

Gerecht van Eerste Aanleg EG, 9 september 2007, Neumann microfoonkop



MERKENRECHT

Relevante waren

Microfoons in het algemeen en niet met name studio-, condensator- en drukgradiënt- microfoons

Gelet op de in punt 4 supra weergegeven opgave van waren, kan deze stelling evenwel niet worden aanvaard. Het gebruik van de term „met name” in de omschrijving van de waren betekent immers dat de studiomicrofoons, condensatormicrofoons en drukgradiëntmicrofoons slechts als voorbeelden zijn vermeld en dat de opgave van waren dus betrekking heeft op microfoons in het algemeen.

Relevant publiek

de beperkte groep van personen met bijzondere kennis op het gebied van microfoons

Geen onderscheidend vermogen

• **Geen onderscheidend vermogen van huis uit en geen inburgering door handhaving**

Zoals hierboven werd vastgesteld, is het relevante publiek immers reeds gewend aan vormen die vergelijkbaar zijn met de als merk aangevraagde vorm, en mist het aangevraagde merk daardoor onderscheidend vermogen van huis uit. Er is geen enkele reden om aan te nemen dat de omstandigheid dat de concurrerende ondernemingen werden gedwongen af te zien van de productie en verkoop van waren met een vorm die vergelijkbaar is met de als merk aangevraagde vorm, heeft geleid tot een plotse wijziging van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is.

• **Esthetisch design geen verwijzing naar herkomst**

Met betrekking tot de elementen die waren aangevoerd ten bewijze van het voortreffelijke design van de betrokken vorm moet voorts eraan worden herinnerd dat de omstandigheid dat waren een hoogwaardig design hebben, niet noodzakelijkerwijs impliceert dat een merk bestaande uit de driedimensionale vorm van deze waren zich van meet af aan ertoe leent, deze waren te onderscheiden van die van andere ondernemingen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 (arrest Mag Instrument/BHIM, reeds aangehaald, punt 68). Bijgevolg heeft de kamer van beroep op goede

gronden geoordeeld dat het mogelijk is dat de consumenten het design van het aangevraagde merk esthetisch achten, maar dat het onwaarschijnlijk is dat zij daarin een verwijzing naar de herkomst van de waren zien (punt 25 van de bestreden beslissing).

Vindplaatsen: curia.europa.eu

Gerecht van Eerste Aanleg EG, 9 september 2007

(J. D. Cooke, R. García-Valdecasas en I. Labucka,)

ARREST VAN HET GERECHT (Eerste kamer)

12 september 2007 (*)

„Gemeenschapsmerk – Aanvraag tot inschrijving van driedimensionaal merk in vorm van microfoonkop als gemeenschapsmerk – Absolute weigeringsgrond – Ontbreken van onderscheidend vermogen – Artikel 7, lid 1, sub b, van verordening (EG) nr. 40/94”

In zaak T-358/04,

Georg Neumann GmbH, gevestigd te Berlijn (Duitsland), vertegenwoordigd door R. Böhm, advocaat, verzoekster, tegen

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

betreffende een beroep tegen de beslissing van de tweede kamer van beroep van het BHIM van 17 juni 2004 (zaak R 919/2002-2) houdende afwijzing van de aanvraag tot inschrijving van een driedimensionaal teken in de vorm van een microfoonkop als gemeenschapsmerk,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: J. D. Cooke, kamerpresident, R. García-Valdecasas en I. Labucka, rechters,

griffier: K. Andová, administrateur,

gezien het op 30 augustus 2004 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 5 januari 2005 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

gezien de op 1 april 2005 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van repliek,

na de terechtzitting op 28 november 2006,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Op 9 december 1996 heeft verzoekster bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) een gemeenschapsmerkaanvraag ingediend krachtens verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), zoals gewijzigd.

2 De inschrijvingsaanvraag betreft de hieronder afgebeelde driedimensionale vorm:



3 Dit merk bestaat in de vorm van wat gewoonlijk een microfoonkop wordt genoemd. Deze laatste bedekt en beschermt de microfooncapsule die zich bevindt aan het uiteinde van een greep, die elektronische bestanddelen bevat en dient om de microfoon vast te houden.

4 De waren waarvoor de merkaanvraag werd ingediend, behoren tot klasse 9 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: „Microfoons, met name studiomicrofoons, condensatormicrofoons, drukgradiëntmicrofoons en bijbehorende onderdelen (voor zover begrepen in klasse 9)”.

5 Verzoekster heeft zich beroepen op de voorrang van de aanvraag tot inschrijving van Duits merk nr. 39625644 op 10 juni 1996 en van de inschrijving ervan op 18 september 1996.

6 Bij brief van 28 november 2001 heeft de onderzoeker verzoekster laten weten dat haar merk niet kon worden ingeschreven op grond dat het elk onderscheidend vermogen miste in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94. Bij de bezwaren van de onderzoeker waren afbeeldingen gevoegd van soortgelijke microfoons die door andere ondernemingen werden geproduceerd en verkocht. Aangezien verzoekster heeft afgezien van haar recht om verdere opmerkingen te formuleren, heeft de onderzoeker bij beslissing van 6 september 2002 zijn bezwaren gehandhaafd en de inschrijvingsaanvraag afgewezen.

7 Op 6 november 2002 heeft verzoekster tegen deze beslissing beroep ingesteld op grond dat bepaalde microfoons met een soortgelijk ontwerp waarnaar de onderzoeker in zijn bezwaren had verwezen, afkomstig waren van concurrerende ondernemingen die na de door verzoekster ondernomen stappen gestopt waren met de productie en verkoop ervan. Verder heeft zij aangevoerd dat andere concurrerende ondernemingen die microfoons met een soortgelijk ontwerp in de handel brachten, afkomstig waren uit het Verre Oosten en waren van lage kwaliteit produceerden die niet rechtstreeks met haar waren concurreerden. Bovendien weet de beperkte groep van consumenten waarvoor de betrokken waren zijn bestemd, dat de specifieke vorm van de microfoon geen functionele betekenis heeft en als combinatie van esthetische elementen een unieke totaalindruk creëert die in herinnering blijft. Ook heeft verzoekster erop gewezen dat de vorm die als merk is

aangevraagd, in de Verenigde Staten van Amerika als merk was ingeschreven.

8 Bij beslissing van 17 juni 2004 (hierna: „bestreden beslissing”) heeft de tweede kamer van beroep van het BHIM de beslissing van de onderzoeker bevestigd. Zij was van oordeel dat de bestanddelen van de microfoonkop gebruikelijk zijn en dat deze kop zich door geen enkel extra element dermate duidelijk onderscheidt van alle gangbare vormen dat hij door de vorm alleen ervan in herinnering blijft en als de waar van een bepaalde onderneming wordt geïdentificeerd. Volgens de kamer van beroep kon dus slechts tot inschrijving van dit merk worden overgegaan indien het onderscheidend vermogen had verkregen door het gebruik dat ervan was gemaakt, maar verzoekster had artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 niet aangevoerd. De kamer van beroep heeft tevens akte genomen van het feit dat verzoekster erin was geslaagd concurrerende ondernemingen ervan te weerhouden, microfoons met een soortgelijk design in de handel te brengen, maar de handelwijze van deze ondernemingen volstond volgens haar niet om het aangevraagde merk onderscheidend vermogen te verlenen.

Conclusies van partijen

9 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

- de bestreden beslissing te vernietigen;
- het BHIM te verwijzen in de kosten.

10 Het BHIM concludeert dat het het Gerecht behage:

- het beroep te verwerpen;
- verzoekster te verwijzen in de kosten.

11 Bij brief, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 28 januari 2005, alsmede in haar memorie van repiek heeft verzoekster verzocht om maatregelen tot organisatie van de procesgang en maatregelen van instructie teneinde vast te stellen dat het relevante publiek gewend was om de vorm van een microfoonkop te zien als een aanduiding van de herkomst en dat dit het geval was voor de betrokken vorm, die zich door het uiterlijk ervan onderscheidde van de gebruikelijke vormen.

In rechte

Argumenten van partijen

12 Met haar enige middel voert verzoekster aan dat de kamer van beroep artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 heeft geschonden door het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk onjuist te beoordelen.

13 In de eerste plaats stelt zij dat de kamer van beroep blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door voorbij te gaan aan het feit dat het in casu relevante publiek bijzondere aandacht besteedt aan de vorm van microfoonkoppen, en in de details van het uiterlijk ervan – die voor een leek misschien lijken te worden bepaald door de aard van het apparaat – kenmerken ziet waardoor deze microfoons worden geïndividualiseerd en de herkomst ervan kan worden achterhaald. Dit is het geval om drie redenen.

14 Ten eerste zijn de waren waarop het aangevraagde merk betrekking heeft, waardevolle microfoons, met name studiomicrofoons, zoals blijkt uit het feit dat een

microfoonkop is aangebracht ter bescherming. Het gaat derhalve niet om alledaagse artikelen, maar om dure hightech-instrumenten waaraan dus bijzondere aandacht wordt besteed.

15 Door erop te wijzen dat „de microfoons waarvoor het betrokken merk werd aangevraagd, in de praktijk uitsluitend studiomicrofoons van hoge kwaliteit en met groot prestatievermogen zijn”, heeft verzoekster in haar memorie van repliek verzocht om voortaan de opgave van waren te beperken tot „studiomicrofoons en de onderdelen ervan (voor zover begrepen in klasse 9)”.

16 Ten tweede merkt verzoekster op dat de vraag of het aangevraagde merk in staat is om de erdoor aangeduide waar te onderscheiden van die van andere producenten, moet worden beoordeeld uit het oogpunt van het relevante publiek. De kamer van beroep heeft dit publiek juist afgebakend. De in de inschrijvingsaanvraag opgegeven waren zijn ontegenzeggelijk bestemd voor vaklieden en specialisten op het gebied van akoestiek voor wie microfoons een wezenlijk werkinstrument zijn waaraan zij dus bijzondere aandacht besteden.

17 Ten derde is de betrokken vorm niet bestemd om enige functie als zodanig te vervullen en kan daaraan dus een bijzonder uiterlijk worden gegeven waardoor hij zich onderscheidt. De microfoonkop waarvan de vorm als merk is aangevraagd, steekt bovendien duidelijk af tegen de rest van de microfoon en door het in het oog springende karakter ervan trekt hij automatisch de aandacht van de waarnemer, temeer daar het uiterlijk van de microfoon geen enkel ander element bevat dat afsteekt.

18 Gelet op deze omstandigheden is verzoekster van mening dat de door het BHIM in zijn memorie van antwoord aangehaalde „algemene beginselen die berusten op de ervaring op het gebied van de perceptie van de vorm van een waar door de consument”, in de onderhavige zaak niet ter zake dienend zijn. Het in punt 23 van de bestreden beslissing aangehaalde beginsel, volgens hetwelk de perceptie van het betrokken publiek in het geval van een driedimensionaal merk bestaande uit de vorm van de waar zelf, niet noodzakelijkerwijs dezelfde is als in het geval van een woordmerk, een beeldmerk of een driedimensionaal merk dat niet uit de vorm van de waar bestaat, hangt immers af van het relevante publiek en het aandachtsniveau van dit publiek. Anders dan het onderhavige geval, had de zaak die heeft geleid tot het arrest van het Gerecht van 19 september 2001, Henkel/BHIM (Rood en wit rond tablet) (T-337/99, Jurispr. blz. II-2597), waarnaar in punt 23 van de bestreden beslissing wordt verwezen, betrekking op gangbare verbruiksgoederen die voor alle eindverbruikers waren bestemd. Daarom diende in die zaak bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het betrokken merk „rekening te worden gehouden met de vermoedelijke verwachting van een redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument” (arrest Rood en wit rond tablet, reeds aangehaald, punt 47).

19 In dit verband heeft verzoekster ter staving van haar verzoek om maatregelen tot organisatie van de

procesgang en maatregelen van instructie (zie punt 11 supra) ter terechtzitting aangevoerd dat enkel deskundigen, te weten geluidsspecialisten, kunnen oordelen over de perceptie van het in casu relevante publiek.

20 In de tweede plaats betoogt verzoekster dat de kamer van beroep haar beoordeling heeft gebaseerd op een onvolledige en onjuiste analyse van de kenmerken van het aangevraagde merk. Verzoekster is het eens met de kamer van beroep dat de microfoonkop waarvan de vorm als merk is aangevraagd, net als vele andere microfoonkoppen is samengesteld uit een cirkelvormige ring als basis, een microfooncapsule omgeven door rasterwerk en daaroverheen een beugel die verticaal op de cirkelvormige ring staat (punt 25 van de bestreden beslissing). Zij betwist evenwel de stelling dat het aangevraagde merk „geen enkel extra element bezit dat als opvallend, bijzonder of origineel kan worden aangemerkt en op grond waarvan het merk dermate duidelijk afsteekt tegen de gewone en gangbare vorm dat het door de vorm alleen in herinnering kan blijven en niet als een of andere microfoonkop, maar als de waar van een bepaalde onderneming kan worden geïdentificeerd” (punt 25 van de bestreden beslissing).

21 De symmetrische afplattingen van het rasterwerk aan weerszijden van de beugel vormen immers een „identificatiestempel”. Doordat gedeeltelijk een vlak is gesneden in een in wezen cilindervormig lichaam (van rasterwerk), heeft elk oppervlak de ongebruikelijke vorm van hyperbolische gedeeltelijke ellipsen die in het oog springen en dus onmiddellijk waarneembaar zijn (zie de afbeelding bovenaan links in punt 2 supra). De afplattingen zijn ook verticaal en van de zijkant duidelijk waarneembaar (zie afbeelding onderaan rechts in punt 2 supra).

22 De microfoonkop waarvan de vorm als merk is aangevraagd, onderscheidt zich aldus opmerkelijk van de gewone en traditionele microfoonkoppen met cilindervorm of bolvorm. Voorts betoogt verzoekster dat deze vorm in de jaren 1960-1964 voor haar werd ontworpen door Wilhelm Braun-Feldweg, een bekend technisch tekenaar en hoogleraar industriële vormgeving aan de hogeschool voor Beeldende Kunsten te Berlijn.

23 In de derde plaats betwist verzoekster de relevantie van de voorbeelden van microfoons waarnaar de onderzoeker in zijn bezwaren van 28 november 2001 heeft verwezen. Met betrekking tot de microfoons met een kop die vergelijkbaar is met die waarvan de vorm als merk is aangevraagd, merkt zij op dat de producenten van die microfoons werden gedwongen af te zien van de productie en verkoop ervan na de door verzoekster ondernomen stappen, zoals voor de kamer van beroep werd uiteengezet.

24 In de huidige context is het niet van belang of die producenten daarvan hebben afgezien wegens de rechten die verzoekster ontleent aan haar Duitse merk (waarvan het onderscheidend vermogen toereikend werd geacht) dat overeenkomt met het aangevraagde merk, wegens het gebruik dat van dit merk is gemaakt (in de zin van § 4, lid 2, van de Duitse merkenwet) dan wel om een reden die verband houdt met het mededingingsrecht. Doorslaggevend is dat het gebruik door

derden waarnaar de onderzoeker heeft verwezen, niet meer plaatsvindt en dus niet langer afbreuk kan doen aan het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk. De overweging van de kamer van beroep in punt 29 van de bestreden beslissing is derhalve ongegrond.

25 In de vierde plaats heeft verzoekster ter terechtzitting aangevoerd dat de bestreden beslissing blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting doordat zij berust op overwegingen die door het Hof werden verworpen in een arrest dat is gewezen na neerlegging van het verzoekschrift in de onderhavige zaak. Ter staving van de weigering van de inschrijving van het aangevraagde merk wegens het ontbreken van onderscheidend vermogen heeft de kamer van beroep immers in punt 22 van de bestreden beslissing, onder verwijzing naar punt 36 van het arrest van het Gerecht van 2 juli 2002, SAT.1/BHIM (SAT.2) (T-323/00, Jurispr. blz. II-2839), gesteld dat de absolute weigeringsgronden van artikel 7, lid 1, sub b tot en met e, van verordening nr. 40/94 een doel van algemeen belang nastreven, dat inhoudt dat de bedoelde tekens door eenieder ongestoord moeten kunnen worden gebruikt, en dat moet worden vermeden dat een uitsluitend recht wordt toegekend op een teken dat door eenieder ongestoord moet kunnen worden gebruikt teneinde te verhinderen dat een ongerechtvaardigd mededingingsvoordeel wordt verleend aan één enkele marktdeelnemer. Bij arrest van 16 september 2004, SAT.1/BHIM (C-329/02 P, Jurispr. blz. I-8317), heeft het Hof evenwel bovengenoemd arrest vernietigd op grond dat het in punt 36 van het arrest van het Gerecht vermelde criterium niet relevant was voor de toepassing van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

26 Volgens het BHIM heeft de kamer van beroep terecht de aanvraag tot inschrijving van de vorm van een microfoonkop afgewezen op grond dat deze elk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

27 Wat om te beginnen verzoeksters betoog betreft dat het publiek bestaande uit geluidsspecialisten, anders dan gewone consumenten, de vorm van een microfoon gewoonlijk als een aanduiding van de herkomst opvat, wijst het BHIM erop dat dit in werkelijkheid een feitelijk argument is dat wordt weerlegd door de algemene beginselen die berusten op de ervaring op het gebied van de perceptie van de vorm van een waar door de consument, zoals uiteengezet in de communautaire rechtspraak. Derhalve is het BHIM van mening dat deze stelling niet in overeenstemming is met de werkelijkheid. Verder heeft het BHIM ter terechtzitting opgemerkt dat verzoekster haar betoog heeft gebaseerd op studiomicrofoons, terwijl de omschrijving van de waren in de aanvraag veel ruimer was en niet werd beperkt.

28 Vervolgens komt het BHIM op tegen de stelling dat de afplattingen van het rasterwerk van metaaldraad een ongebruikelijk element van microfoons zijn.

29 Met uitzondering van haar oudere nationale inschrijvingen en de tegen concurrenten ingestelde

rechtsovereenkomsten strekkende tot staking van de inbreuken op de daaraan verbonden rechten, heeft verzoekster volgens het BHIM geen enkel element aangedragen dat de vaststelling van de onderzoeker in twijfel kan trekken dat de vorm waarvan de inschrijving wordt aangevraagd, een gebruikelijke vorm is. Het BHIM is van mening dat het feit dat rechtsovereenkomsten worden ingesteld weinig zegt over de situatie op de markt en het nog moeilijker maakt om zich op grond daarvan een idee te vormen van de vermoedelijke perceptie van de consumenten. Net zo min als een nationale inschrijving bindend is voor het BHIM bij zijn beoordeling, kunnen ook de resultaten van een inbreukprocedure die is gebaseerd op nationale rechten, de beoordeling van het onderscheidend vermogen niet beïnvloeden.

30 Het BHIM wijst voorts met klem erop dat verzoeksters betoog duidelijk enkel betrekking heeft op Duitsland en de Verenigde Staten van Amerika, terwijl de vaststelling van de onderzoeker geldt voor de gehele Europese Unie, aangezien kan worden verondersteld dat bovenbedoelde concurrenten hun waren ook in Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en in andere lidstaten op de markt brengen.

31 Met betrekking tot de documenten inzake vormgever Braun-Feldweg die de als merk aangevraagde vorm heeft ontworpen, stelt het BHIM dat deze voor het eerst voor het Gerecht werden overgelegd. Hoe dan ook, het feit dat een zekere Braun-Feldweg erin is geslaagd een hoogtechnisch product te ontwerpen „dat beantwoordt aan de schoonheidscriteria”, bevestigt het esthetische belang van de vorm waarvan de inschrijving wordt aangevraagd, maar geenszins het onderscheidend vermogen ervan in merkenrechtelijke zin. Overigens had de kamer van beroep in punt 25 van de bestreden beslissing reeds daarop gewezen door te erkennen dat de consument het design van de microfoon esthetisch kan achten zonder dat deze evenwel onderscheidend vermogen heeft.

Beoordeling door het Gerecht

32 Het onderscheidend vermogen van een merk in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 houdt in 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 (zie [arrest Hof van 7 oktober 2004, Mag Instrument/BHIM, C-136/02 P, Jurispr. blz. I-9165](#), punt 29, en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Het onderscheidend vermogen moet worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor de 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 Hof van 22 juni 2006, Storck/BHIM, C-24/05 P, Jurispr. blz. I-5677](#), punt 23, en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

Betrokken waren

33 Blijkens de argumenten die verzoekster voor het Gerecht heeft aangevoerd, is zij van mening dat de waren met betrekking tot welke het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk moet worden beoordeeld, uitsluitend waardevolle microfoons en met name studiomicrofoons zijn. Gelet op de in punt 4 supra weergegeven opgave van waren, kan deze stelling evenwel niet worden aanvaard. Het gebruik van de term „met name” in de omschrijving van de waren betekent immers dat de studiomicrofoons, condensatormicrofoons en drukgradiëntmicrofoons slechts als voorbeelden zijn vermeld en dat de opgave van waren dus betrekking heeft op microfoons in het algemeen.

34 In dit verband is het mogelijk dat verzoekster enkel waardevolle microfoons van hoge kwaliteit produceert, die bijgevolg uitsluitend worden gekocht door vaklieden en specialisten op het gebied van akoestiek. Zoals blijkt uit de rechtspraak van het Gerecht, maken omstandigheden die losstaan van het aan het gemeenschapsmerk verbonden recht, zoals de verkoopformule en in het bijzonder de prijs van de betrokken waar, evenwel geen deel uit van de inschrijving, zodat zij niet in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een merk [zie in die zin 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 36, en de aldaar aangehaalde rechtspraak].

35 Uit het dossier blijkt niet dat de hoge kwaliteit of het waardevolle karakter van de in de inschrijvingsaanvraag opgegeven waren elementen zijn die noodzakelijkerwijs worden bepaald door de aard van deze waren (te weten microfoons) of door de in punt 2 supra weergegeven vorm die als merk is aangevraagd. Verzoeksters stelling dat het waardevolle karakter van de microfoons blijkt uit het aanbrenge van een microfoonkop, wordt daarentegen weerlegd door het betoog van verzoekster voor de kamer van beroep dat bepaalde microfoons met een soortgelijk ontwerp van lage kwaliteit waren en niet rechtstreeks met haar waren concurreerden. Uit het dossier blijkt evenmin dat de vorm die als merk is aangevraagd, uitsluitend kan worden gebruikt voor studiomicrofoons. Verzoekster stelt integendeel dat deze geen enkele functie als zodanig vervult.

36 Verder is het Gerecht van oordeel dat geen gevolg dient te worden gegeven aan het verzoek dat verzoekster subsidiair in haar memorie van repliek heeft geformuleerd en dat ertoe strekt, de opgave van in de inschrijvingsaanvraag opgenomen waren, zoals weergegeven in punt 4 supra, te beperken tot „studiomicrofoons en de onderdelen ervan”. Dit verzoek beoogt immers een wijziging van het relevante publiek met betrekking tot hetwelk de kamer van beroep het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk heeft beoordeeld, en dus noodzakelijkerwijs een wijziging van de draagwijdte van het geschil. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens artikel 135, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering

van het Gerecht de memories van de partijen geen wijziging kunnen brengen in het onderwerp van het geschil voor de kamer van beroep. In een geding als het onderhavige dient het Gerecht immers de rechtmatigheid van de beslissingen van de kamers van beroep te toetsen [arresten Gerecht van 9 oktober 2002, KWS Saat/BHIM (Tint oranje), T-173/00, Jurispr. blz. II-3843, punt 13, en 21 april 2005, Ampafrance/BHIM – Johnson & Johnson (monBeBé), T-164/03, Jurispr. blz. II-1401, punten 20 en 21].

37 Bijgevolg moet het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk worden beoordeeld met betrekking tot de waren die zijn opgenomen in de in punt 4 supra vermelde opgave.

Relevante publiek

38 Met betrekking tot het relevante publiek dient te worden geoordeeld dat de betrokken waren in beginsel niet zijn bestemd voor een breed publiek, maar voor een beperkte kring van consumenten. Bijgevolg dient de definitie te worden gehanteerd die de kamer van beroep in punt 24 van de bestreden beslissing heeft gegeven. Volgens deze definitie, waartegen verzoekster niet is opgekomen, zijn de betrokken waren bestemd voor „de beperkte groep van personen met bijzondere kennis op het gebied van microfoons”.

39 Gelet op de voorgaande overwegingen inzake de betrokken waren, mag deze definitie evenwel niet worden opgevat als een verwijzing „uitsluitend naar vaklieden, in het bijzonder geluidstechnici voor wie microfoons een werkinstrument zijn”, zoals verzoekster suggereert. Microfoons, begrepen zonder de beperking waarom verzoekster in haar memorie van repliek heeft verzocht, zijn immers zeker bestemd voor een ruimer publiek, namelijk ook voor consumenten die deze niet voor beroepsdoeleinden gebruiken.

40 Voorts zij eraan herinnerd dat de wijze waarop het relevante publiek een merk opvat, afhangt van zijn aandachtsniveau, dat kan variëren naargelang van de soort waren of diensten waarom het gaat ([arrest Hof van 22 juni 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Jurispr. blz. I-3819](#), punt 26). In casu kan worden aangenomen dat het aandachtsniveau van het publiek bij de keuze van de betrokken waren waarschijnlijk hoog is, aangezien microfoons minder vaak worden gebruikt als en waardevoller zijn dan gangbare verbruiksgoederen.

Onderscheidend vermogen

41 Volgens vaste rechtspraak verschillen de criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken bestaande in de verschijningsvorm van de waar zelf, niet van die welke voor andere categorieën merken gelden (zie [arrest Storck/BHIM](#), reeds aangehaald, punt 24, en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk dient dus te worden beoordeeld aan de hand van de in punt 32 supra vermelde criteria.

42 Bij de toepassing van deze criteria is de perceptie door het relevante publiek in het geval van een driedimensionaal merk bestaande in de verschijningsvorm van de waar zelf, evenwel niet noodzakelijk dezelfde

als bij een woord- of beeldmerk dat bestaat in 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 arrest [Storck/BHIM, reeds aangehaald](#), punt 25, en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

43 Alleen een merk dat op significante wijze afwijkt van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is, en derhalve de wezenlijke functie van herkomstaanduiding vervult, heeft dus onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 (zie arrest [Storck/BHIM, reeds aangehaald](#), punt 26, en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

44 In casu dient om te beginnen het argument te worden onderzocht dat het relevante publiek ontvankelijk is gemaakt voor de vorm van microfoonkoppen als herkomstaanduiding.

45 In dit verband dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat, anders dan verzoekster aanvoert, de kamer van beroep geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 23 van de bestreden beslissing eraan te herinneren dat de perceptie door het relevante publiek in het geval van een driedimensionaal merk bestaande in de verschijningsvorm van de waar zelf, niet noodzakelijk dezelfde is als bij een woord- of beeldmerk dat bestaat in een van het uiterlijk van de erdoor aangeduide waar onafhankelijk teken. Door dit te doen heeft de kamer van beroep zich immers geenszins op het standpunt gesteld dat de consument principieel onverschillig staat tegenover de vorm als aanduiding van de herkomst van de waren of dat de vorm van een microfoonkop nooit onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 kan hebben.

46 Wat in de tweede plaats de perceptie van het in casu relevante publiek betreft, is het Gerecht van oordeel dat de omstandigheid dat de gemiddelde consument van de betrokken waren ter zake kundig en zeer aandachtig is, als zodanig niet volstaat als bewijs dat hij gewend is om een herkomstaanduiding te zien in de vorm van deze waren. Er kan weliswaar worden verondersteld dat dit publiek meer aandacht zal besteden aan de verschillende technische of esthetische details van de waar, maar dit impliceert niet automatisch dat het zal denken dat deze de functie van een merk vervullen. In dit verband merkt het Gerecht op dat verzoekster geen enkel concreet element aandraagt ten bewijze dat in de betrokken sector een praktijk bestaat waarbij de waren van de verschillende producenten aan de hand van de vorm ervan van elkaar worden onderscheiden. Bij gebreke van dergelijke elementen is het argument dat de vorm van een microfoonkop bijzonder geschikt is om de betrokken waren te individualiseren, eveneens ontoereikend.

47 Hieraan dient te worden toegevoegd dat, zelfs indien de gemiddelde consument van de betrokken waren zeer goed in staat is, de vorm van microfoonkoppen als een aanduiding van de herkomst ervan waar te nemen, deze vaststelling niet betekent dat elke vorm van een microfoonkop het onderscheidend vermogen bezit dat is vereist voor de inschrijving ervan als gemeenschapsmerk. Om te kunnen concluderen dat het aangevraagde merk in een dergelijk geval onderscheidend vermogen heeft, dient immers nog te worden nagegaan of de betrokken vorm voldoende kenmerkend is om de aandacht van het publiek te trekken [zie in die zin arrest Gerecht van 24 november 2004, Henkel/BHIM (Vorm van witte doorzichtige flacon), T-393/02, Jurispr. blz. II-4115, punt 34, en de aldaar aangehaalde rechtspraak].

48 Met betrekking tot de vraag of het aangevraagde merk onderscheidend vermogen heeft, dient de door dit merk opgeroepen totaalindruk te worden onderzocht, wat niet onverenigbaar is met een achtereenvolgend onderzoek van de verschillende voor dit merk gebruikte elementen van de aanbiedingsvorm. Het kan immers nuttig zijn om tijdens de globale beoordeling elk bestanddeel van het betrokken merk te onderzoeken (zie arrest Hof van 30 juni 2005, [Eurocermex/BHIM](#), C-286/04 P, Jurispr. blz. I-5797, punten 22 en 23, en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

49 Volgens de beschrijving die verzoekster van het aangevraagde merk heeft gegeven en die juist lijkt gelet op de weergave ervan in punt 2 supra, wordt dit merk gekenmerkt door de volgende elementen:

- een metalen cirkelvormige ring;
- een metalen beugel die verticaal op de cirkelvormige ring staat;
- twee tegenover elkaar staande halve koppen van rasterwerk, die gaan van de cirkelvormige ring tot de beugel;
- twee afplattingen van de halve koppen die tegenover elkaar naar de top van de bol convergeren in de vorm van hyperbolische gedeeltelijke ellipsen.

50 Verzoekster is het eens met de kamer van beroep dat de eerste drie elementen ook vele andere microfoonkoppen kenmerken, maar zij voert aan dat de vorm van de microfoonkop die als merk is aangevraagd zich opmerkelijk onderscheidt van die van gewone en traditionele microfoonkoppen wegens de symmetrische afplattingen van het rasterwerk aan weerszijden van de beugel. Doordat gedeeltelijk een vlak is gesneden in een in wezen cilindervormig lichaam, heeft elk oppervlak immers de ongebruikelijke vorm van hyperbolische gedeeltelijke ellipsen die, ook van de zijkant, duidelijk in het oog springen en een „identificatiestempel” van het aangevraagde merk vormen. Volgens verzoekster is de kamer van beroep voorbijgegaan aan dit kenmerk en heeft zij dus haar beoordeling van het onderscheidend vermogen gebaseerd op een onvolledige analyse van het betrokken merk.

51 Dienaangaande dient te worden vastgesteld dat de kamer van beroep bij de beschrijving van de bestanddelen van het aangevraagde merk in punt 25 van de bestreden beslissing geen melding heeft gemaakt

van de afplattingen van het rasterwerk. Evenwel blijkt eveneens uit dit punt dat zij haar conclusie dat het aangevraagde merk geen enkel extra element bezit op grond waarvan het merk in herinnering kan blijven en als de waar van een bepaalde onderneming kan worden geïdentificeerd, heeft gebaseerd op een onderzoek van de door de onderzoeker overgelegde stukken.

52 Bij analyse van de stukken van het dossier van de kamer van beroep blijkt dat een aantal door de onderzoeker genoemde microfoonkoppen wordt gekenmerkt door afplattingen van het rasterwerk, zodat het oppervlak ervan de vorm van „hyperbolische gedeeltelijke ellipsen” heeft. Bovendien erkent verzoekster zelf dat onder de door de onderzoeker gegeven voorbeelden zich ook microfoonkoppen met „vergelijkbare” of „soortgelijke” vorm bevinden. Voor het overige blijkt uit het dossier van de kamer van beroep dat verzoekster ter rechtvaardiging van de tegenover een aantal ondernemingen getroffen maatregelen heeft aangevoerd dat deze ondernemingen microfoonkoppen produceerden of in de handel brachten waarvan het design kenmerken bezat die identiek of bijna identiek waren aan die van verzoeksters merk.

53 In deze omstandigheden is het Gerecht van oordeel dat de onvolledigheid van de beschrijving van de bestanddelen van het aangevraagde merk bovengenoemde conclusie van de kamer van beroep niet op losse schroeven zet. Hoe dan ook dient eraan te worden herinnerd dat volgens de opzet van verordening nr. 40/94 inschrijving enkel kan plaatsvinden op grond en binnen de grenzen van de door de aanvrager bij het BHIM ingediende inschrijvingsaanvraag. De beschrijving van het aangevraagde merk door de kamer van beroep is dus in geen geval relevant voor het onderzoek of de betrokken vorm onderscheidend vermogen heeft, aangezien alleen de vorm zoals weergegeven in punt 2 supra dient te worden onderzocht [zie in die zin arresten Gerecht van 30 november 2005, Almdudler-Limonade/BHIM (Vorm van limonadefles), T-12/04, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 42, en 31 mei 2006, De Waele/BHIM (Vorm van worst), T-15/05, Jurispr. blz. II-1511, punt 36].

54 Afgezien van de afplattingen van het rasterwerk in de vorm van hyperbolische gedeeltelijke ellipsen wijst verzoekster op geen enkel kenmerk van de als merk aangevraagde vorm dat afzonderlijk of in combinatie met andere kenmerken het relevante publiek in staat stelt, haar waren te onderscheiden van die van andere ondernemingen. Het Gerecht moet daaruit afleiden dat de eventuele verschillen tussen de als merk aangevraagde vorm en de microfoons die worden gekenmerkt door afplattingen van het rasterwerk in de vorm van hyperbolische gedeeltelijke ellipsen en die zijn opgenomen in het dossier van de kamer van beroep, niet de aandacht van het relevante publiek trekken als aanduiding van de herkomst van de betrokken waren. Gelet op de mate van overeenstemming van het aangevraagde merk met de andere geanalyseerde vormen, wordt deze conclusie bovendien niet op losse schroeven gezet door het feit dat het aandachtsniveau

van het relevante publiek bij de keuze van de betrokken waren waarschijnlijk hoog is.

55 Het feit dat de vorm van de microfoonkop die als merk is aangevraagd, geen enkele functie als zodanig vervult, doet voorts evenmin af aan deze conclusie. Voor zover het relevante publiek het teken als een aanduiding van de commerciële herkomst van de waar of dienst opvat, doet het feit dat dit teken al dan niet tegelijkertijd een andere dan de herkomstaanduidende functie (zoals een technische functie) vervult, immers niet af aan het onderscheidend vermogen ervan (zie arrest Gerecht, Tint oranje, reeds aangehaald, punt 30).

56 Met betrekking tot verzoeksters argument dat het aangevraagde merk zich opmerkelijk onderscheidt van gewone en traditionele microfoonkoppen met cilinder- of bolvorm, dient te worden vastgesteld dat het relevante publiek, dat volgens de definitie van de kamer van beroep bijzondere kennis op dit gebied bezit, niet alleen de gewone en traditionele vormen van de betrokken waren zal kennen, maar ook de minder typische vormen die voor een leek ongebruikelijk kunnen lijken. Het Gerecht is van oordeel dat de voorbeelden in het dossier van de kamer van beroep rechtens genoegzaam aantonen dat het relevante publiek gewend is aan microfoonkoppen die dit kenmerk bezitten dat verzoekster beschouwt als een „identificatiestempel” van het aangevraagde merk, en dus dat dit type microfoonkoppen deel uitmaakt van de norm of van wat op de betrokken markt gangbaar is.

57 Evenwel zij eraan herinnerd dat verzoekster de relevantie van de voorbeelden van de onderzoeker betwist. Met betrekking tot de door de onderzoeker aangehaalde microfoons met een kop die vergelijkbaar is met die waarvan de vorm als merk is aangevraagd, merkt zij op dat de producenten van die microfoons werden gedwongen af te zien van de productie en verkoop ervan, zoals voor de kamer van beroep werd uiteengezet. Aangezien het door de onderzoeker genoemde gebruik niet meer plaatsvindt, kan dit niet langer afbreuk doen aan het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk.

58 Op dit punt is het Gerecht in de eerste plaats van oordeel dat de door verzoekster gestelde feiten niet rechtens afdoende zijn aangetoond. Zoals het BHIM ter terechtzitting heeft opgemerkt, blijkt immers noch uit de uiteenzetting van de gronden van het beroep noch uit de bijlagen daarbij dat met succes beschermende maatregelen werden getroffen tegen alle vergelijkbare vormen die door de onderzoeker zijn genoemd. In het bijzonder blijkt met betrekking tot de microfoon Røde dat beschermende maatregelen enkel werden getroffen tegen de Duitse distributeur van haar waren, Kotec Music Electronic.

59 In de tweede plaats blijkt uit het dossier van de kamer van beroep dat verzoekster tegen bepaalde vergelijkbare vormen beschermende maatregelen heeft getroffen na de datum van indiening van de inschrijvingsaanvraag. In deze omstandigheden zou het afwijzen van de relevantie van deze voorbeelden van vormen op grond dat verzoeksters concurrenten hebben afgezien van het gebruik ervan, ertoe leiden dat een

merk werd ingeschreven dat op het ogenblik van de indiening van de aanvraag geen onderscheidend vermogen van huis uit bezat. Een dergelijk resultaat kan niet worden aanvaard [zie in die zin arrest Gerecht van 6 maart 2003, DaimlerChrysler/BHIM (Grille), T-128/01, Jurispr. blz. II-701, punt 41].

60 In de derde plaats en hoe dan ook is het Gerecht van oordeel dat de kamer van beroep in punt 29 van de bestreden beslissing op goede gronden heeft gesteld dat de wijze waarop de concurrerende ondernemingen, terecht of ten onrechte, hebben gehandeld, in casu niet volstaat om het aangevraagde merk onderscheidend vermogen te verlenen.

61 Zoals hierboven werd vastgesteld, is het relevante publiek immers reeds gewend aan vormen die vergelijkbaar zijn met de als merk aangevraagde vorm, en mist het aangevraagde merk daardoor onderscheidend vermogen van huis uit. Er is geen enkele reden om aan te nemen dat de omstandigheid dat de concurrerende ondernemingen werden gedwongen af te zien van de productie en verkoop van waren met een vorm die vergelijkbaar is met de als merk aangevraagde vorm, heeft geleid tot een plotse wijziging van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is.

62 Hieraan dient te worden toegevoegd dat de relevantie van de voorbeelden van vergelijkbare vormen voor het onderzoek of het aangevraagde merk onderscheidend vermogen heeft in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, niet kan worden aangevochten op grond dat de handelwijze van derden die waren met deze vormen produceren of verkopen, eventueel zou kunnen vallen onder de nationale regelingen inzake oneerlijke mededinging (zie in die zin arrest Vorm van limonadefles, reeds aangehaald, punt 51) of inzake merkenrecht. Het communautaire merkensysteem is immers een autonoom systeem, dat uit een samenstel van eigen voorschriften bestaat en eigen doelstellingen nastreeft, en waarvan de toepassing losstaat van welk nationaal systeem ook. De vraag of een teken als gemeenschapsmerk kan worden ingeschreven, dient derhalve alleen op basis van de relevante communautaire regeling te worden beantwoord [arresten Gerecht van 7 februari 2002, Mag Instrument/BHIM (Vorm van zaklampen), T-88/00, Jurispr. blz. II-467, punt 41, en Vorm van witte doorzichtige flacon, reeds aangehaald, punt 45]. Verzoekster heeft overigens niet aangetoond dat de door de onderzoeker aangehaalde vormen geen weerspiegeling zijn van de norm of van wat in de betrokken sector werkelijk gangbaar is.

63 In deze omstandigheden kan de relevantie van de voorbeelden die de onderzoeker heeft betrokken bij het onderzoek of het aangevraagde merk onderscheidend vermogen heeft, niet in twijfel worden getrokken.

64 Met betrekking tot de elementen die waren aangevoerd ten bewijze van het voortreffelijke design van de betrokken vorm moet voorts eraan worden herinnerd dat de omstandigheid dat waren een hoogwaardig design hebben, niet noodzakelijkerwijs impliceert dat een merk bestaande uit de driedimensionale vorm van deze waren zich van meet af aan ertoe leent, deze waren te onderscheiden van die van andere ondernemingen in de

zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 (arrest Mag Instrument/BHIM, reeds aangehaald, punt 68). Bijgevolg heeft de kamer van beroep op goede gronden geoordeeld dat het mogelijk is dat de consumenten het design van het aangevraagde merk esthetisch achten, maar dat het onwaarschijnlijk is dat zij daarin een verwijzing naar de herkomst van de waren zien (punt 25 van de bestreden beslissing).

65 Voorts dient, zonder dat de ontvankelijkheid ervan behoeft te worden onderzocht, het argument te worden afgewezen dat verzoekster voor het eerst ter terechtzitting heeft aangevoerd en volgens hetwelk de kamer van beroep in punt 22 van de bestreden beslissing ten onrechte heeft verwezen naar punt 36 van het arrest SAT.2, dat door het Hof werd vernietigd (zie punt 25 supra). Uit de bestreden beslissing blijkt immers dat de kamer van beroep heeft geconcludeerd dat het aangevraagde merk geen onderscheidend vermogen heeft op grond dat dit merk niet door de vorm alleen bij het relevante publiek in herinnering kan blijven en niet als een of andere vorm van een microfoonkop, maar als de waar van een bepaalde onderneming kan worden geïdentificeerd (punt 25 van de bestreden beslissing). De kamer van beroep heeft zich dus niet gebaseerd op de overwegingen van punt 36 van het arrest SAT.2, maar heeft zich toegelegd op de vraag of het aangevraagde merk het relevante publiek in staat stelt verzoeksters waren te onderscheiden van die met een andere herkomst. Niettegenstaande de overwegingen van de punten 22 en 27 van de bestreden beslissing heeft de kamer van beroep dus voor het nemen van haar beslissing de relevante criteria juist toegepast in overeenstemming met de in punt 32 supra aangehaalde rechtspraak.

66 Ten slotte dient ook het verzoek om maatregelen tot organisatie van de procesgang en maatregelen van instructie (zie punt 11 supra) te worden afgewezen. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het aan het Gerecht staat om te beoordelen of dergelijke maatregelen nuttig zijn (arrest Hof van 2 oktober 2003, Corus UK/Commissie, C-199/99 P, Jurispr. blz. I-11177, punt 67, en arrest Gerecht van 20 maart 1991, Pérez-Mínguez Casariego/Commissie, T-1/90, Jurispr. blz. II-143, punt 94). In casu acht het Gerecht zich voldoende ingelicht door de volledige procedure. Zoals blijkt uit de voorgaande overwegingen, bevat het dossier van de kamer van beroep immers voldoende elementen voor de vaststelling dat de weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 terecht werd toegepast.

67 Gelet op een en ander, moet het beroep worden verworpen.

Kosten

68 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van het BHIM te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) Het beroep wordt verworpen.
 - 2) Georg Neumann GmbH wordt verwezen in de kosten.
-