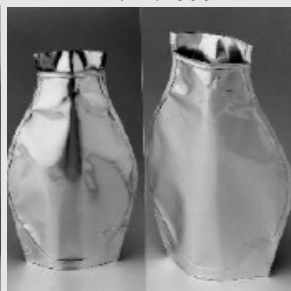


Hof van Justitie EG, 12 januari 2006, Deutsche Si-Si-Werke

R 719/1999-2



R 724/1999-2



R 747/1999-2



R 748/1999-2



MERKENRECHT

Geen onderscheidend vermogen

- [Consument zal vorm van drankverpakking slechts als herkomstaanduiding opvatten wanneer die meteen als zodanig wordt opgevat](#)

Het Gerecht heeft dus geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 38 van het bestreden arrest te oordelen dat de gemiddelde consument de vorm van een drankverpakking slechts als een aanduiding van de commerciële herkomst van de waar zal opvatten, indien deze vorm meteen als een dergelijke aanduiding kan worden opgevat. Bovendien heeft het Gerecht in bovengenoemd punt van het bestreden arrest geenszins geoordeeld dat de consument principieel onverschillig staat tegenover vormen als herkomstaanduiding of dat de verpakking van een vloeibaar product nooit onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 kan hebben.

- [Rekening te houden met wijze waarop vloeibare levensmiddelen in het algemeen worden verpakt](#)

Derhalve kon het Gerecht, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, rekening houden met de wijzen waarop vloeibare levensmiddelen in het algemeen op de Europese markt worden verpakt, om vast te stellen of het gebruik van een van de acht betrokken stazakjes het de gemiddelde consument van vruchtendranken en vruchtensappen mogelijk maakt, de waren van rekwirante zonder analytisch of vergelijkend onderzoek en zonder bijzondere oplettendheid van die van andere ondernemingen te onderscheiden.

- [Generieke \(verschijnings\)vormen en basisvormen verpakkingen relevant](#)

Evenzo mocht het Gerecht in de punten 47, 48 en 52 van het bestreden arrest verwijzen naar de „generieke vorm”, de „basisvorm” of de „generieke verschijningsvorm” van stazakjes, waarbij het deze vormen en verschijningsvorm kon afleiden uit de sta-zakjes die op de Europese markt voor de verkoop van vloeibare levensmiddelen worden gebruikt.

Impact nationale beslissingen

[Reeds in lidstaten verrichte inschrijvingen slechts factoren die een rol kunnen spelen bij de inschrijving van een gemeenschapsmerk, zonder evenwel beslissend te zijn](#)

Bovendien heeft het Gerecht in punt 56 van het bestreden arrest terecht geoordeeld dat de reeds in lidstaten verrichte inschrijvingen slechts factoren zijn die een rol kunnen spelen bij de inschrijving van een gemeenschapsmerk, zonder evenwel beslissend te zijn (zie, in die zin, aangaande de inschrijving van nationale merken in verschillende lidstaten overeenkomstig richtlijn 89/104, arrest Henkel, reeds aangehaald, punten 62 en 63). Daaraan dient te worden toegevoegd dat geen enkele bepaling van verordening nr. 40/94 het BHIM of, na beroep, het Gerecht, ertoe verplicht hetzelfde resultaat te bereiken als de nationale merkenbureaus in een soortgelijke situatie (zie, in die zin, arrest DKV/BHIM, reeds aangehaald, punt 39)

Beschikbaarheidsbelang

[Beschikbaarheidsbelang slechts gebruikt als argument ten overvloede](#)

Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, is in deze omstandigheden het criterium dat geen merken kunnen worden ingeschreven die gewoonlijk in de handel kunnen worden gebruikt voor de voorstelling van de betrokken waren of diensten, relevant in het kader van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94, maar is dit niet het criterium aan de hand waarvan artikel 7, lid 1, sub b, moet worden uitgelegd (reeds aangehaalde arresten [SAT.1/BHIM](#), punt 36, en [BioID/BHIM](#), punt 62). De facto heeft het Gerecht zich bij zijn analyse van de aangevraagde merken in de punten 44 tot en met 54 van het bestreden arrest geenszins gebaseerd op het belang van eventuele concurrenten, maar heeft het zich laten leiden door de vraag of deze merken het de gemiddelde consument van vruchtendranken en vruchtensappen mogelijk maken, de waren van rekwirante zonder verwarringsgevaar te onderscheiden van die van een andere commerciële herkomst.

Vindplaatsen: curia.europa.eu

Hof van Justitie EG, 12 januari 2006

(P. Jann, K. Schiemann, K. Lenaerts, E. Juhász en M. Ilešič (rapporteur))

ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

12 januari 2006 (*)

„Hogere voorziening – Gemeenschapsmerk – Artikel 7, lid 1, sub b, van verordening (EG) nr. 40/94 – Driedimensionale vormen van stazakjes voor

vruchtendranken en vruchtensappen – Absolute weigeringsgrond – Onderscheidend vermogen

In zaak C-173/04 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie, ingesteld op 6 april 2004,

Deutsche SiSi-Werke GmbH & Co. Betriebs KG, gevestigd te Eppelheim (Duitsland), vertegenwoordigd door H. Eichmann, G. Barth, U. Blumenröder, C. Niklas-Falter, M. Kinkeldey, K. Brandt, A. Franke, U. Stephani, B. Allekotte, E. Pfrang, K. Lochner en B. Ertle, Rechtsanwältin,

rekwirante,

andere partij in de procedure:

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

verweerder in eerste aanleg,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann, kamerpresident, K. Schiemann, K. Lenaerts, E. Juhász en M. Ilešič (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

griffier: K. H. Sztranc, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 16 juni 2005,

gehoord de [conclusie van de advocaat-generaal](#) ter terechtzitting van 14 juli 2005,

het navolgende

Arrest

1 Met haar hogere voorziening verzoekt Deutsche SiSi-Werke GmbH & Co. Betriebs KG om vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 28 januari 2004, Deutsche SiSi-Werke/BHIM (Zakje met platte bodem) ([T-146/02-T-153/02](#), Jurispr. blz. II-447; hierna: „bestreden arrest”), houdende verwerping van haar beroepen tot vernietiging van de beslissingen van de tweede kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) van 28 februari 2002 (zaken R 719/1999-2–R 724/1999-2, R 747/1999-2 en R 748/1999-2) inzake de weigering om acht driedimensionale merken bestaande uit verschillende zakjes voor dranken die recht op kunnen staan, in te schrijven (hierna: „omstreden beslissingen”).

Het rechtskader

2 Artikel 7, lid 1, sub b en c, van verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1) bepaalt: „Geweigerd wordt inschrijving van:

[...]

b) merken die elk onderscheidend vermogen missen;

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

De voorgeschiedenis van het geding

3 Op 8 juli 1997 heeft rekwirante bij het BHIM acht aanvragen tot inschrijving van driedimensionale merken als gemeenschapsmerk ingediend krachtens verordening nr. 40/94.

4 Deze merken betreffen de vormen van verschillende drankzakjes die recht op kunnen staan. Deze zakjes hebben een buikige vorm en een brede bodem, en volgens de aanvragen een zijaanzicht dat lijkt op een uitgerekte driehoek of een ovaal met in bepaalde gevallen concave holten aan de zijkanten.

5 Gelet op de door rekwirante ter zake aangebrachte wijzigingen zijn de waren waarvoor die merkaanvragen werden ingediend, „vruchtendranken en vruchtensappen” van klasse 32 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.

6 Bij beslissingen van 24 en 27 september 1999 heeft de onderzoeker van het BHIM de acht aanvragen afgewezen op grond dat de aangevraagde merken elk onderscheidend vermogen missen.

7 Bij de omstreden beslissingen heeft de tweede kamer van beroep van het BHIM de beslissingen van de onderzoeker bevestigd. Zij heeft in wezen geoordeeld dat de consumenten de stazakjes niet beschouwen als een aanduiding van de commerciële herkomst, maar alleen als een verpakkingsvorm. Zij heeft daaraan toegevoegd dat dit type van verpakking in het belang van de concurrenten en de producenten van verpakkingen en van dranken niet mag worden gemonopoliseerd.

De procedure voor het Gerecht en het bestreden arrest

8 Rekquirante heeft bij het Gerecht beroepen strekkende tot vernietiging van de omstreden beslissingen ingesteld.

9 Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat de tweede kamer van beroep van het BHIM terecht had geoordeeld dat de aangevraagde merken elk onderscheidend vermogen missen voor de vruchtendranken en vruchtensappen.

10 In de punten 39 tot en met 43 van het bestreden arrest heeft het Gerecht het betoog van rekquirante, dat stazakjes op zich ongebruikelijk zijn als verpakking voor vruchtendranken en vruchtensappen, van de hand gewezen.

11 Aangezien rekquirante ook aanvoerde dat de geclaimde voorstellingen designelementen bevatten die verder gaan dan gebruikelijke of functionele kenmerken, heeft het Gerecht in de punten 44 tot en met 51 van het bestreden arrest de verschillende elementen van de aanbiedingsvorm achtereenvolgens onderzocht en vervolgens in punt 52 van hetzelfde arrest de door de verschijningsvorm van de betrokken zakjes opgeroepen totaalindruk en geconcludeerd dat die voorstellingen geen onderscheidend vermogen hebben.

12 Na afwijzing van de overige argumenten van rekquirante heeft het Gerecht derhalve de beroepen verworpen en rekquirante verwezen in de kosten.

De hogere voorziening

13 Met haar hogere voorziening, waarvoor drie middelen worden aangevoerd, verzoekt rekwirante het Hof, het bestreden arrest te vernietigen en het BHIM te verwijzen in de kosten.

14 Het BHIM concludeert tot afwijzing van de hogere voorziening en tot verwijzing van rekwirante in de kosten.

Het eerste onderdeel van het eerste middel

De argumenten van partijen

15 Als eerste onderdeel van haar eerste middel voert rekwirante aan dat het Gerecht is voorbijgegaan aan de sector van waren waarvoor inschrijving wordt gevraagd, en dus aan de verpakkingsvormen die bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van de aangevraagde merken als referentiepunt in aanmerking moeten worden genomen.

16 Rekwirante voert aan dat, anders dan in punt 38 van het bestreden arrest zonder goede gronden is aangenomen, de consumenten in de dranksector sinds lang de gewoonte hebben, in de verpakking van de waar een aanduiding van de herkomst ervan te zien. De vorm van een drankverpakking is dus een identificatiemiddel dat door de gemiddelde consument wordt opgevat als een aanduiding van de herkomst, en dus als een merk.

17 Daaruit volgt dat, volgens vaste rechtspraak, de vorm van een drankverpakking die op significante wijze afwijkt van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is, de wezenlijke functie van herkomst-aanduiding vervult.

18 Volgens rekwirante heeft het Gerecht zelf vastgesteld dat niet is aangetoond dat stazakjes voor vruchtendranken en vruchtensappen worden gebruikt. Met uitzondering van de waren van rekwirante worden vruchtendranken en vruchtensappen op de Europese markt immers alleen in glazen flessen of in kartonverpakkingen verkocht. Dergelijke zakjes zijn dus geen gebruikelijke verpakkingsvorm voor die dranken en het onderscheidend vermogen ervan had moeten worden erkend.

19 Bij de beoordeling van het gebruikelijke karakter van die zakjes heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet in aanmerking te nemen wat gangbaar is in de sector van vruchtendranken en vruchtensappen in Europa, maar wat gangbaar is in de sector van vloeibare levensmiddelen in het algemeen of in de hele wereld.

20 Het Gerecht heeft ook blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de betrokken stazakjes als „geometrische basisvormen” te beschouwen. Aangezien met uitzondering van de door rekwirante gebruikte stazakjes op de Europese markt van vruchtendranken en vruchtensappen geen enkel stazakje wordt gebruikt, kan er immers geen sprake zijn van een „basisvorm” van een dergelijk zakje voor die waren.

21 Het BHIM herinnert eraan dat volgens vaste rechtspraak bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een verpakkingsvorm moet worden nagegaan of de gemiddelde consument daadwerkelijk in staat is, die vorm niet alleen te beschouwen als een verpakking, maar ook als een aanduiding van de com-

merciële herkomst van de betrokken waar. Dienaangaande vervult een merk zijn functie van herkomst-aanduiding wanneer het op significante wijze afwijkt van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is.

22 Waar deze rechtspraak verwijst naar het feit dat een vorm afwijkt van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is, hanteert zij een ruimer referentiekader dan de gebruikelijke vormen van de in de merkaanvraag opgegeven waren. Volgens het BHIM zal een consument die reeds vertrouwd is met een specifiek type van verpakking voor een bepaalde waar, wanneer hij voor het eerst wordt geconfronteerd met het gebruik van die verpakkingsvorm voor een andere waar, nog altijd denken dat het slechts gaat om een verpakkingsvorm en niet om een aanduiding van de herkomst van deze andere waar. Bij de beoordeling van de perceptie van het publiek mag dus niet uitsluitend worden uitgegaan van de verpakkingen die reeds specifiek voor de in de merkaanvraag opgegeven waren bestaan.

23 Het Gerecht heeft dus geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door rekening te houden met verpakkingen van andere vloeibare levensmiddelen dan die waarvoor de inschrijving van de merken wordt gevraagd.

24 De wijze waarop het Gerecht het referentiekader voor de beoordeling van de perceptie van het publiek concreet heeft afgebakend, houdt bovendien een vaststelling en beoordeling van de feiten in en kan in het kader van een hogere voorziening door het Hof niet worden getoetst.

Beoordeling door het Hof

25 Volgens vaste rechtspraak moet het onderscheidend vermogen van een merk in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor inschrijving is aangevraagd, en uitgaande van de perceptie van het merk door het relevante publiek, dat bestaat uit de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument van die waren of diensten (zie arrest van [29 april 2004, Henkel/BHIM, C-456/01 P en C-457/01 P, Jurispr. blz. I-5089](#), punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

26 In casu wordt niet betwist dat inschrijving van de betrokken merken wordt gevraagd voor vruchtendranken en vruchtensappen en dat het relevante publiek bestaat uit alle eindverbruikers, zoals het Gerecht in de punten 34 en 36 van het bestreden arrest heeft vastgesteld.

27 Eveneens volgens vaste rechtspraak verschillen de criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken bestaande uit de vorm van de waar zelf, niet van die welke voor andere categorieën merken gelden (arrest Henkel/BHIM, reeds aangehaald, punt 38, en [arrest van 7 oktober 2004, Mag Instrument/BHIM, C-136/02 P, Jurispr. blz. I-9165](#), punt 30).

28 Zoals het Gerecht in punt 37 van het bestreden arrest evenwel terecht in herinnering heeft gebracht, is bij de toepassing van deze criteria de perceptie van het

relevante publiek in het geval van een driedimensionaal merk bestaande uit de verschijningsvorm van de waar zelf, niet noodzakelijkerwijs dezelfde als bij een woord- of beeldmerk dat bestaat uit een van het uiterlijk van de erdoor aangeduide waar onafhankelijk teken. De gemiddelde consument is immers niet gewend om de herkomst van de waar bij gebreke van enig grafisch of tekstueel element af te leiden uit de vorm ervan of uit die van de verpakking, en in het geval van een dergelijk driedimensionaal merk zou het dus moeilijker kunnen zijn om het onderscheidend vermogen vast te stellen dan in het geval van een woord- of beeldmerk (zie, met name, reeds aangehaalde arresten [Henkel/BHIM](#), punt 38, en [Mag Instrument/BHIM](#), punt 30).

29 In het bijzonder met betrekking tot driedimensionale merken bestaande uit de verpakking van waren, zoals vloeibare producten, 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, in die zin, aangaande artikel 3, lid 1, sub b, van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB 1989, L 40, blz. 1), welke bepaling identiek is aan artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, arrest van 12 februari 2004, [Henkel, C-218/01](#), Jurispr. blz. I-1725, punt 53].

30 Het Gerecht heeft dus geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 38 van het bestreden arrest te oordelen dat de gemiddelde consument de vorm van een drankverpakking slechts als een aanduiding van de commerciële herkomst van de waar zal opvatten, indien deze vorm meteen als een dergelijke aanduiding kan worden opgevat. Bovendien heeft het Gerecht in bovengenoemd punt van het bestreden arrest geenszins geoordeeld dat de consument principieel onverschillig staat tegenover vormen als herkomstaanduiding of dat de verpakking van een vloeibaar product nooit onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 kan hebben.

31 Volgens vaste rechtspraak heeft alleen een merk dat op significante wijze afwijkt van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is, en derhalve de essentiële functie van herkomstaanduiding vervult, onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 (reeds aangehaalde arresten [Henkel/BHIM](#), punt 39, en [Mag Instrument/BHIM](#), punt 31).

32 Enerzijds vloeit uit deze rechtspraak niet voort dat de voor de vergelijking relevante sector systematisch moet worden beperkt tot de waren zelf waarvoor de inschrijving wordt gevraagd. Het valt niet uit te sluiten dat de wijze waarop de consumenten van een bepaalde waar het op deze waar aangebrachte merk op-

vatten, in voorkomend geval wordt beïnvloed door de verkoopmodaliteiten voor andere waren die zij ook kopen. Naar gelang van de aard van de betrokken waren en het aangevraagde merk kan het dus voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het merk nodig zijn, een ruimere sector in aanmerking te nemen.

33 Met name wanneer, zoals in casu, het aangevraagde merk bestaat uit de driedimensionale vorm van de verpakking van de betrokken waren – en a fortiori wanneer deze waren door de aard zelf ervan alleen in verpakte toestand in de handel kunnen worden gebracht, zodat de gekozen verpakking aan de waar haar vorm geeft en voor het onderzoek van een aanvraag om inschrijving als merk dient te worden gelijkgesteld met de vorm van de waar (arrest [Henkel](#), reeds aangehaald, punt 33) –, is het mogelijk dat relevantie toekomt aan de norm of aan wat gangbaar is in de sector van verpakking van waren van dezelfde aard die zijn bestemd voor dezelfde consumenten als de waren waarvoor de inschrijving wordt gevraagd.

34 Het valt immers niet uit te sluiten dat de gemiddelde consument, die gewend is om verschillende waren van onderscheiden ondernemingen in eenzelfde type van verpakking aan te treffen, het gebruik van dit type van verpakking door een onderneming voor de verkoop van een bepaalde waar niet meteen zal opvatten als een herkomstaanduiding op zich, zelfs indien de concurrenten van die onderneming deze waar in een andere verpakkingvorm verkopen. Dienaangaande zij beklemtoond dat de gemiddelde consument, die geen marktonderzoek verricht, vooraf niet zal weten dat slechts één onderneming een bepaalde waar in een specifiek type van verpakking verkoopt, terwijl de concurrenten ervan deze waar anders verpakken.

35 Anderzijds betreft de afbakening van de voor de vergelijking relevante sector een beoordeling van de feiten. Volgens artikel 225 EG juncto artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie is hogere voorziening echter beperkt tot rechtsvragen. Het Gerecht is dus bij uitsluiting bevoegd om de relevante feiten vast te stellen en te beoordelen, alsook om de bewijselementen te beoordelen. De beoordeling van deze feiten en bewijselementen levert dus, behoudens het geval van een onjuiste opvatting daarvan – hetgeen in casu niet wordt aangevoerd –, geen rechtsvraag op die als zodanig in hogere voorziening vatbaar is voor toetsing door het Hof (zie arrest van 19 september 2002, [DKV/BHIM](#), C-104/00 P, Jurispr. blz. I-7561, punt 22, en arrest van [Mag Instrument/BHIM](#), reeds aangehaald, punt 39).

36 Derhalve kon het Gerecht, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, rekening houden met de wijzen waarop vloeibare levensmiddelen in het algemeen op de Europese markt worden verpakt, om vast te stellen of het gebruik van een van de acht betrokken stazakjes het de gemiddelde consument van vruchten- en vruchtensappen mogelijk maakt, de waren van rekwirante zonder analytisch of vergelijkend onderzoek en zonder bijzondere oplettendheid van die van andere ondernemingen te onderscheiden.

37 Evenzo mocht het Gerecht in de punten 47, 48 en 52 van het bestreden arrest verwijzen naar de „generieke vorm”, de „basisvorm” of de „generieke verschijningsvorm” van stazakjes, waarbij het deze vormen en verschijningsvorm kon afleiden uit de stazakjes die op de Europese markt voor de verkoop van vloeibare levensmiddelen worden gebruikt.

38 Derhalve dient het eerste onderdeel van het eerste middel te worden afgewezen.

Het tweede middel

De argumenten van partijen

39 Als eerste onderdeel van het tweede middel in hogere voorziening voert rekwirante aan dat het Gerecht, gelet op de geringe mate van onderscheidend vermogen die artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 vereist, te hoge eisen stelt aan driedimensionale merken. Het Gerecht had toepassing moeten maken van de voor tweedimensionale merken ontwikkelde praktijk, volgens welke ook merken die slechts in geringe mate afwijken van de eenvoudige geometrische vormen, kunnen worden ingeschreven.

40 Ook al zou worden aangenomen dat stazakjes op de Europese markt gebruikelijke verpakkingsvormen voor vruchtendranken en vruchtensappen zijn, de driedimensionale vormen van de zakjes waarvan inschrijving als gemeenschapsmerk wordt gevraagd, bevatten voldoende designelementen om de functie van herkomstaanduiding te kunnen vervullen.

41 Als tweede onderdeel van ditzelfde middel stelt rekwirante dat, wanneer – zoals in casu – het BHIM reeds de inschrijving van andere merken van hetzelfde type in dezelfde sector heeft aanvaard en de aangevraagde merken bovendien reeds in een aantal lidstaten als nationale merken zijn ingeschreven, het BHIM en het Gerecht dienen uit te leggen waarom deze merken door de gemiddelde consument niet worden opgevat als een aanduiding van de herkomst van de waren. In het bestreden arrest ontbreekt een dergelijke uitlegging door het Gerecht evenwel.

42 Met betrekking tot het eerste onderdeel van het tweede middel beoogt het BHIM dat het Gerecht geen strengere eisen heeft gesteld ter zake van het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken, maar slechts heeft verwezen naar de vaste rechtspraak volgens welke de perceptie van het publiek in het geval van een driedimensionaal merk bestaande uit de verschijningsvorm van de waar, niet noodzakelijkerwijs dezelfde is als in het geval van een woord- of beeldmerk.

43 Het BHIM voegt daaraan toe dat rekwirante in het kader van een hogere voorziening de door het Gerecht in punt 52 van het bestreden arrest verrichte feitelijke beoordeling, volgens welke de designelementen van de aangevraagde merken te onbeduidend zijn om door het relevante publiek te worden gememoriëerd, niet opnieuw ter discussie kan stellen.

44 Met betrekking tot het tweede onderdeel van dit middel is het BHIM van mening dat de grief inzake ontoereikende motivering duidelijk ongegrond is. Dat een merk op nationaal niveau is ingeschreven, schept geen enkele specifieke motiveringsplicht voor het Gerecht

wanneer dit van plan is een beslissing te nemen die afwijkt van de beslissing van een nationaal bureau. Het Gerecht dient slechts de toepassing van het recht in het concrete geval te motiveren.

Beoordeling door het Hof

45 Met betrekking tot het eerste onderdeel van het middel zij vastgesteld dat het onderscheidend vermogen van een merk in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 inhoudt dat het merk zich ertoe leent de waren of diensten waarvoor de inschrijving wordt aangevraagd, als afkomstig van een bepaalde onderneming te identificeren, en dus deze waren of diensten van die van andere ondernemingen te onderscheiden (reeds aangehaalde arresten [Henkel/BHIM](#), punt 34, en [Mag Instrument/BHIM](#), punt 29).

46 Voorzover het Gerecht wordt verweten, in de punten 37 en 38 van het bestreden arrest te hebben geoordeeld dat de perceptie van het relevante publiek in het geval van een driedimensionaal merk bestaande uit de verschijningsvorm van de waar zelf, niet noodzakelijkerwijs dezelfde is als in het geval van een woord- of beeldmerk, en dat de gemiddelde consument de vorm van een drankverpakking slechts als een aanduiding van de commerciële herkomst van de waar zal opvatten indien deze vorm meteen als een dergelijke aanduiding kan worden opgevat, is dit onderdeel van het middel om de in de punten 28 tot en met 30 van het onderhavige arrest uiteengezette redenen ongegrond.

47 Voorzover het Gerecht wordt verweten, in de punten 44 tot en met 52 van het bestreden arrest te hebben geoordeeld dat de driedimensionale vormen van de zakjes waarvan inschrijving als gemeenschapsmerk wordt gevraagd, onvoldoende designelementen bevatten om de functie van herkomstaanduiding te vervullen, beoogt dit onderdeel van het middel de door het Gerecht verrichte beoordeling van de feiten op losse schroeven te zetten en moet het om de in punt 35 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte redenen niet-ontvankelijk worden verklaard.

48 Met betrekking tot het tweede onderdeel van het tweede middel dient allereerst te worden beklemtoond dat de beslissingen die de kamers van beroep van het BHIM krachtens verordening nr. 40/94 ter zake van de inschrijving van een teken als gemeenschapsmerk dienen te nemen, op een gebonden en niet op een discretionaire bevoegdheid berusten. Zoals het Gerecht in punt 55 van het bestreden arrest in wezen heeft geoordeeld, moet de wettigheid van die beslissingen derhalve alleen op basis van deze verordening worden beoordeeld en niet op basis van een eerdere beslissingspraktijk van de kamers van beroep (arrest [Gerecht van 15 september 2005, BioID/BHIM, C-37/03](#) P, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 47).

49 Bovendien heeft het Gerecht in punt 56 van het bestreden arrest terecht geoordeeld dat de reeds in lidstaten verrichte inschrijvingen slechts factoren zijn die een rol kunnen spelen bij de inschrijving van een gemeenschapsmerk, zonder evenwel beslissend te zijn (zie, in die zin, aangaande de inschrijving van nationale merken in verschillende lidstaten overeenkomstig richt-

lijn 89/104, arrest [Henkel](#), reeds aangehaald, punten 62 en 63). Daaraan dient te worden toegevoegd dat geen enkele bepaling van verordening nr. 40/94 het BHIM of, na beroep, het Gerecht, ertoe verplicht hetzelfde resultaat te bereiken als de nationale merkenbureaus in een soortgelijke situatie (zie, in die zin, arrest [DKV/BHIM](#), reeds aangehaald, punt 39).

50 Derhalve dient te worden vastgesteld dat het Gerecht, dat omstandig heeft uiteengezet waarom de aangevraagde merken onder de weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 vallen, zijn beslissing toereikend heeft gemotiveerd.

51 Het tweede middel in hogere voorziening moet derhalve worden afgewezen.

Het tweede onderdeel van het eerste middel en het derde middel

De argumenten van partijen

52 Als tweede onderdeel van het eerste middel en als derde middel in hogere voorziening, die gezamenlijk moeten worden onderzocht, voert rekwirante in wezen aan dat het Gerecht het onderscheidend vermogen van de aangevraagde merken in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 ten onrechte heeft beoordeeld tegen de achtergrond van het belang dat eventuele concurrenten bij het gebruik van stazakjes voor hun eigen waren kunnen hebben.

53 Zij herinnert eraan dat volgens de rechtspraak van het Hof de in artikel 7, lid 1, van verordening nr. 40/94 vermelde weigeringsgronden onafhankelijk van elkaar zijn en een afzonderlijk onderzoek vereisen. Voorts moeten deze weigeringsgronden worden uitgelegd tegen de achtergrond van het algemeen belang dat aan elk van hen ten grondslag ligt.

54 In casu is het Gerecht bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van de aangevraagde merken uitgegaan van fictieve basisvormen en van een mogelijk toekomstig gebruik van stazakjes voor de betrokken waren. Of concurrenten stazakjes kunnen gebruiken voor vruchtendranken en vruchtensappen, is evenwel irrelevant voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, en is alleen aan de orde in het kader van artikel 7, lid 1, sub c.

55 Het algemeen belang dat ten grondslag ligt aan artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, omvat het belang dat de gemiddelde consument heeft bij het herkennen van de door het merk aangeduide waren en bij het associëren ervan met een bepaalde fabrikant. Met het belang van de concurrenten wordt voldoende rekening gehouden in het kader van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94, een bepaling die niet werd aangevoerd met betrekking tot de betrokken merkaanvragen.

56 Subsidiair voert rekwirante aan dat het Gerecht bij de beoordeling van het belang dat eventuele concurrenten bij het gebruik van stazakjes voor hun eigen waren kunnen hebben, ten onrechte geen rekening heeft gehouden met het feit dat zij reeds jarenlang dergelijke zakjes als verpakking voor haar waren gebruikt zonder dat dit gebruik werd overgenomen.

57 Het BHIM stelt dat, zodra een merk elk onderscheidend vermogen mist, het algemene belang van de consumenten niet in de weg kan staan aan de op artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 gebaseerde weigering van inschrijving van dit merk. In een dergelijk geval zullen de consumenten dit merk immers niet beschouwen als een aanduiding van de herkomst van de waren. Het door rekwirante ter zake gevoerde betoog mist dus elke rechtsgrondslag en moet kennelijk ongegrond worden verklaard.

58 Bovendien blijkt uit punt 54 van het bestreden arrest dat het Gerecht het gevaar dat stazakjes zouden worden gemonopoliseerd, niet heeft beschouwd als een criterium voor de toepassing van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, zodat in casu niet behoeft te worden nagegaan of een dergelijk gevaar werkelijk bestaat.

Beoordeling door het Hof

59 Volgens vaste rechtspraak zijn de in artikel 7, lid 1, van verordening nr. 40/94 vermelde weigeringsgronden onafhankelijk van elkaar en vereisen zij een afzonderlijk onderzoek. Voorts moeten deze weigeringsgronden worden uitgelegd tegen de achtergrond van het algemeen belang dat aan elk van hen ten grondslag ligt. Het algemeen belang dat bij het onderzoek van elk van deze weigeringsgronden in aanmerking wordt genomen, kan – en moet zelfs – andere overwegingen weerspiegelen naar gelang van de betrokken weigeringsgrond (arrest [Henkel/BHIM](#), reeds aangehaald, punten 45 en 46; [arrest van 16 september 2004, SAT.1/BHIM](#), C-329/02 P, Jurispr. blz. I-8317, punt 25, en [arrest BioID/BHIM](#), reeds aangehaald, punt 59).

60 Artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 beoogt te beletten dat merken worden ingeschreven die het onderscheidend vermogen missen dat hen in staat stelt de wezenlijke functie van het merk te vervullen, die daarin is gelegen, dat aan de consument of de eindverbruiker met betrekking tot de gemerkte waren of diensten de identiteit van de oorsprong wordt gewaarborgd, in dier voege dat hij deze zonder verwarringsgevaar van waren of diensten van andere herkomst kan onderscheiden (zie met name arresten van [23 mei 1978, Hoffmann-La Roche, 102/77, Jurispr. blz. 1139](#), punt 7, en [18 juni 2002, Philips, C-299/99](#), Jurispr. blz. I-5475, punt 30, en [arrest SAT.1/BHIM](#), reeds aangehaald, punt 23).

61 Gelet op de omvang van de bescherming die verordening nr. 40/94 aan een merk verleent, ligt het voor de hand dat het aan artikel 7, lid 1, sub b, van deze verordening ten grondslag liggende algemeen belang samenvalt met die wezenlijke functie van het merk (reeds aangehaalde arresten [SAT.1/BHIM](#), punt 27, en [BioID/BHIM](#), punt 60).

62 Met het verbod op inschrijving als gemeenschapsmerk van tekens of aanduidingen die in de handel kunnen dienen tot aanduiding van de kenmerken van de waren of diensten waarvoor de inschrijving wordt aangevraagd, streeft artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94 een doel van algemeen belang na, inhoudend dat dergelijke tekens of aanduidingen

door eenieder vrij moeten kunnen worden gebruikt. Deze bepaling belet derhalve dat die tekens of aanduidingen op grond van de inschrijving ervan als merk aan een enkele onderneming worden voorbehouden (zie arrest van 23 oktober 2003, BHIM/Wrigley, C-191/01 P, Jurispr. blz. I-12447, punt 31, en beschikkingen van 5 februari 2004, Telefon & Buch/BHIM, C-326/01 P, Jurispr. blz. I-1371, punt 27, en Streamserve/BHIM, C-150/02 P, Jurispr. blz. I-1461, punt 25).

63 Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, is in deze omstandigheden het criterium dat geen merken kunnen worden ingeschreven die gewoonlijk in de handel kunnen worden gebruikt voor de voorstelling van de betrokken waren of diensten, relevant in het kader van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94, maar is dit niet het criterium aan de hand waarvan artikel 7, lid 1, sub b, moet worden uitgelegd (reeds aangehaalde arresten [SAT.1/BHIM](#), punt 36, en [BioID/BHIM](#), punt 62).

64 In punt 31 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat merken zonder onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 „inzonderheid [...] merken [zijn] 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”. Verder heeft het Gerecht vastgesteld dat er concrete aanwijzingen bestaan dat stazakjes in de handel „kunnen worden gebruikt” voor de aanbidding van de betrokken waren (laatste zin van punt 41 van dit arrest) en dat „de te verwachten ontwikkeling van deze verpakkingswijze [...] het gebruikelijke karakter ervan [bevestigt]” (laatste zin van punt 42).

65 Vastgesteld zij evenwel dat het Gerecht, niettegenstaande die in het bestreden arrest opgenomen vaststellingen, zijn beslissing niet heeft genomen aan de hand van het in punt 63 van het onderhavige arrest vermelde criterium.

66 Uit de eerste twee zinnen van punt 42 van het bestreden arrest blijkt immers dat het Gerecht, los van de vraag of stazakjes kunnen worden gebruikt voor vruchtendranken en vruchtensappen, heeft geconcludeerd dat de aangevraagde merken geen onderscheidend vermogen hebben op grond dat deze verpakkingswijze in de Gemeenschap reeds wordt gebruikt voor vloeibare levensmiddelen in het algemeen, zodat zij niet zo ongebruikelijk is dat de gemiddelde consument ze op zich opvat als een aanduiding van de specifieke commerciële herkomst van een waar behorend tot deze categorie.

67 Voor deze conclusie heeft het Gerecht zich dus niet gebaseerd op de mogelijkheid dat het gebruik van stazakjes in de toekomst ingang zal vinden in de sector van vloeibare levensmiddelen – het door het Gerecht voor zijn analyse in aanmerking genomen referentiekader –, maar op de vaststelling dat dit reeds het geval is. Aldus heeft het Gerecht voor zijn conclusie een juist criterium gehanteerd.

68 Het Gerecht heeft in de laatste zin van de punten 41 en 42 van het bestreden arrest dus slechts ten overvloede vastgesteld dat stazakjes in de toekomst door concurrenten van rekwirante kunnen worden gebruikt voor vruchtendranken en vruchtensappen.

69 Bovendien zij vastgesteld dat het Gerecht in punt 32 van het bestreden arrest terecht heeft opgemerkt dat „het belang dat concurrenten van de aanvrager van een driedimensionaal merk bestaande uit de aanbiddingsvorm van een waar, kunnen hebben bij de vrije keuze van de vorm en het dessin van hun eigen waren, op zichzelf geen grond is die een weigering tot inschrijving van een dergelijk merk kan rechtvaardigen, en evenmin een criterium dat op zichzelf volstaat om het onderscheidend vermogen van dat merk te beoordelen”.

70 De facto heeft het Gerecht zich bij zijn analyse van de aangevraagde merken in de punten 44 tot en met 54 van het bestreden arrest geenszins gebaseerd op het belang van eventuele concurrenten, maar heeft het zich laten leiden door de vraag of deze merken het de gemiddelde consument van vruchtendranken en vruchtensappen mogelijk maken, de waren van rekwirante zonder verwarringsgevaar te onderscheiden van die van een andere commerciële herkomst.

71 Mitsdien moeten ook het tweede onderdeel van het eerste middel en het derde middel, en bijgevolg de hogere voorziening, worden afgewezen.

Kosten

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

Het Hof van Justitie (Eerste kamer) verklaart:

- 1) De hogere voorziening wordt afgewezen.
- 2) Deutsche SiSi-Werke GmbH & Co. Betriebs KG wordt verwezen in de kosten.

Conclusie Advocaat-Generaal D. Ruiz-Jarabo Colomer

van 14 juli 2005 (1)

Zaak C-173/04

Deutsche SiSi-Werke GmbH & Co. Betriebs KG tegen

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

„Hogere voorziening – Gemeenschapsmerk – Driedimensionaal merk bestaande uit verpakking van waar – Stazakjes voor vruchtendranken en vruchtensappen – Absolute weigeringsgronden – Geen onderscheidend vermogen – Uitlegging van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening (EG) nr. 40/94”

1. De onderhavige hogere voorziening is gericht tegen het arrest van het Gerecht van 28 januari 2004(2), houdende bekrachtiging van de weigering van de tweede kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie

binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (hierna: „BHIM”) om acht driedimensionale werken bestaande uit stazakjes voor dranken, ter identificatie van vruchtendranken en vruchtensappen, in te schrijven.

2. Het betreft hier wederom het onderscheidend vermogen van driedimensionale tekens en daarmee de uitlegging van artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening inzake het gemeenschapsmerk.(3) Het merendeel van de middelen van de hogere voorziening heeft betrekking op vragen die in de communautaire rechtspraak reeds uitvoerig zijn behandeld, met uitzondering van die met betrekking tot de ruimtelijke en objectieve afbakening van de context bij de beoordeling of een driedimensionale aanduiding geschikt is om de wezenlijke functie van deze vorm van industriële eigendom te vervullen.

I – De verordening inzake het gemeenschapsmerk

3. Verordening nr. 40/94 bevat de voor de beslissing over de hogere voorziening relevante bepalingen.

4. Volgens artikel 4 kunnen gemeenschapsmerken 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”.

5. Volgens artikel 7, lid 1, met het opschrift „Absolute weigeringsgronden”, wordt inschrijving geweigerd van:

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

b) merken die elk onderscheidend vermogen missen;

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

[...]

e) tekens die uitsluitend bestaan uit:

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

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

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

[...]”

6. Artikel 7, lid 3, bepaalt dat lid 1, sub b, c en d, niet van toepassing is „indien het merk als gevolg van het gebruik dat ervan is gemaakt onderscheidend vermogen heeft verkregen voor de waren of diensten waarvoor inschrijving is aangevraagd”.

II – De voorgeschiedenis van de hogere voorziening

A – De feiten van de zaak

7. Op 8 juli 1997 heeft Deutsche SiSi-Werke GmbH & Co. Betriebs KG (hierna: „SiSi-Werke”) bij het BHIM acht gemeenschapsmerkaanvragen ingediend voor waren behorende tot de klassen 1, 3, 5, 6, 16, 20, 29, 30, 32, 33, 39 en 40 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.

8. De aanvragen betreffen verschillende vormen van drankzakjes die rechtop kunnen staan. Zij onderscheiden zich door een buikige vorm en een brede bodem, en hebben een driehoekig of ovaal zijaanzicht met in bepaalde gevallen concave holten aan de zijkan- ten.

9. Bij beslissingen van 24 en 27 september 1999 heeft de onderzoeker van het BHIM op grond van artikel 38 van verordening nr. 40/94 de acht aanvragen afgewezen op grond dat de betrokken merken onderscheidend vermogen missen.

10. Op 11 november 1999 heeft SiSi-Werke krachtens artikel 59 van verordening nr. 40/94 tegen die beslissingen beroepen ingesteld en daarbij haar aanvragen beperkt tot de klassen 32 en 33. De tweede kamer van beroep heeft deze beroepen bij beslissingen van 28 februari 2002 verworpen op grond dat de consument de aangevraagde tekens niet als een aanduiding van hun commerciële herkomst opvat, maar enkel als een verpakkingsoptwerp. Die verpakkingen zouden in het belang van de concurrenten en de producenten van verpakkingen en van dranken niet mogen worden gemonopoliseerd.

11. Na uitputting van de administratieve rechtsmiddelen en voorafgaand aan de gerechtelijke procedure heeft rekwirante bij brief van 6 mei 2002 haar merkaanvragen beperkt tot de volgende waren van klasse 32: „vruchtendranken en vruchtensappen”.

B – Het bestreden arrest

12. Het Gerecht heeft de tegen voornoemde beslissingen van 28 februari 2002 ingestelde beroepen tot vernietiging, na voeging, bij het thans bestreden arrest van 28 januari 2004 verworpen.

13. Het Gerecht beperkt in het arrest het voorwerp van het geschil overeenkomstig de afstand bij brief van 6 mei 2002 (punten 11 en 12) en de juridische analyse tot artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, onder uitsluiting van punt c, waarnaar in de beroepen eveneens was verwezen (punten 13 tot en met 15).

14. Onder verwijzing naar zijn arresten van 2 juli 2002, SAT.1/BHIM (SAT.2)(4), en van 5 maart 2003, Unilever/BHIM (Ovaal tablet)(5), merkt het Gerecht in punt 31 op dat artikel 7, lid 1, sub b, van toepassing is op tekens die vanuit het oogpunt van het relevante publiek gewoonlijk worden gebruikt voor de voorstelling van de betrokken waren of diensten.

15. Na de vaststelling in punt 33 dat het onderscheidend vermogen van een merk enkel kan worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor inschrijving is aangevraagd en uitgaande van de perceptie van het relevante publiek, wijst het Gerecht er in punt 36 op dat in het voorliggende geval de waren vruchtendranken en vruchtensappen zijn, en het relevante publiek bestaat uit de eindverbruiker.

16. Het herinnert vervolgens aan de bijzonderheden met betrekking tot de perceptie van het publiek van een driedimensionaal teken dat uit de verschijningsvorm van de waar zelf bestaat en merkt op dat, aangezien een verpakking noodzakelijk is om een vloeibaar product in

de handel te kunnen brengen, de gemiddelde consument daaraan in de eerste plaats een loutere functie van verpakking zal toeschrijven. De verpakking kan alleen als merk worden toegelaten, wanneer zij dadelijk als een aanduiding van de commerciële herkomst wordt opgevat (punten 37 en 38).

17. Op grond van deze criteria is het Gerecht van oordeel dat uit het onderzoek dat het BHIM op enkele internetsites heeft verricht, blijkt dat de betrokken zakjes in de hele wereld als drankverpakking worden gebruikt, in het bijzonder voor vruchtensappen, en dat dergelijke zakjes in de Gemeenschap ook als verpakking van vloeibare levensmiddelen worden gebruikt. De zakjes zijn dus gangbaar voor waren van deze categorie en niet zo ongebruikelijk dat de consument ze opvat als een aanduiding van de specifieke herkomst (punten 40 tot en met 42).

18. In de punten 44 tot en met 52 onderzoekt het Gerecht de door SiSi-Werke aangevraagde driedimensionale vormen ten opzichte van de generieke verschijningsvorm van een stazakje en concludeert het dat het loutere varianten van die verschijningsvorm zijn, zonder dat hun bijzondere kenmerken globaal gezien het geheel merkelijk doen verschillen van de generieke verschijningsvorm van een soortgelijke verpakking; bovendien lijkt de gemiddelde consument de combinatie van de verschillende designelementen die het eindproduct zouden moeten onderscheiden, niet te kunnen memoriseren.

19. Het arrest wijst het beroep van rekwirante af met een tweede argument, dat is ontleend aan het gevaar van monopolisering dat de inschrijving van de omstreden driedimensionale vormen zou meebrengen, ook al kan het belang dat de concurrenten van de aanvrager van een merk bij de vrije keuze van de vorm van hun waren hebben geen grond zijn om de inschrijving te weigeren en evenmin een criteria om het onderscheidend vermogen van het teken te beoordelen (punt 32). Het Gerecht is derhalve van oordeel dat de kamer van beroep van het BHIM daarmee terecht rekening heeft gehouden en bevestigt dat de omstreden zakjes geen onderscheidend vermogen hebben (punt 54).

III – De procedure voor het Hof

20. Het verzoekschrift in hogere voorziening van SiSi-Werke is bij de griffie van het Hof ingekomen op 8 april 2004 en door het BHIM beantwoord op 28 juni 2004. Replik is gevolgd op 22 oktober 2004; de gebruikelijke dupliek is uitgebleven.

21. De terechtzitting, waarbij de vertegenwoordigers van beide partijen aanwezig waren, heeft plaatsgevonden op 16 juni 2004.

IV – Beoordeling van de middelen van de hogere voorziening

22. Rekwirante voert in een slecht gestructureerd document drie middelen aan die de uitlegging van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 betreffen. Na de opsomming van de - in totaal vijf - gronden voor haar afwijkende standpunt voert zij geheel ordeloos een reeks argumenten aan, zonder aan te geven op welk middel ze betrekking hebben. Zij belast zodoende het

Hof met de gecompliceerde taak, de eigenlijke zin van het beroep te achterhalen.

A – Het referentiekader voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen van de tekens (eerste onderdeel van het eerste middel)

23. SiSi-Werke verwijt het Gerecht dat het de sector van waren, namelijk verpakkingen, die het bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van de merken in aanmerking moet nemen, onjuist heeft afgebakend door uit te gaan van de op de wereldmarkt bestaande verpakkingsvormen voor vloeibare levensmiddelen in het algemeen. Het ruimtelijke kader had zich volgens haar tot het grondgebied van de Gemeenschap moeten beperken en het materiële kader tot de verpakkingen voor vruchtendranken en vruchtensappen.

24. In feite wenst rekwirante te vernemen, of voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen van deze categorie van symbolen enkel aansluiting moet worden gezocht bij de verschijningsvorm van de specifieke verpakkingen voor de betrokken waren, of bij die van soortgelijke waren. Deze laatste optie is de juiste.

25. De vorm van een waar of zijn profiel kan een merk vormen, mits die vorm overeenkomstig artikel 4 van verordening nr. 40/94 vatbaar is voor grafische voorstelling en het aan deze rechtsfiguur inherente individualiseringsvereiste vervult.(6)

26. Het ontbreken van onderscheidend vermogen leidt volgens de artikelen 7, lid 1, sub b, 38, lid 1, en 51, lid 1, sub a, van verordening nr. 40/94 tot weigering van de inschrijving, dan wel nietigverklaring indien de inschrijving reeds heeft plaatsgevonden.

27. Het „onderscheidend vermogen” is derhalve een onbepaald rechtsbegrip, dat naar de wezenlijke functie van deze bijzondere eigenschap verwijst, te weten dat aan de consument of de eindverbruiker de oorsprong van een waar of een dienst wordt gewaarborgd, in diervoege dat hij deze zonder gevaar voor verwarring van waren of diensten van andere herkomst kan onderscheiden. Dat begrip houdt bijgevolg in dat het merk geschikt moet zijn om die functie te vervullen, doordat het ondubbelzinnig de commerciële herkomst van de gemerkte waren aanduidt.(7)

28. De concrete toepassing van dat onbepaalde begrip in een specifiek geval vereist het onderzoek van twee aanvullende criteria. Enerzijds moet rekening worden gehouden met de waren of diensten die in het teken tot uitdrukking komen, en anderzijds met de perceptie ervan door het relevante publiek, uitgaande van de normaal geïnformeerde, redelijk omzichtige en oplettende, gemiddelde consument.(8)

29. Deze beoordelingscriteria verschillen niet(9), maar de aard van de aanduiding speelt bij de beoordeling zonder twijfel een beslissende rol. De intensiteit en het bereik waarmee de mens een boodschap ontvangt, hangen uiteraard af van de aard daarvan en van het zintuig waarmee die boodschap wordt waargenomen.(10) Zo neemt het oog een tweedimensionale figuur anders waar dan een driedimensionaal voorwerp.

30. Het verschil wordt nog groter wanneer die driedimensionale voorstelling in de vorm van de waar of

van zijn verpakking bestaat(11), daar in het geval van een volume, ontdaan van elk grafisch of tekstueel element, de beoordeling van zijn onderscheidend vermogen moeilijker is, omdat de gemiddelde consument niet gewend is de herkomst van de waar uit de vorm ervan af te leiden.(12)

31. In deze omstandigheden zou de grief van SiSi-Werke gegrond zijn, ware het niet dat zij is gebaseerd op een erg simplistische analyse van de rechtspraak van het Hof. Ofschoon uiteraard de waren of de diensten waarvoor inschrijving is aangevraagd moeten worden onderzocht, moet het onderzoek niet alleen de waren of diensten betreffen waar het specifiek om gaat, maar ook die welke tot dezelfde categorie, hetzelfde of dezelfde soort behoren, dat wil zeggen die welke bij de keuze van de consument kunnen confligeren omdat zij via vergelijkbare kanalen worden aangeboden en voor hetzelfde publiek bestemd zijn.

32. In de conclusie van 18 januari 2001 in de zaak Merz & Krell(13) heb ik onder verwijzing naar de instrumentele aard van de door het merk verleende rechten gesteld, dat bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen rekening moet worden gehouden met „de waarneming [...] door de gemiddelde consument van de betrokken waren of diensten” (punten 44 en 43). Daarnaast heb ik in de conclusie van 2 juli 2002 in de zaak Ansul(14) opgemerkt, dat deze bijzondere eigenschap een band vereist tussen het teken en de daarmee gemerkte waar, waarmee hij zich door het beeld dat de consumenten zich vormen en de identificatie die daarop volgt, op de markt kan positioneren (punt 64). Om uit te maken of het merk onderscheidend vermogen heeft en dus zijn hoofdfunctie vervult, moeten derhalve de structuur van de sector en de verkoopkanalen in aanmerking worden genomen. In voornoemde conclusie in de zaak Ansul heb ik bij wijze van voorbeeld opgemerkt, dat het gebruik van een merk van conserven niets te maken heeft met dat van computeronderdelen voor informaticasystemen.

33. Om na te gaan of een aanduiding van de plaats van vervaardiging een merk kan onderscheiden, moet derhalve worden gekeken naar het gamma van artikelen waaruit de consument een keuze moet maken. In dit verband lijkt het logisch dat het referentiekader voor de beoordeling zich in het geval van de vorm van een verpakking voor vruchtendranken en vruchtensappen beperkt tot voedingsmiddelen in vloeibare vorm; deze zijn immers tot hetzelfde verbruikersprofiel gericht en worden via vergelijkbare kanalen aangeboden, zodat zij geschikt zijn voor de beoordeling of een merk een waar kan individualiseren. Het al te eenvoudige standpunt van SiSi-Werke voert tot een absurde uitkomst. Indien men het onderzoek beperkt tot de specifieke waren die het merk zal gaan aanduiden, kan onmogelijk worden vastgesteld of het merk zijn functie, de waren met betrekking tot hun commerciële herkomst identificeren, correct vervult.

34. Het BHIM wijst er terecht op dat een persoon die vertrouwd is met een specifiek soort verpakking voor een bepaalde waar en voor het eerst wordt geconfronteerd met diezelfde soort verpakking voor een

andere waar, zal denken dat het gaat om een verpakkingvorm en niet om een aanduiding van de herkomst ervan. Het zou dus onjuist zijn, bij het onderzoek van de indruk van de consument uitsluitend rekening te houden met de verpakkingen die worden gebruikt voor de categorie van waren waarop de inschrijvingsaanvraag betrekking heeft.

35. Ook wat de ruimtelijke afbakening betreft, is de grief van rekwirante ongegrond. De beperking tot het gebied van de Gemeenschap is weliswaar relevant in het kader van de relatieve weigeringsgrond van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, om vast te stellen of tussen twee gemeenschapsmerken verwaringsgevaar bestaat, maar zij is niet gerechtvaardigd wanneer het erom gaat het abstracte onderscheidend vermogen van een teken te bepalen.

36. Kortom, geen enkele rechtsregel verplichtte het Gerecht, het standpunt van SiSi-Werke te aanvaarden, zodat het in zijn uitspraak geen blijk kan hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

B – De kwalificatie van de zakjes als „basisvormen” (tweede onderdeel van het eerste middel)

37. Rekwirante stelt voorts dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de litigieuze zakjes als „geometrische basisvormen” te bestempelen, nu SiSi-Werke de enige onderneming is die deze zakjes op de Europese markt voor vruchtendranken en vruchtensappen heeft geïntroduceerd en de zakjes dus niet als verpakkingmodel voor dit soort dranken kunnen worden gekwalificeerd. Haars inziens is aan de zakjes ten onrechte onderscheidend vermogen ontzegd op grond van het feit dat ze in de handel gewoonlijk voor de betrokken waren worden gebruikt, aangezien de weigering van de inschrijving op grond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 aldus is geschied ter bescherming van een algemeen belang, welk belang evenwel niet in voornoemd punt b, maar in punt c van dat artikel is voorzien.

38. Voorzover dit middel betrekking heeft op de overwegingen van de punten 46 en volgende van het arrest over de geclaimde vormen en de kenmerken daarvan, is het niet-ontvankelijk. Het betreft een terrein – de bewijswaardering – dat door het Hof in het kader van een hogere voorziening niet kan worden behandeld, omdat dit aspect met de bijzondere procedure van aanvechting van rechterlijke uitspraken niets van doen heeft.

39. Zelfs indien men erkent, zoals SiSi-Werke bepleit, dat het Gerecht aan de geclaimde vormen onderscheidend vermogen ontzegt op grond dat zij frequent voor vruchtensappen kunnen worden gebruikt, kan deze grief niet slagen, omdat deze vaststelling aan het eind van punt 41 van het arrest dat onderscheidend vermogen niet in twijfel trekt op grond van een algemeen belang dat in het kader van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 ongebruikelijk is.(15) Wanneer men het arrest zorgvuldig leest, blijkt dat de strekking ervan een andere is.

40. Die vaststelling steunt namelijk op het argument waarmee de voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen gekozen objectieve context moet

worden gerechtvaardigd, volgens welke het teken, omdat het algemeen als verpakking voor vloeibare levensmiddelen wordt gebruikt, niet de vereiste bijzonderheid bezit om door de gemiddelde consument als een aanduiding van de specifieke commerciële herkomst te kunnen worden opgevat (punt 42). Bovendien houdt dit probleem verband met het volgende middel, in het kader waarvan wordt onderzocht of de aangevraagde merken voldoende afwijken van de grondvorm van een stazakje voor vruchtendranken en vruchtensappen.

41. Het Gerecht ontkent het onderscheidend vermogen dus niet met een beroep op het belang van de concurrenten om monopolisering van bepaalde vormen te voorkomen, zoals ik hierna bij het onderzoek van het laatste middel zal uiteenzetten, maar verwijst naar het algemeen gebruik van de betrokken verpakkingen op de markt om te benadrukken hoe moeilijk het voor een koper is om de verpakkingen als representatief voor specifieke waren te identificeren. Ook het tweede onderdeel van het eerste middel moet bijgevolg worden afgewezen.

C – De vermeende strengere eisen bij de vergelijking van driedimensionale merken (eerste onderdeel van het tweede middel)

42. SiSi-Werke stelt dat het bestreden arrest zeer hoge eisen stelt aan het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken bestaande uit de verpakking van een waar, terwijl bij tweedimensionale merken tekens die afwijken van de eenvoudige geometrische figuren afwijken voor inschrijving in aanmerking komen. Door dit te miskennen, heeft het Gerecht haars inziens artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 geschonden.

43. Ook deze grief kan niet slagen. Inderdaad geschiedt de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een merk, zoals gezegd, ongeacht de aard ervan aan de hand van dezelfde criteria. Dit neemt niet weg dat de beoordeling van sommige tekens, zoals driedimensionale, vanwege de bijzondere aard ervan complex is (punten 29 en 30 van deze conclusie)(16) omdat, zoals ik eveneens heb opgemerkt, de gemiddelde consument niet gewend is de herkomst van de aangeboden waar af te leiden uit de vorm ervan, wanneer grafische of tekstuele elementen geheel ontbreken.

44. In deze omstandigheden zal het onderscheidend vermogen geringer zijn naarmate de aangevraagde vorm een grotere gelijkenis vertoont met de vorm van de betrokken waar.(17) De verpakking van een vloeistof weerspiegelt het beeld ervan, zodat de voorstelling van een verpakking geen merk kan vormen, daar loutere varianten van het gebruikelijke design niet volstaan om haar onderscheidend vermogen te verlenen, en de consument de waar zonder analytisch onderzoek en zonder bijzondere oplettendheid moet kunnen onderscheiden.(18)

45. Het is in dit geval raadzaam bij de vergelijking van de op de markt bestaande vormen en verpakkingen een beroep te doen op de ervaring en empirische beginselen, zodat het verschijnen van een verpakking in de handel een bruikbaar criterium voor de bevestiging van

haar onderscheidend vermogen kan zijn(19), aangezien de mate van verspreiding van invloed kan zijn op de aandacht van de consument, die voor dit soort tekens niet bijzonder groot lijkt.(20) Dit geldt met name wanneer het om producten uit het dagelijks leven gaat die qua verschijning nauwelijks verschillen van die van soortgelijke waren, omdat de koper zich in dat geval meer op de etikettering richt dan op de vormen.(21) Ook is de beoordeling van algemeen gebruikte verpakkingen of van bepaalde basisvormen van belang, wat niet wil zeggen dat voor dit soort merken strengere criteria gelden, maar dat hun bijzondere kenmerken in aanmerking worden genomen.

46. Het in het arrest verrichte onderzoek beantwoordt aan de hierboven genoemde richtsnoeren, waar het Gerecht vaststelt dat de zakjes in de handel gewoonlijk voor vloeibare levensmiddelen in het algemeen worden gebruikt, dranken als vruchtensappen daaronder begrepen, waardoor de gemiddelde consument de verpakking niet opvat als een aanduiding van de commerciële herkomst van de waar. Bovendien heeft rekwirante designelementen voorgelegd die overeenkomen met de generieke verschijningsvorm van deze soort verpakking en te onbeduidend zijn om door het relevante publiek te kunnen worden gememoriëerd. Aansluitend heeft het Gerecht de drie componenten onderzocht die visueel waarneembare verschillen in zich hebben: de wezenlijke vormen van de zakjes (rechthoek, ovaal, driehoek), de concave hollen aan de zijanten en het metaalachtig uiterlijk, en deze zowel aan een individuele analyse als aan een analyse van het geheel(22) onderworpen (punten 41, 42 en 46 tot en met 52).

47. Het Gerecht heeft dus gebruik gemaakt van geschikte informatiebronnen die objectief gezien geen twijfel oproepen over de toelaatbaarheid van de gekozen methode, welke rekening houdt met factoren als de soort waar en de complexiteit van het design, overeenkomstig de genoemde parameters. Het arrest verdient op dit punt geen enkele kritiek, zodat de grief van rekwirante moet worden afgewezen.

48. Ten slotte moet dit middel worden afgewezen voorzover het is gericht tegen de vaststellingen van de feiten in de genoemde punten van het bestreden arrest, aangezien – zoals ik al zei – het wezen van de hogere voorziening een herziening van de in eerste aanleg vastgestelde feiten uitsluit.

D – De ontoereikende motivering (tweede onderdeel van het tweede middel)

49. Rekwirante stelt dat merken als de in geding zijnde door het BHIM en enkele nationale organen reeds zijn ingeschreven voor waren uit dezelfde handelssector, zodat het Gerecht en het BHIM zelf hadden moeten uitleggen waarom zij niet de wezenlijke functie van dit type intellectuele eigendom konden vervullen.

50. De benadering van dit middel varieert naargelang de oudere inschrijving van overeenstemmende tekens in een nationaal systeem of op communautair niveau heeft plaatsgevonden.

51. In het eerste geval volgt de oplossing impliciet uit de punten 63 en 64 van het herhaaldelijk genoemde

arrest Henkel, waarin het Hof heeft vastgesteld dat de inschrijving van een merk voor bepaalde waren in een lidstaat niet betekent dat de inschrijving van een gelijk of overeenstemmend merk voor dezelfde of soortgelijke waren in een andere lidstaat moet worden toegestaan of geweigerd.

52. Zoals ik in mijn conclusie in die zaak heb opgemerkt (punt 24), is deze benadering, die het gevolg is van het ontbreken van organieke banden tussen de rechtsstelsels van de staten, die niet verplicht zijn om dezelfde resultaten te bereiken(23), ook van toepassing op de verhouding tussen het BHIM en een nationaal orgaan, zodat de in het interne kader van de lidstaten vastgestelde beslissingen in Alicante niet bindend zijn.

53. De inschrijving van een merk is afhankelijk van de specifieke criteria die in concrete omstandigheden van toepassing zijn, zodat een teken dat in een bepaald grondgebied onderscheidend vermogen heeft, dit mogelijk niet heeft wanneer de ruimtelijke afbakening varieert.

54. Dit is het antwoord in punt 56 van het bestreden arrest, waar het Gerecht vaststelt dat in de lidstaten verrichte inschrijvingen „enkel factoren vormen die een rol kunnen spelen bij de inschrijving van een gemeenschapsmerk, zonder evenwel beslissend te zijn”, en dat „de kamer van beroep deze nationale inschrijvingen op een correcte wijze in aanmerking [heeft] genomen door te preciseren dat deze inschrijvingen niet leidden tot een wijziging van haar beoordeling”. Vastgesteld moet dus worden, enerzijds, dat het BHIM zonder motivering rechtsgeldig van deze vreemde inschrijvingen kon afwijken en, anderzijds, dat het Gerecht niet heeft verzuimd zijn beslissing te motiveren.

55. Met betrekking tot de inschrijvingen in Alicante volstaat de redenering van het Gerecht in punt 55, waar het stelt dat volgens zijn eigen rechtspraak eerdere inschrijvingen niet bindend zijn, aangezien de vraag of een teken als merk kan worden ingeschreven, moet worden beoordeeld op basis van de relevante wetgeving en niet op basis van een eerdere beslissingspraktijk van de kamers van beroep. Rekwirante heeft te kennen gegeven het hiermee eens te zijn.

56. Maar ook al zou men dit antwoord niet bevredigend vinden, dan nog zou het gebrek niet relevant zijn, nu de inschrijvingen waarnaar SiSi-Werke in hogere voorziening verwijst van latere datum zijn(24) dan de bestreden administratieve beslissingen. Het BHIM kon niet gebonden zijn door handelingen die indertijd nog niet bestonden.

E – Het belang van de concurrenten als grondslag voor de beslissing (derde middel)

57. SiSi-Werke verwijt het Gerecht dat het artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 uitsluitend met inachtneming van het algemeen belang van de concurrenten heeft toegepast en ten onrechte is voorbijgegaan aan het algemeen belang van de consument, alsmede aan het feit dat rekwirante de verpakking al sinds jaren zonder enig probleem gebruikt.

58. Deze grief gaat uit van een onjuiste analyse van het bestreden arrest. Uit de punten 32 en 54, in onderlinge samenhang gelezen, blijkt het tegenovergestelde:

het Gerecht wijst er in punt 32 op dat genoemd belang geen grond is die weigering van de inschrijving van een merk kan rechtvaardigen, en evenmin een criterium dat volstaat om het onderscheidend vermogen van dat merk te beoordelen (het bespreekt vervolgens het gebrek aan onderscheidend vermogen in de punten 33 tot en met 53), terwijl het in punt 54 onderstreept dat de verwijzing in de beslissing van de kamer van beroep naar het gevaar van monopolisering van de stazakjes „op grond van het algemeen belang dat ten grondslag ligt aan de absolute weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94” gerechtvaardigd was, daar de analyse van deze zakjes bevestigde dat zij de wezenlijke functie van een merk niet konden vervullen.

59. Derhalve kan niet worden gesteld dat het Gerecht de geclaimde merken onderscheidend vermogen heeft ontzegd door enkel naar de concurrenten te kijken, aangezien de kern van zijn uitspraak is dat de consument bij zijn keuze van de vruchtendranken en vruchtensappen geen enkele zekerheid heeft over de herkomst ervan, omdat het teken niet voldoende informatie over hun commerciële herkomst verschaft. Juist het belang van de consument vormt de rechtvaardiging voor de weigering van inschrijving van merken die geen onderscheidend vermogen hebben.

60. Gezien het voorgaande, dient ook het laatste middel te worden afgewezen.

V – Kosten

61. Volgens artikel 122 juncto artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen. Indien de door rekwirante aangevoerde middelen conform mijn voorstel worden afgewezen, dient zij bijgevolg in de kosten van deze procedure te worden verwezen.

VI – Conclusie

62. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de door Deutsche SiSi-Werke GmbH & Co. Betriebs KG ingestelde hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 28 januari 2004 in de zaak Deutsche SiSi-Werke/BHIM (T-146/02–T-153/02) te verwerpen en rekwirante in de kosten van deze procedure te verwijzen.

Noten

1 – Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 – Arrest van 28 januari 2004, Deutsche SiSi-Werke/BHIM (T-146/02 tot T-153/02, Jurispr. blz. II-447).

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

4 – Zaak T-323/00, Jurispr. blz. II-2839.

5 – Zaak T-194/01, Jurispr. blz. II-383.

- 6 – Zie arresten van 18 juni 2002, Philips (C-299/99, Jurispr. blz. I-5475, punt 73); 8 april 2003, Linde e.a. (C-53/01 tot C-55/01, Jurispr. blz. I-3161, punt 38); en 12 februari 2004, Henkel (C-218/01, Jurispr. blz. I-1725, punt 29), waarin 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) wordt uitgelegd.
- 7 – De arresten Henkel, punt 30, en Linde e.a., punt 40, beide reeds aangehaald, zijn in vergelijkbare bewoordingen gesteld. Zie ook arrest van 23 september 2004, Procter & Gamble/BHIM (C-107/03 P, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 28).
- 8 – Reeds aangehaalde arresten Linde e.a., punt 41, en Procter & Gamble/BHIM, punt 29. Zie in dezelfde zin arrest van 7 oktober 2004, Mag Instrument/BHIM (C-136/02 P, Jurispr. blz. I-9165, punt 19).
- 9 – Dit blijkt uit de reeds aangehaalde arresten Philips, punt 48, en Linde e.a., punt 42.
- 10 – In mijn conclusie in de zaak waarin arrest is geweest op 12 december 2002, Sieckmann (C-273/00, Jurispr. blz. I-11737), had ik gelegenheid het waarnemingsvermogen van de verschillende zintuigen te onderzoeken (punt 22 e.v.).
- 11 – In mijn conclusie van 14 januari 2003 in de zaak Henkel, reeds aangehaald, heb ik uiteengezet dat in het geval van vloeistoffen, gassen en bepaalde stoffen in korrelvorm of uiterst vergankelijke stoffen zonder vaste afmetingen of verschijningsvorm, de verpakking met de waar samenvalt, omdat de verpakking voor de consument de enige waarneembare vorm is die vatbaar is voor grafische voorstelling (punt 12). Het Hof is dit standpunt in zijn arrest gevolgd met de vaststelling, dat in die gevallen de gekozen verpakking aan de waar haar vorm geeft en de verpakking dus met de vorm van de waar moet worden gelijkgesteld (punt 33).
- 12 – Arresten Procter & Gamble/BHIM, punt 50, en Mag Instrument/BHIM, punt 30. Het voorgaande betekent echter niet, zoals ik in mijn conclusie in de zaak Linde e.a. van 24 oktober 2002 heb gesteld, dat het onderzoek van het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken strenger is dan dat van om het even welk ander soort teken (punt 46 van het arrest is in vergelijkbare bewoordingen gesteld).
- 13 – Arrest van 4 oktober 2001 (C-517/99, Jurispr. blz. I-6959).
- 14 – Arrest van 11 maart 2003 (C-40/01, Jurispr. blz. I-2439).
- 15 – Ik herinner eraan dat het algemeen belang verschilt naargelang van de toepasselijke absolute weigeringsgrond (arrest van 29 april 2004, Henkel/BHIM, C-456/01 P en C-457/01 P, Jurispr. blz. I-5089, punten 45 en 46), zodat artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 niet aldus kan worden uitgelegd, dat het in de weg staat aan de inschrijving van merken die gewoonlijk in de handel kunnen worden gebruikt voor de betrokken waren of diensten, welk criterium relevant is in het kader van punt c van dit artikel (arrest van 16 september 2004, SAT.1/BHIM, C-329/02 P, Jurispr. blz. I-8317, punt 36).
- 16 – Ströbele, P.: Absolute Eintragungshindernisse im Markenrecht, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2001, blz. 665, stelt dat er geen wettelijke basis is voor een wijziging van de regels die het onderscheidend vermogen van driedimensionale waren en verpakkingen bepalen.
- 17 – Arrest Mag Instrument/BHIM, reeds aangehaald, punten 31 en 32.
- 18 – Ibidem, punt 32.
- 19 – Pollaud-Dulian, F.: „Les marques tridimensionnelles en droit communautaire”, in Revue de jurisprudence de droit des affaires, nrs. 8-9 (2003), blz. 712, en Hetzelt, N.: Driedimensionale Marken – Freihaltebedürftigkeit, Unterscheidungskraft und Schutzzumfang, Keulen, 2004, blz. 146.
- 20 – Hetzelt, N., op. cit., vorige voetnoot, blz. 141.
- 21 – Ströbele, P., op. cit., blz. 666, en Hetzelt, N., op. cit., blz. 146.
- 22 – In het arrest van 11 november 1997, SABEL (C-251/95, Jurispr. blz. I-6191, punt 23), volgde het Hof bij de vergelijking van twee merken, om na te gaan of er gelijkenissen waren die aan inschrijving in de weg stonden, een vergelijkbare methode, waarbij het verwees naar de totaalindruk die door het merk wordt opgeroepen, daarbij rekening houdend met onderscheidende en dominerende bestanddelen.
- 23 – Niettemin dwingt de gedeeltelijk harmoniserende werking van de merkenrichtlijn tot een uitlegging van de nationale regelingen in het licht van de bewoordingen en de doelstelling van deze gemeenschapsrechtelijke regeling.
- 24 – De merken nummers 2662781 en 2662765 zijn aangevraagd op 22 april 2002 en toegekend op respectievelijk 1 en 19 maart 2004; het laatste merk, met nummer 2899078, is aangevraagd op 21 oktober 2002 en ingeschreven op 23 januari 2004.