geschil

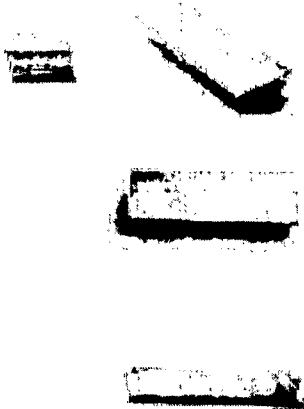
- 1 Op 20 maart 2000 en 3 december 1999 hebben verzoekers bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM)

twee gemeenschapsmerkaanvragen 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. Deze aanvragen werden respectievelijk onder nummer 1 565 589 en nummer 1 408 889 ingeschreven.

- 2 De inschrijvingsaanvragen betreffen driedimensionale vormen die een bruine sigaar (merkaanvraag nr. 1 565 589) en een goudstaaf (merkaanvraag nr. 1 408 889) weergeven. De aangevraagde driedimensionale merken worden in een bijlage bij de merkaanvragen grafisch afgebeeld als volgt:



Merkaanvraag nr. 1 565 589



Merkaanvraag nr. 1 408 889

3 De waren waarvoor de aanvragen werden ingediend, behoren tot klasse 30 (merkaanvraag nr. 1 565 589) en de klassen 16 en 30 (merkaanvraag nr. 1 408 889) 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 respectievelijk omschreven als volgt:

- „chocolade, chocoladeproducten; banketbakkers- en suikerbakkerswaren” van klasse 30;
  
- „chocolade, chocoladeproducten” van klasse 30 en „verpakking van karton in de vorm van een goudstaaf voor chocolade en chocoladeproducten” van klasse 16.

- 4 Bij beslissingen van 12 april respectievelijk 23 maart 2001 heeft de onderzoeker de merkaanvragen nr. 1 565 589 en nr. 1 408 889 afgewezen op grond van artikel 38 van verordening nr. 40/94. Zijns inziens missen de aangevraagde merken elk onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.
- 5 Op 12 juni en 22 mei 2001 hebben verzoekers krachtens artikel 59 van verordening nr. 40/94 bij het BHIM beroep ingesteld tegen bovengenoemde beslissingen van de onderzoeker van 12 april en 23 maart 2001.
- 6 Bij beslissingen van 26 september 2001 (zaak R 599/2001-3) (hierna: „bestreden beslissing in zaak T-324/01”) en 16 januari 2002 (zaak R 538/2001-3) (hierna: „bestreden beslissing in zaak T-110/02”), die verzoekers respectievelijk op 11 oktober 2001 en 7 april 2002 zijn betekend, heeft de derde kamer van beroep de beroepen verworpen. De kamer van beroep heeft in wezen geoordeeld dat inschrijving van de aangevraagde merken moest worden geweigerd op grond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94. Zij was van oordeel dat vormen die vergelijkbaar zijn met die van de aangevraagde merken overeenstemmende vormen wijdverbreid zijn op de markt van de betrokken waren en dat de aangevraagde merken zich te weinig van deze vormen onderscheiden om te kunnen aannemen dat zij zonder andere elementen, zoals woord- of beeld-elementen, het vereiste minimum aan onderscheidend vermogen hebben. De gemiddelde consument analyseert de vorm en de kleur van de betrokken waren immers niet op gedetailleerde wijze, aangezien hij daaraan eerder weinig aandacht schenkt.

## Procedure en conclusies van partijen

- 7 Bij op 11 december 2001 en 5 april 2002 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschriften, die onder nummer T-324/01 respectievelijk nummer T-110/02 zijn ingeschreven, hebben verzoekers de onderhavige beroepen ingesteld.
- 8 Het BHIM heeft zijn memories van antwoord op 5 april en 5 juli 2002 ter griffie van het Gerecht neergelegd.
- 9 Bij beschikking van 18 november 2002 heeft de president van de Vierde kamer de zaken T-324/01 en T-110/02 gevoegd voor de mondelinge behandeling en het arrest overeenkomstig artikel 50 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.
- 10 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vierde kamer) besloten de mondelinge behandeling te openen.
- 11 Partijen zijn in hun pleidooien en hun antwoorden op de mondelinge vragen van het Gerecht gehoord ter terechtzitting van 15 januari 2003.

- 12 Verzoekers concluderen dat het het Gerecht behage:
- in zaak T-324/01 de beslissing van de kamer van beroep van 26 september 2001 (zaak R 599/2001-3) te vernietigen en het BHIM te verwijzen in de kosten;
  - in zaak T-110/02 de beslissing van de kamer van beroep van 16 januari 2002 (zaak R 538/2001-3) te vernietigen en het BHIM te verwijzen in de kosten.
- 13 In de zaken T-324/01 en T-110/02 concludeert het BHIM dat het het Gerecht behage:
- de beroepen te verwerpen;
  - verzoekers te verwijzen in de kosten.

### **In rechte**

- 14 Tot staving van hun beroepen voeren verzoekers twee middelen aan: schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 en schending van het beginsel van gelijke behandeling.

*Eerste middel: schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94*

Argumenten van partijen

- 15 Onder verwijzing naar punt 44 van het arrest van het Gerecht van 19 september 2001, Henkel/BHIM (Rood-wit rechthoekig tablet) (T-335/99, Jurispr. blz. II-2581), betogen verzoekers om te beginnen dat een merk slechts een minimaal onderscheidend vermogen moet hebben om te kunnen worden ingeschreven. Voorts maakt artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 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.
- 16 Verzoekers zijn van mening dat de kamer van beroep in punt 21 van de bestreden beslissing in zaak T-110/02 ten onrechte heeft geoordeeld dat een driedimensionaal merk, om niet onder de weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 te vallen, voldoende originele en willekeurige kenmerken dient te vertonen die verschillen van de kenmerken die voortvloeien uit de aard van de waar of de verhandeling ervan en uit de gebruikelijke vorm van de waar of de verpakking ervan. Anders dan de kamer van beroep heeft geoordeeld, heeft het Gerecht geenszins op algemene wijze dergelijke criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken vastgesteld in zijn arrest van 19 september 2001, Procter & Gamble/BHIM (Wit-lichtgroen vierkant tablet) (T-117/00, Jurispr. blz. II-2723, summiere publicatie). Dat het Gerecht in punt 73 van dat arrest heeft vastgesteld dat de kamer van beroep in die zaak terecht dergelijke criteria had gehanteerd, betekent niet dat driedimensionale merken over het algemeen een bijzondere en opvallende vorm dienen te hebben in vergelijking met concurrerende waren.



- 17 Met betrekking tot de definitie van het publiek waarvoor de door de aangevraagde merken aangeduide waren zijn bestemd, erkennen verzoekers dat dit publiek bestaat uit de eindverbruikers in het algemeen. Dit rechtvaardigt volgens hen evenwel niet de conclusie van de kamer van beroep dat de eindverbruiker zijn aandacht eerder op het etiket van de waar, op de verpakking en op de aangebrachte naam of afbeelding richt dan op de „zuivere” vorm van de waar. Integendeel, bij gewone chocolade- en banketbakkerswaren kent de gemiddelde eindverbruiker ook een herkomstaanduidende betekenis toe aan de vorm van deze waren en laat hij zich bij zijn keuze leiden door de „zuivere” vorm ervan.
- 18 Wat verder het driedimensionale merk bestaande uit de vorm van een bruine sigaar (zaak T-324/01) betreft, voeren verzoekers aan dat het hierbij gaat om een zeer speciale, aparte en ongewone vorm die zich duidelijk onderscheidt van de bestaande vormen en die ook geen typische variant van de op de markt zijnde vormen is.
- 19 Dienaangaande zetten zij uiteen dat het aangevraagde merk bestaat uit de driedimensionale weergave van een ronde en cilindrische vorm die, in zijn geheel beschouwd, door de bruine kleur ervan sterk lijkt op de vorm van een sigaar. Een dergelijke vorm is onbekend op de relevante markt. De door de kamer van beroep genoemde voorbeelden van chocolade- en banketbakkerswaren verschillen fundamenteel van de door het aangevraagde merk aangeduide waren, aangezien zij slechts grofweg lijken op de vorm van een sigaar en het relevante publiek zich daarvan bewust is. Dit is volgens verzoekers het geval voor de waren die worden aangeduid door de merken 25 Nefles (van de onderneming Rifacli), Cigarettes russes (van de onderneming Delacre), Waffeletten en Picadilly (van de onderneming Bahlsen) en Finger (van de onderneming Cadbury).
- 20 Wat ten slotte het driedimensionale merk bestaande uit de vorm van een goudstaaf (T-110/02) betreft, zijn verzoekers van mening dat deze vorm in de ogen van het relevante publiek voor chocoladewaren totaal ongebruikelijk en

origineel is. Deze concrete vorm van een omgekeerde goudstaaf bestaat immers niet op de relevante markt en heeft dus het vereiste minimum aan onderscheidend vermogen.

- 21 Meer in het bijzonder stellen verzoekers dat het aangevraagde merk naar grootte bijna een natuurgetrouwe weergave van een echte — zij het omgekeerde — goudstaaf is. De betrokken vorm onderscheidt zich wezenlijk van de andere op de markt voor chocolade en chocoladewaren aangeboden staafvormen. Volgens verzoekers wordt alleen bescherming gevraagd voor deze vorm van een omgekeerde goudstaaf, die zich duidelijk en bewust onderscheidt van de klassieke „blok”-vorm. Ook de afmetingen van de betrokken vorm (25 cm bij 8 cm) wijken af van de gebruikelijke voorstellingswijze van de op de markt zijnde chocoladewaren.
- 22 Anders dan de kamer van beroep zijn verzoekers van mening dat dit onderscheidend element niet alleen door een nauwkeurige en analytische beschouwing kan worden gevat. Dergelijke chocoladewaren en verpakkingen worden niet voor minder dan 8 of 9 euro aan de eindverbruiker verkocht. Bijgevolg besteedt het relevante publiek volgens verzoekers aanzienlijk meer aandacht aan de betrokken vorm dan aan die van chocolade- en banketbakkerswaren die tegen lagere prijzen worden aangeboden.
- 23 Het BHIM verklaart dat de criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van een driedimensionaal merk bestaande uit de vorm van de waar, niet verschillen van de voor andere types merken te hanteren criteria. De vorm van een waar maakt het publiek evenwel niet op dezelfde wijze attent op de herkomst ervan als woord- of beeldelementen die op de waar of de verpakking ervan zijn aangebracht. Bij gangbare consumptiegoederen legt het publiek immers gewoonlijk geen verband tussen de vorm van de waar en de herkomst ervan. Opdat de vorm van de waar als een herkomstaanduiding wordt opgevat, is dus vereist dat deze vorm bijzondere kenmerken vertoont die de aandacht van het

publiek kunnen trekken. Onder verwijzing naar punt 37 van het arrest van het Gerecht van 7 februari 2002, *Mag Instrument/BHIM (Vorm van zaklampen)* (T-88/00, Jurispr. blz. II-467), betoogt het BHIM dat dit niet het geval is wanneer het publiek vertrouwd is met dergelijke vormen met een grote verscheidenheid in het design.

- 24 Met betrekking tot de driedimensionale vorm die een bruine sigaar weergeeft, voert het BHIM aan dat de kamer van beroep geen enkele beoordelingsfout heeft gemaakt waar zij heeft overwogen dat vormen naar het voorbeeld van die van sigaren of sigaretten wijdverbreid zijn op de markt van de betrokken waren en dat het aangevraagde merk zich te weinig onderscheidt van andere op de markt aanwezige vormen om te kunnen aannemen dat het zonder andere elementen, zoals woord- of beeldelementen, het vereiste minimum aan onderscheidend vermogen heeft. De gemiddelde consument analyseert de betrokken waren immers niet op gedetailleerde wijze, aangezien hij daaraan eerder weinig aandacht schenkt.
- 25 Met betrekking tot de driedimensionale vorm die een goudstaaf weergeeft, stelt het BHIM om te beginnen dat de gemiddelde consument eerder weinig aandacht schenkt aan de vorm van de betrokken waren. Omstandigheden als de prijs van de betrokken waar, waarover de merkaanvraag geen informatie bevat en die geen deel uitmaken van de inschrijving, kunnen volgens het BHIM niet in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een merk.
- 26 Verder betoogt het BHIM dat de kamer van beroep geen enkele beoordelingsfout heeft gemaakt waar zij heeft overwogen dat verpakkingen in de vorm van een goudstaaf wijdverbreid zijn op de markt van de betrokken waren en dat het aangevraagde merk zich te weinig onderscheidt van andere op de markt aanwezige vormen om te kunnen aannemen dat het zonder andere elementen, zoals woord- of beeldelementen, het vereiste minimum aan onderscheidend vermogen heeft.

27 Ten slotte wordt volgens het BHIM aan deze analyse niet afgedaan door het betoog van verzoekers dat het aangevraagde merk bestaat uit de vorm van een omgekeerde goudstaaf. Uit de in de merkaanvraag opgenomen grafische afbeelding van het merk kan niet worden opgemaakt of de onder dit merk verhandelde waren in een bepaalde opstelling aan de consumenten worden aangeboden.

### Beoordeling door het Gerecht

28 Volgens artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 wordt de inschrijving geweigerd van „merken die elk onderscheidend vermogen missen”.

29 Er zij in de eerste plaats aan herinnerd dat volgens de rechtspraak artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 inzonderheid ziet op merken die vanuit het oogpunt van het relevante publiek gewoonlijk in de handel worden gebruikt voor de voorstelling van de betrokken waren of diensten, of waarvoor er op zijn minst concrete aanwijzingen bestaan waaruit kan worden opgemaakt dat de merken op deze wijze kunnen worden gebruikt [arrest Gerecht van 20 november 2002, Bosch/BHIM (Kit Pro en Kit Super Pro), T-79/01 en T-86/01, Jurispr. blz. II-4881, punt 19]. Voorts zijn onder deze bepaling vallende tekens ongeschikt voor het vervullen van de wezenlijke functie van het merk, te weten de herkomst van de waar of dienst aan te geven, zodat de consument die de door dit merk aangeduide waar heeft verkregen of aan wie de door dit merk aangeduide dienst is verleend, bij een latere aankoop of opdracht, indien de ervaring positief was, die keuze kan herhalen of, in geval van een negatieve ervaring, een andere keuze kan maken [arrest Gerecht van 27 februari 2002, Rewe-Zentral/BHIM (LITE), T-79/00, Jurispr. blz. II-705, punt 26, en arrest Kit Pro en Kit Super Pro, reeds aangehaald, punt 19].

- 30 Het onderscheidend vermogen van een merk kan dus slechts worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving wordt aangevraagd, en uitgaande van de wijze waarop het relevante publiek het merk opvat (arresten LITE, reeds aangehaald, punt 27, en Kit Pro en Kit Super Pro, reeds aangehaald, punt 20).
- 31 In casu heeft de kamer van beroep vastgesteld dat het relevante publiek voor de waren van de categorieën „chocolade, chocoladeproducten” en „banketbakkers- en suikerbakkerswaren” (klasse 30) bestaat uit de eindverbruikers in het algemeen (punten 23 en 24 van de bestreden beslissing in zaak T-324/01 en punten 24 en 25 van de bestreden beslissing in zaak T-110/02). Verzoekers betwisten dit niet. Gelet op het feit dat deze waren gangbare consumptiegoederen zijn, dient te worden geoordeeld dat deze analyse juist is. Bovendien moet dit publiek worden geacht, normaal geïnformeerd en redelijk omzichtig en oplettend te zijn [arrest Hof van 22 juni 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Jurispr. blz. I-3819, punt 26, en arrest Gerecht van 7 juni 2001, DKV/BHIM (EuroHealth), T-359/99, Jurispr. blz. II-1645, punt 27]. Met betrekking tot de waren van de categorie „verpakking van karton in de vorm van een goudstaaf voor chocolade en chocoladeproducten” (klasse 16) heeft de kamer van beroep geoordeeld dat het relevante publiek bestaat uit chocoladefabrikanten alsook uit kleine en middelgrote ondernemingen in de sector van banketbakkerijen en bakkerijen (punten 35 en 36 van de bestreden beslissing in zaak T-110/02). Dit verschil is evenwel niet van invloed op de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk in zaak T-110/02. Ook al zijn het in beginsel de door de kamer van beroep geïdentificeerde personen — en niet de eindverbruikers in het algemeen — die deze waren kopen, deze aankoop gebeurt niettemin met het oog op de latere verkoop van verpakte waren aan de eindverbruikers.
- 32 In de tweede plaats zij vastgesteld dat artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 geen onderscheid maakt tussen de verschillende categorieën merken. Derhalve gelden er bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken bestaande uit de vorm van de waar zelf, zoals de in casu aangevraagde merken, geen strengere criteria dan voor andere categorieën merken (arrest Vorm van zaklampen, reeds aangehaald, punt 32).

- 33 Wat om te beginnen het driedimensionale merk in de vorm van een bruine sigaar (T-324/01) betreft, heeft de kamer van beroep vastgesteld dat vormen naar het voorbeeld van die van sigaren of sigaretten wijdverbreid zijn op de markt van de betrokken waren (punt 27 van de bestreden beslissing in zaak T-324/01). Zoals het BHIM in zijn memorie van antwoord rechtens afdoende heeft aangetoond, zijn er immers naast de in de bestreden beslissing genoemde chocoladewaren in de vorm van een sigaar nog andere waren met soortgelijke vormen op de markt, zoals de chocoladesigaren die worden gemaakt door de ondernemingen Godiva, Niederegger en Hauser, en waarvan sommige sterk lijken op een echte sigaar.
- 34 Voorts heeft de kamer van beroep in de punten 29 en 30 van de bestreden beslissing in zaak T-324/01 terecht opgemerkt dat de vorm en de kleur die het aangevraagde merk vormen, zich te weinig onderscheiden van de vorm en de kleur van andere op de markt aanwezige chocolade- en banketbakkerswaren om te kunnen aannemen dat dit merk zonder andere elementen, zoals woord- of beeldelementen, het vereiste minimum aan onderscheidend vermogen heeft.
- 35 Aan deze overwegingen wordt niet afgedaan door het argument van verzoekers dat er aanzienlijke verschillen bestaan tussen enerzijds de vorm en de kleur die het aangevraagde merk vormen (ronde en cilindrische vorm die door de bruine kleur ervan lijkt op de vorm van een sigaar), en anderzijds de vorm en de kleur van de andere in de bestreden beslissing in zaak T-324/01 genoemde chocolade- en banketbakkerswaren. Dienaangaande zij opgemerkt dat, zoals het BHIM terecht heeft uiteengezet, de gemiddelde consument de vorm en de kleur van de betrokken waren niet op gedetailleerde wijze analyseert en daaraan eerder weinig aandacht schenkt. De verschillen in vorm en kleur die verzoekers in casu aanvoeren, doen dus niet af aan de conclusie dat het aangevraagde merk zich niet wezenlijk onderscheidt van een van de basisvormen van de betrokken waren die gewoonlijk in de handel wordt gebruikt.
- 36 Wat vervolgens het driedimensionale merk in de vorm van een goudstaaf (T-110/02) betreft, heeft de BHIM eveneens terecht opgemerkt dat de gemiddelde

consument eerder weinig aandacht schenkt aan de vorm en de kleur van de betrokken waren. Het argument van verzoekers, dat de consumenten aandachtiger zijn door de hoge verkoopprijs van deze waren, kan niet worden aanvaard. Zoals uit de rechtspraak van het Gerecht blijkt, is het bij de beoordeling van de inschrijvingsvatbaarheid van een teken voor een bepaalde categorie waren en/of diensten niet van belang of de aanvrager van het betrokken merk een bepaalde verkoopformule overweegt of toepast. Het bestaan van een verkoopformule is immers een factor die losstaat van het aan het gemeenschapsmerk verbonden recht. Bovendien kan een verkoopformule, die uitsluitend een zaak van de betrokken onderneming is, worden gewijzigd na de inschrijving van het gemeenschapsmerk en mag zij de beoordeling van de inschrijvingsvatbaarheid van het teken dan ook op geen enkele wijze beïnvloeden [arrest Gerecht van 20 maart 2002, DaimlerChrysler/BHIM (TELE AID), T-355/00, Jurispr. blz. II-1939, punt 42]. Derhalve stelt het BHIM op goede gronden dat omstandigheden als de prijs van de betrokken waar, die geen deel uitmaken van de inschrijving, niet in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het merk.

37 De kamer van beroep heeft in de punten 28 tot en met 31 van de bestreden beslissing in zaak T-110/02 rechtens afdoende aangetoond dat verpakkingen in de vorm van een goudstaaf wijdverbreid zijn op de markt van de betrokken waren. Zoals het BHIM in zijn memorie van antwoord uiteenzet, verhandelen immers ook andere ondernemingen dan de in de bestreden beslissing vermelde, bijvoorbeeld de ondernemingen Feodora, Lebkuchen-Schmidt en Café Tasse, concurrerende waren in soortgelijke vormen en kleuren.

38 Verder heeft de kamer van beroep in de punten 32 en 33 van de bestreden beslissing in zaak T-110/02 ook terecht opgemerkt dat de vorm en de kleur die het aangevraagde merk vormen, zich te weinig onderscheiden van de vorm en de kleur van andere op de markt aanwezige waren om te kunnen aannemen dat dit merk zonder andere elementen, zoals woord- of beeldelementen, het vereiste minimum aan onderscheidend vermogen heeft.

- 39 Aan deze analyse wordt niet afgedaan door het betoog van verzoekers dat het aangevraagde merk bestaat uit een omgekeerde goudstaaf van 25 cm bij 8 cm.
- 40 Zoals het BHIM in zijn memorie van antwoord heeft opgemerkt, dient bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een driedimensionaal merk slechts rekening te worden gehouden met een specifieke opstelling van de waar, waarvan de vorm het merk uitmaakt, wanneer deze waar gewoonlijk in een dergelijke opstelling wordt aangeboden, zoals bijvoorbeeld bij flessen het geval is. In casu is het evenwel niet gebruikelijk dat chocoladerepen in een specifieke opstelling worden aangeboden. Dat op de door verzoekers verhandelde waren met de betrokken vorm een beeldelement is aangebracht op het breedste oppervlak van de verpakking, is geen afdoende bewijs van een specifieke opstelling van deze waren. Het desbetreffende beeldelement maakt deel uit van een bepaalde door de merkaanvrager gehanteerde verkoopformule die kan worden gewijzigd en waarvan het bestaan, zoals uiteengezet in punt 36 supra, niet van belang is bij de beoordeling van de inschrijvingsvatbaarheid van een teken als merk.
- 41 Wat verder de afmetingen van de betrokken vorm betreft, zij opgemerkt dat de afmetingen op zich niet doorslaggevend kunnen zijn bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van deze vorm. Het gaat hierbij immers om een aspect van de betrokken waren dat verband houdt met de hoeveelheid chocolade in de verpakking. Bijgevolg kan niet worden aangenomen dat het relevante publiek de vorm van een goudstaaf, zelfs bij inaanmerkingneming van de door verzoekers aangehaalde afmetingen, opvat als een aanduiding van de commerciële herkomst van de betrokken waren.
- 42 Ten slotte hebben verzoekers door aankruising van het daartoe bestemde vakje op het aanvraagformulier voor een gemeenschapsmerk opgegeven dat het aangevraagde merk een driedimensionaal merk is. De vermelding „weergave van een omgekeerde piramidepunt met een rechthoekig grondvlak met een afmeting van ca. 25 cm x 8 cm met telkens afgeschuinde zijvlakken” staat evenwel onder de rubriek „Beschrijving van ander soort merk” van het



aanvraagformulier. Welnu, uit de opbouw van dit formulier en uit het onderdeel „Afbeelding van het merk” van de door het BHIM uitgevaardigde „Informatie betreffende het aanvraagformulier” blijkt dat onder „overige merken” dient te worden verstaan: de merken die niet behoren tot de expliciet vermelde categorieën, waaronder het driedimensionale merk. Driedimensionale merken worden dus beschouwd als een soort merk dat niet onder de categorie „overige merken” valt.

- 43 Bij inschrijving van het aangevraagde merk zouden de vermeldingen betreffende de opstelling en de afmetingen van de betrokken vorm dus geen deel uitmaken van de inschrijving, maar slechts een onderdeel van een verkoopformule zijn.
- 44 Bijgevolg dient te worden aangenomen dat de aangevraagde merken zich niet wezenlijk onderscheiden van bepaalde basisvormen van de betrokken waren die gewoonlijk in de handel worden gebruikt, maar eerder een variant van deze vormen lijken te zijn. Deze omstandigheid is een concrete aanwijzing in de zin van de in punt 29 supra aangehaalde rechtspraak, waaruit kan worden geconcludeerd dat de merken gewoonlijk in de handel kunnen worden gebruikt voor de voorstelling van de in de merkaanvragen bedoelde waren.
- 45 De aangevraagde merken, zoals opgevat door een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument, kunnen de betrokken waren dus niet individualiseren en onderscheiden van die met een andere commerciële herkomst. Derhalve missen zij elk onderscheidend vermogen voor deze waren.
- 46 Bijgevolg moet het middel betreffende schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 worden afgewezen.

*Tweede middel: schending van het beginsel van gelijke behandeling*

Argumenten van partijen

- 47 Verzoekers betogen dat de kamer van beroep het beginsel van gelijke behandeling heeft geschonden door de inschrijving van de aangevraagde merken te weigeren.
- 48 In dit verband verwijzen zij naar de beslissingen van de kamers van beroep waarbij de inschrijvingsvatbaarheid van de volgende driedimensionale merken werd aanvaard: merk in de vorm van een ceintuurgesp, met name voor de categorieën waren „leder en kunstleder en hieruit vervaardigde producten” (zaak R 272/1999-3); merk in de vorm van een logo dat een wafel weergeeft, in het bijzonder voor de categorieën waren „banketbakkers- en suikerbakkerswaren” (zaak R 565/1999-1); merk in de vorm van een snack die een bloem weergeeft, voor de categorieën waren „aardappelproducten, al dan niet voorzien van smaakstoffen, en snacks” (zaak R 467/1999-3); merk in de vorm van de driedimensionale weergave van een straalregelaar voor de categorie waren „straalregelaars” (zaak R 104/1999-3), en merk in de vorm van een pillenautomaat voor de categorie waren „antidiabetische preparaten” (zaak R 275/2000-1).
- 49 Volgens verzoekers zijn deze merken niet origineler of fantasievoller dan de aangevraagde merken.
- 50 Het BHIM antwoordt daarop, onder verwijzing naar punt 66 van het arrest van het Gerecht van 27 februari 2002, Streamserve/BHIM (STREAMSERVE) (T-106/00, Jurispr. blz. II-723), dat dit argument niet ter zake dienend is aangezien de wettigheid van de beslissingen van de kamers van beroep alleen aan

verordening nr. 40/94, zoals uitgelegd door de gemeenschapsrechter, moet worden getoetst en niet aan een eerdere, mogelijkterwijs onrechtmatige beslissingspraktijk van die kamers. Voorts merkt het BHIM op dat de merken waarop de door verzoekers aangehaalde beslissingen van de kamers van beroep betrekking hebben, niet te vergelijken zijn met de aangevraagde merken.

### Beoordeling door het Gerecht

- 51 Blijkens de rechtspraak berusten de beslissingen die de kamers van beroep krachtens verordening nr. 40/94 nemen betreffende de inschrijving van een teken als gemeenschapsmerk, op een gebonden en niet op een discretionaire bevoegdheid. Of een teken als gemeenschapsmerk kan worden ingeschreven, moet derhalve alleen op basis van deze verordening, zoals uitgelegd door de gemeenschapsrechter, worden beoordeeld en niet op basis van een eerdere praktijk van de kamers van beroep (zie in die zin arresten STREAMSERVE, reeds aangehaald, punt 66, en Kit Pro en Kit Super Pro, reeds aangehaald, punt 32). Derhalve faalt het tweede middel.
- 52 In elk geval zij opgemerkt dat feitelijke of juridische overwegingen uit een eerdere beslissing weliswaar kunnen worden aangevoerd tot staving van een middel betreffende schending van een bepaling van verordening nr. 40/94 (zie in die zin arresten STREAMSERVE, reeds aangehaald, punt 69, en Kit Pro en Kit Super Pro, reeds aangehaald, punt 33), doch dat verzoekers in casu niet hebben gesteld dat de door hen aangehaalde eerdere beslissingen van de kamers van beroep overwegingen bevatten die de hierboven gegeven beoordeling van het middel betreffende schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 kunnen aantasten.
- 53 Uit het voorgaande volgt dat de beroepen in hun geheel moeten worden verworpen.

## Kosten

- 54 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien verzoekers in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij overeenkomstig de vordering van het BHIM in de kosten van laatstgenoemde te worden verwezen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

rechtdoende:

- 1) Verwerpt de beroepen.
  
- 2) Verwijst verzoekers in de kosten.

Tiili

Mengozzi

Vilaras

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 30 april 2003.

De griffier

De president van de Vierde kamer

H. Jung

V. Tiili

