

ARREST VAN HET GERECHT (Derde kamer)

31 mei 2006 *

In zaak T-15/05,

Wim De Waele, wonende te Brugge (België), vertegenwoordigd door P. Maeyaert, S. Granata en R. Vermeire, advocaten,

verzoeker,

tegen

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

verweerder,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de eerste kamer van beroep van het BHIM van 16 november 2004 (zaak R 820/2004-1) met betrekking tot de inschrijving van een driedimensionaal merk in de vorm van een worst als gemeenschapsmerk,

* Procestaal: Nederlands.

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer),

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

gezien het op 18 januari 2005 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 29 april 2005 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van
antwoord,

na de terechtzitting op 30 november 2005,

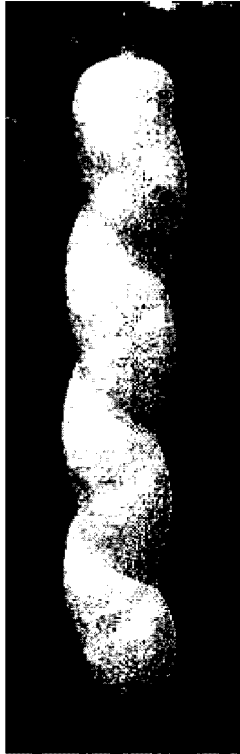
het navolgende

Arrest

De voorgeschiedenis van het geding

- ¹ Op 13 februari 2003 heeft verzoeker bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) een gemeenschapsmerk-aanvraag 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.

- 2 De inschrijvingsaanvraag betreft de hieronder afgebeelde driedimensionale vorm:



- 3 De waren waarvoor de aanvraag werd ingediend, behoren tot de klassen 18, 29 en 30 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:

— klasse 18: „Darmen voor charcuterie”;

— klasse 29: „Vlees, vis, gevogelte en wild; charcuterie, geconserveerde, gedroogde en gekookte vruchten en groenten; geconserveerd vlees, vis, gevogelte en wild; melkproducten met inbegrip van kazen, mousses, dessertcrèmes en geleien”;

— klasse 30: „Suikerbakkerswaren; chocoladewaren; kruidensausen; mosterd; mayonaise”.

4 Bij beslissing van 15 juli 2004 heeft de onderzoeker de aanvraag ten dele afgewezen op grond dat het aangevraagde merk elk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 voor darmen voor charcuterie, vlees, gevogelte en wild, charcuterie, melkproducten met inbegrip van kazen, suikerbakkerswaren en chocoladewaren.

5 Op 14 september 2004 heeft verzoeker krachtens de artikelen 57 tot en met 62 van verordening nr. 40/94 bij het BHIM beroep ingesteld tegen de beslissing van de onderzoeker.

6 Bij beslissing van 16 november 2004 (hierna: „bestreden beslissing”) heeft de eerste kamer van beroep van het BHIM de beslissing van de onderzoeker ten dele herzien door te oordelen dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen heeft voor melkproducten, met inbegrip van kazen. Met betrekking tot de andere geclaimde waren was de kamer van beroep van oordeel dat het feit dat het getorste aspect van de aangevraagde vorm wat meer is geaccentueerd dan dat van de in de handel gebruikelijke vormen, niet volstond om de aangevraagde vorm een voldoende specifiek aspect te verlenen waardoor de consument deze op ondubbelzinnige wijze zal opvatten als een aanduiding van de herkomst van de betrokken waren.

De procedure en de conclusies van de partijen

- 7 Verzoeker concludeert dat het het Gerecht behage:
- de bestreden beslissing te herzien en ten dele te vernietigen, namelijk voorzover zij betrekking heeft op de waren „darmen voor charcuterie” van klasse 18, ten minste voorzover zij betrekking heeft op de waren „darmen voor charcuterie bestemd voor professionele afnemers”;
 - het BHIM te verwijzen in de kosten.
- 8 Het BHIM concludeert dat het het Gerecht behage:
- het beroep te verwerpen;
 - verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

De argumenten van de partijen

- 9 Verzoeker voert één middel aan, te weten schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

- 10 Wat het relevante publiek betreft, voert verzoeker aan dat dit publiek bestaat uit professionelen, en bekritiseert hij het feit dat de kamer van beroep heeft geoordeeld dat, hoewel het relevante publiek bestaat uit professionelen, dit geen invloed heeft op de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk. In dit verband herinnert verzoeker eraan dat volgens de rechtspraak van het Gerecht ervan moet worden uitgegaan dat professionelen over een hoger kennis- en aandachtsniveau beschikken dan het publiek in het algemeen [arresten Gerecht van 9 oktober 2002, KWS Saat/BHIM (Tint oranje), T-173/00, Jurispr. blz. II-3843, en 26 november 2003, HERON Robotunits/BHIM (ROBOTUNITS), T-222/02, Jurispr. blz. II-4995].
- 11 Wat het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk betreft, is verzoeker van mening dat de door hem gebruikte vorm van darmen voor charcuterie uniek is, en dat deze vorm bijgevolg de mogelijkheid biedt om zijn waren te onderscheiden van alle andere op de markt aanwezige waren en deze te identificeren. Aldus is deze vorm geschikt voor het vervullen van de wezenlijke functie van het merk, te weten de herkomst van de waar of de dienst aan te geven, zodat de consument die de door dit merk aangeduide waar of dienst heeft verkregen of aangekocht, indien de ervaring positief was, de keuze kan herhalen of, in geval van een negatieve ervaring, een andere keuze kan maken.
- 12 Tevens voert hij aan dat het in casu relevante publiek, dat uit de fabrikanten van worsten bestaat, wordt geconfronteerd met een technische noodzaak van verpakking, zodat het veel aandacht schenkt en belang hecht aan een originele verpakking van de waren.
- 13 Subsidiair stelt verzoeker dat de geclaimde vorm onderscheidend vermogen heeft, zelfs indien wordt aangenomen dat het doelpubliek ook de gemiddelde consument omvat. Volgens verzoeker blijkt uit de rechtspraak dat de gemiddelde consument

kennelijk in staat is om de vorm van de verpakking van bepaalde waren als een aanduiding van de commerciële herkomst ervan op te vatten, mits die vorm voldoende kenmerkend is om zijn aandacht te trekken [arresten Gerecht van 3 december 2003, Nestlé Waters France/BHIM (Vorm van fles), T-305/02, Jurispr. blz. II-5207, punt 34, en 24 november 2004, Henkel/BHIM (Vorm van witte doorzichtige flacon), T-393/02, Jurispr. blz. II-4115, punt 34]. Dienaangaande verwijst hij naar een opvatting in de rechtsleer, volgens welke labels of etiketten geen dominante of beslissende rol spelen voor de consument, aangezien deze gevoeliger is voor de vorm van de waren.

- 14 Verzoeker is van mening dat in casu de geclaimde vorm voldoende kenmerkend is, aangezien hij tot op heden nog niet bestaat op de wereldmarkt en 99 % van de worsten worden verkocht in de vorm van rechte cilinders of in ringvorm. Aangezien de betrokken vorm op significante wijze afwijkt van wat in de sector van charcuterieverpakking gangbaar is, zal de normaal geïnformeerde, redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument zonder analytisch onderzoek en zonder bijzondere oplettendheid de geclaimde vorm onderscheiden van de tot op heden bestaande vormen (arrest Hof van 7 oktober 2004, Mag Instrument/BHIM, C-136/02 P, Jurispr. blz. I-9165, punten 31 en 32).
- 15 Verder betoogt verzoeker dat reeds werd geoordeeld dat de beoordeling van het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken bestaande uit de vorm van de waar zelf, niet verschilt van die welke voor andere categorieën merken geldt, en dat een gemeenschapsmerk niet noodzakelijkerwijs het resultaat van een creatieve daad is en ook niet berust op een element van originaliteit of verbeelding, maar op de geschiktheid om waren of diensten op de markt te onderscheiden van soortgelijke waren of diensten die door concurrenten worden aangeboden [arresten Gerecht van 31 januari 2001, Taurus-Film/BHIM (Cine Action), T-135/99, Jurispr. blz. II-379, punt 31, en 27 februari 2002, Rewe-Zentral/BHIM (LITE), T-79/00, Jurispr. blz. II-705, en arrest Vorm van fles, reeds aangehaald, punt 40].

- 16 Ten slotte voert hij aan dat het BHIM alsmede het Benelux Merkenbureau bepaalde driedimensionale merken in de voedingssector hebben aanvaard.
- 17 Het BHIM betoogt dat het feit dat het relevante publiek uit charcuterieproducenten bestaat, in het onderhavige geval geen invloed heeft op de beoordeling van het onderscheidend vermogen van de betrokken vorm als merk voor darmen voor charcuterie, aangezien de darmen die deze producenten aanschaffen om hun producten te verpakken, altijd worden aangeschaft met het oog op de eindverbruiker. Bijgevolg is het BHIM van mening dat ook rekening moet worden gehouden met de eindverbruikers van charcuterie [arrest Gerecht van 30 april 2003, *Axions en Belce/BHIM* (Vorm van bruine sigaar en vorm van goudstaaf), T-324/01 en T-110/02, *Jurispr.* blz. II-1897, punt 31].
- 18 Wat het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk betreft, is het BHIM van mening dat de geclaimde vorm slechts een variant van de gebruikelijke vormen van de betrokken waar is, en grote gelijkenis vertoont met de meest waarschijnlijke vorm van de betrokken waar, zodat hij het de normaal geïnformeerde, gemiddelde consument van charcuterie niet mogelijk maakt, in verzoekers vorm verpakte charcuterie zonder analytisch onderzoek en zonder bijzondere oplettendheid te onderscheiden van charcuterie van andere ondernemingen (arrest *Mag Instrument/BHIM*, reeds aangehaald, punt 32).
- 19 Wat ten slotte zijn vroegere beslissingen en die van het Benelux Merkenbureau betreft, herinnert het BHIM eraan dat volgens de rechtspraak de vraag of een teken als gemeenschapsmerk kan worden ingeschreven, alleen op basis van verordening nr. 40/94, zoals uitgelegd door de gemeenschapsrechter, moet worden beoordeeld en niet op basis van een vroegere praktijk van de kamers van beroep of van de nationale autoriteiten.

Beoordeling door het Gerecht

- 20 Overeenkomstig artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 wordt inschrijving geweigerd van „merken die elk onderscheidend vermogen missen”. Volgens de rechtspraak van het Gerecht moet het onderscheidend vermogen van een merk worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving wordt aangevraagd, en uitgaande van de perceptie van het merk door het relevante publiek [arrest Vorm van fles, reeds aangehaald, punt 29, en arrest Gerecht van 29 april 2004, Eurocermex/BHIM (Vorm van bierfles), T-399/02, Jurispr. blz. II-1391, punt 19].
- 21 Aangaande in de eerste plaats de waren waarvoor de inschrijving is aangevraagd, zij gepreciseerd dat, hoewel de kamer van beroep heeft geweigerd het aangevraagde merk in te schrijven voor een aantal van de geclaimde waren, verzoeker slechts om vernietiging van de bestreden beslissing verzoekt voorzover daarbij de inschrijving van het merk wordt geweigerd voor darmen voor charcuterie van klasse 18 of, ten minste, voor darmen voor charcuterie bestemd voor professionele afnemers.
- 22 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat een vordering tot vernietiging die alleen ziet op sommige waren waarvoor inschrijving is geweigerd door de kamer van beroep, slechts een vordering tot gedeeltelijke vernietiging van de bestreden beslissing is en als zodanig dus niet in strijd is met het uit artikel 135, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht voortvloeiende verbod om voor het Gerecht een wijziging te brengen in het voorwerp van het geschil zoals dat voor de kamer van beroep was gebracht. Met deze vordering vraagt verzoeker het Gerecht immers niet, uitspraak te doen op punten die verschillen van die welke voor de kamer van beroep aan de orde zijn gesteld [zie in die zin arresten Gerecht van 5 maart 2003, Unilever/BHIM (Ovaal tablet), T-194/01, Jurispr. blz. II-383, punten 14-16, en 24 november 2005, GfK/BHIM — BUS (Online Bus), T-135/04, Jurispr. blz. II-4865, punten 12 en 13].

- 23 Aangaande de subsidiaire vordering tot vernietiging van de bestreden beslissing voorzover daarbij inschrijving van het merk wordt geweigerd voor darmen voor charcuterie bestemd voor professionele afnemers, is het Gerecht van oordeel dat geen onderscheid behoeft te worden gemaakt tussen darmen zonder meer en „darmen voor charcuterie bestemd voor professionele afnemers”. Aangezien lege darmen voor charcuterie als zodanig geen levensmiddelen voor courant gebruik zijn, is de afnemer, of het nu gaat om een professionele charcuterieproducent dan wel om een particuliere persoon, noodzakelijkerwijs in zekere mate vertrouwd met de sector.
- 24 Wat in de tweede plaats het relevante publiek betreft, heeft de kamer van beroep geoordeeld dat „gelet op de aard van de waren, het relevante publiek zowel uit eindverbruikers in het algemeen als uit professionelen uit de charcuteriesector bestaat”, aangezien „darmen voor charcuterie worden gebruikt door professionele — ambachtelijke dan wel industriële — producenten om charcuterie zoals worst en saucijsjes te maken, doch de overige [in de inschrijvingsaanvraag opgegeven] waren levensmiddelen zijn die in de gehele Gemeenschap voor algemeen dagelijks verbruik worden aangeschaft”. De onderzoeker, wiens redenering de kamer van beroep uitdrukkelijk heeft gevolgd, had de inaanmerkingneming van de perceptie door de eindverbruikers bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het merk wat darmen voor charcuterie betreft, gerechtvaardigd door de overweging dat „ook al worden deze waren in beginsel door omzichtige afnemers en niet door de eindverbruikers in het algemeen gekocht, zij niettemin worden aangekocht met het oog op latere verkoop, na bewerking, aan de eindverbruikers”.
- 25 Verzoeker verwijt de kamer van beroep dat zij het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk heeft beoordeeld uitgaande van de perceptie door de eindverbruiker, doch tegelijk heeft erkend dat darmen voor charcuterie worden aangeschaft door professionele afnemers.

- 26 In dit verband zij eraan herinnerd dat met betrekking tot verpakkingswaren is geoordeeld dat, ook al zijn het in beginsel professionelen en niet eindverbruikers in het algemeen die deze waren kopen, deze aankoop niettemin gebeurt met het oog op de latere verkoop van verpakte waren aan de eindverbruikers, en dat de perceptie door laatstgenoemden bijgevolg ook in aanmerking moet worden genomen (zie in die zin arrest Vorm van bruine sigaar en vorm van goudstaaf, reeds aangehaald, punt 31).
- 27 Aan deze analyse wordt niet afgedaan door verzoekers argument dat hij uitsluitend aan charcuterieproducenten darmen verkoopt. De te verpakken eindproducten nemen immers de vorm van de verpakking aan, zodat een driedimensionaal merk dat de verpakkingsvorm beschermt, zonder onderscheid kan worden gebruikt als verpakkingsmerk of als merk van de eindproducten. Wanneer de verpakkingsproducent die houder van het merk is, zijn waren aan verschillende producenten van het eindproduct verkoopt, zoals verzoeker aanvoert, kan dat merk slechts een aanwijzing van de herkomst van de verpakking opleveren en dan nog uitsluitend voor de fabrikanten van het eindproduct. In dat geval kunnen de verbruikers van het eindproduct, wanneer zij worden geconfronteerd met waren met dezelfde vorm doch met een andere commerciële herkomst, immers geen verband leggen tussen de vorm van de waar en de commerciële herkomst ervan. Wanneer daarentegen — zoals in de zaken die hebben geleid tot de reeds aangehaalde arresten Vorm van bruine sigaar en vorm van goudstaaf en Vorm van witte doorzichtige flacon — slechts één fabrikant van de eindproducten de betrokken vorm gebruikt, kan deze vorm worden gebruikt als merk van het eindproduct, op voorwaarde dat hij voldoende onderscheidend vermogen bezit.
- 28 Of een merk als merk van de verpakking dan wel als merk van de eindproducten wordt gebruikt, is een commerciële keuze van de houder van het merk, die kan veranderen na de inschrijving ervan, en dit mag de beoordeling of het teken als merk kan worden ingeschreven, dan ook op geen enkele wijze beïnvloeden [zie in die zin arrest Gerecht van 2 juli 2002, SAT.1/BHIM (SAT.2), T-323/00, Jurispr. blz. II-2839, punt 45, en arrest Vorm van bruine sigaar en vorm van goudstaaf, reeds aangehaald, punten 36 en 40].

- 29 Ook al stelt verzoeker dat hij darmen verkoopt aan verschillende charcuterieproducenten, het staat hem volkomen vrij deze keuze te veranderen na de inschrijving van het merk, door zijn waar uitsluitend aan één charcuterieproducent te verkopen of door zelf charcuterie te produceren. De voor darmen ingeschreven vorm wordt dan gebruikt als merk van door hem verpakte charcuteriewaren, zonder dat is onderzocht of dat merk voor de consumenten van deze waren onderscheidend vermogen bezit.
- 30 Bijgevolg heeft de kamer van beroep geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het merk waarvan inschrijving was aangevraagd voor darmen voor charcuterie, het relevante publiek zowel uit professionelen uit de charcuteriesector als uit eindverbruikers in het algemeen bestond.
- 31 Derhalve dient te worden onderzocht of de kamer van beroep terecht heeft geconcludeerd dat het aangevraagde merk elk onderscheidend vermogen mist voor darmen voor charcuterie en, zoals blijkt uit de punten 27 tot en met 29 hierboven, ook voor charcuterie, uitgaande van de perceptie door het relevante publiek zoals dat hierboven is omschreven.
- 32 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat, hoewel 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, de perceptie door het relevante publiek in het geval van een driedimensionaal merk bestaande uit de uiterlijke verschijningsvorm van de waar zelf, niet noodzakelijk 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 aan te tonen dan in het

geval van een woord- of beeldmerk (arrest Hof van 29 april 2004, Henkel/BHIM, C-456/01 P en C-457/01 P, Jurispr. blz. I-5089, punt 38, en arrest Mag Instrument/BHIM, reeds aangehaald, punt 30).

- 33 In het bijzonder met betrekking tot driedimensionale merken bestaande uit de verpakking van waren die om redenen verband houdend met de aard van de waar in verpakte vorm in de handel worden gebracht, heeft het Hof geoordeeld dat dergelijke merken het de normaal geïnformeerde, redelijk omzichtige en oplettende, gemiddelde consument van die waar mogelijk moeten maken, de betrokken waar zonder analytisch of vergelijkend onderzoek en zonder bijzondere oplettendheid van die van andere ondernemingen te onderscheiden (zie *mutatis mutandis* arrest Hof van 12 februari 2004, Henkel, C-218/01, Jurispr. blz. I-1725, punt 53). De vorm van de verpakking van dergelijke waren bezit bijgevolg slechts onderscheidend vermogen wanneer hij onmiddellijk kan worden waargenomen als een aanduiding van de herkomst van de betrokken waren. Daartoe moet het betrokken merk evenwel op significante wijze afwijken van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is (arresten Henkel/BHIM, reeds aangehaald, punt 39, en Mag Instrument/BHIM, reeds aangehaald, punt 31).
- 34 In de bestreden beslissing heeft de kamer van beroep allereerst het aangevraagde merk omschreven als een „langwerpige vorm die doet denken aan een streng of een gewone wrong met vier segmenten die van boven naar beneden in lengte afnemen”. Vervolgens heeft zij geconcludeerd dat dit merk onderscheidend vermogen mist, op grond van de overweging dat „de door de onderzoeker aangehaalde voorbeelden [van charcuterie] weliswaar vormen betreffen die niet volledig dezelfde zijn als de betrokken vorm, [...] doch niet op significante wijze daarvan verschillen”. Bovendien heeft zij geoordeeld dat „een langwerpige en opgebonden worst, zoals de meeste , boerenworsten’, voor de eindverbruiker die niet bijzonder oplettend is, ontegenzeggelijk eruit kan zien als een streng [en dat] met keukentouw min of meer als een spiraal opgebonden al dan niet gefarceerd gebraden rundvlees (bœuf à la ficelle) en kalkoen- of kiprollade [...] gangbaar zijn”. Derhalve was de kamer van beroep van mening dat „het feit alleen dat in casu het getorste aspect wat meer is geaccentueerd, niet volstaat om de betrokken vorm een voldoende specifiek aspect te verlenen waardoor de consument deze op ondubbelzinnige wijze zal opvatten als een aanduiding van de herkomst van de betrokken waren”.

- 35 Verzoeker betwist in de eerste plaats de beschrijving van het aangevraagde merk door de kamer van beroep. Volgens hem kan de betrokken vorm helemaal niet worden vergeleken met een streng of een gewoon gedraaid koord.
- 36 Het Gerecht stelt echter vast dat deze beschrijving erg gelijk op die welke verzoeker zelf heeft gegeven in zijn inschrijvingsaanvraag. Daar geeft verzoeker aan dat het merk „bestaat uit de vorm van de waar” en „wordt gekenmerkt door het getorste reliëf in de vorm van een streng”. Hoe dan ook, zoals het BHIM heeft gezegd, deze beschrijving is in geen geval relevant voor het onderzoek of de betrokken vorm onderscheidend vermogen heeft, aangezien alleen de vorm zoals weergegeven in punt 2 hierboven, dient te worden onderzocht.
- 37 Verzoeker betwist in de tweede plaats dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen mist, en stelt dat de vorm waarvan hij de inschrijving aanvraagt en die volgens hem bestaat in een geometrisch en ruitvormig patroon, uniek is en op significante wijze afwijkt van alle bestaande en in de sector gangbare vormen voor darmen en charcuterie, aangezien er op de wereldmarkt geen andere vergelijkbare vorm bestaat.
- 38 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat voor de beoordeling of de betrokken vorm van de darm door het publiek kan worden opgevat als een aanduiding van de herkomst van de waar, de door de uiterlijke verschijningsvorm van deze darm opgeroepen totaalindruk moet worden onderzocht (zie in die zin arrest Vorm van witte doorzichtige flacon, reeds aangehaald, punt 37). Zoals de kamer van beroep heeft verklaard, vormen nieuwe of originele elementen bovendien geen relevante criteria voor de beoordeling of een merk onderscheidend vermogen bezit, zodat een driedimensionaal merk niet op grond van originaliteit alleen kan worden ingeschreven. Het moet zich wezenlijk onderscheiden van de basisvormen van de

betrokken waar die gewoonlijk in de handel worden gebruikt, en mag geen gewone variant van deze vormen zijn (arrest Vorm van bruine sigaar en vorm van goudstaaf, reeds aangehaald, punt 44).

- 39 Wat de in casu aan de orde zijnde vorm betreft, zij vastgesteld dat de door het merk opgeroepen totaalindruk wordt gedomineerd door de langwerpige vorm, en dat het getorste aspect ervan minder in het oog springt. Een langwerpige vorm is echter de meest gangbare vorm voor darmen en charcuteriewaren, zoals blijkt uit de voorbeelden die het BHIM heeft gegeven. Ook het oppervlak verschilt niet wezenlijk van de basisvormen die in de charcuteriesector worden gebruikt. Zoals de kamer van beroep heeft opgemerkt, bestaan er langwerpige en opgebonden charcuteriewaren die op een streng lijken, zoals de zogenaamde „boerenworst”, en ook andere waren die min of meer als een spiraalvormige opgebonden rollade worden verkocht en waarvan het oppervlak gelijk op dat van het aangevraagde merk. Zoals de door verzoeker geclaimde vorm, wordt het oppervlak van deze waren dus gekenmerkt door groeven die een terugkerend veranderlijk geometrisch patroon vormen.
- 40 De vorm waarvan verzoeker de inschrijving vraagt, wijkt derhalve slechts in zoverre af van de vormen die gewoonlijk in de betrokken sector worden gebruikt, dat het geometrische patroon ervan duidelijker uitkomt. Zoals de kamer van beroep terecht heeft geoordeeld, is het getorste aspect van de als merk aangevraagde vorm slechts wat meer geaccentueerd dan die van andere charcuteriewaren, en aangezien de overige kenmerken geenszins ongebruikelijk zijn, volstaat dat niet om de betrokken verpakkingsvorm een voldoende specifiek globaal aspect te verlenen waardoor de consument deze op ondubbelzinnige wijze zal opvatten als een aanduiding van de herkomst van de betrokken waren (zie in die zin arrest Henkel, reeds aangehaald, punt 49). De aangevraagde vorm is dus een variant van de basisvormen voor charcuterie, zodat het relevante publiek, ook al bestaan er geen identieke vormen, niet zonder analytisch of vergelijkend onderzoek en zonder bijzondere oplettendheid de door verzoeker verkochte darmen of de door hem verpakte charcuterie kan onderscheiden van die van andere ondernemingen.

- 41 Aangaande verzoekers argument dat volgens de rechtspraak de gemiddelde consument zich ervan bewust is dat de vorm van de verpakking van de betrokken waren wordt gebruikt als een aanduiding van de commerciële herkomst, behoeft slechts te worden vastgesteld dat het Gerecht in de door verzoeker aangehaalde rechtspraak geenszins heeft geoordeeld dat de eindverbruikers zich bewust zijn van de vorm van de verpakking van alle courante verbruiksgoederen, doch zijn beoordeling heeft beperkt tot de in geding zijnde waren. In casu is er echter geen enkele reden om aan te nemen dat de producenten van darmen of charcuterie ernaar streven, hun waren te onderscheiden door de vorm van de darmen, en dat de charcuterieproducenten en de consumenten daardoor in staat zijn, de vorm van de darmen en van de charcuterie als een aanduiding van herkomst te beschouwen. Dat argument dient dus te worden afgewezen.
- 42 Aangaande het argument dat het BHIM driedimensionale merken uit de voedingssector heeft ingeschreven, zij eraan herinnerd dat de beslissingen die de kamers van beroep ter zake van de inschrijving van een teken als gemeenschapsmerk dienen te nemen, volgens verordening nr. 40/94 op een gebonden en niet op een discretionaire bevoegdheid berusten. Of een teken als gemeenschapsmerk kan worden ingeschreven, dient derhalve alleen op basis van deze verordening, zoals uitgelegd door de gemeenschapsrechter, te worden beoordeeld, en niet op basis van een vroegere praktijk van de kamers van beroep [arrest Gerecht van 27 februari 2002, Streamserve/BHIM (STREAMSERVE), T-106/00, Jurispr. blz. II-723, punt 66, en arrest Vorm van bruine sigaar en vorm van goudstaaf, reeds aangehaald, punt 51].
- 43 Hoewel feitelijke of juridische overwegingen uit een vroegere beslissing kunnen worden aangevoerd ter ondersteuning van een middel inzake schending van een bepaling van verordening nr. 40/94, kunnen de overwegingen uit de beslissingen waarop verzoeker zich beroept, het oordeel van de kamer van beroep niet ontkrachten, en geeft verzoeker alleen aan dat deze merken waren uit de voedingssector betreffen (zie in die zin arrest Vorm van bruine sigaar en vorm van goudstaaf, reeds aangehaald, punt 52).

- 44 Aangaande, ten slotte, het argument dat bepaalde nationale autoriteiten de inschrijving van driedimensionale merken in de voedingssector hebben aanvaard, zij eraan herinnerd dat het communautaire merkensysteem een autonoom systeem is, dat uit een samenstel van eigen voorschriften bestaat en eigen doelstellingen nastreeft, en waarvan de toepassing losstaat van welk nationaal systeem ook [arresten Gerecht van 5 december 2000, *Messe München/BHIM* (electronica), T-32/00, Jurispr. blz. II-3829, punt 47, en 24 november 2005, *Sadas/BHIM — LTJ Diffusion (ARTHUR ET FELICIE)*, T-346/04, Jurispr. blz. II-4891, punt 70]. De vraag of een teken als gemeenschapsmerk kan worden ingeschreven, dient derhalve alleen op basis van de relevante communautaire regeling te worden beantwoord. In elk geval zij opgemerkt dat de door verzoeker aangevoerde nationale inschrijvingen niet het in casu aan de orde zijnde driedimensionale merk betreffen, en dat, zoals is vastgesteld met betrekking tot de beslissingen van het BHIM, verzoeker uit deze beslissingen geen enkel argument heeft gehaald waaruit zou blijken dat zijn beroep gegrond is.
- 45 Uit het voorgaande volgt dat de kamer van beroep artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 niet heeft geschonden. Het beroep dient dus te worden verworpen.

Kosten

- 46 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dat is gevorderd. Aangezien verzoeker in het ongelijk is gesteld, dient hij overeenkomstig de vordering van het BHIM te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**

- 2) **Verzoeker wordt verwezen in de kosten.**

Jaeger

Tiili

Czúcz

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 31 mei 2006.

De griffier

De president van de Derde kamer

E. Coulon

M. Jaeger