

Gerecht van Eerste Aanleg EG, 29 april 2009, Borco-Marken v BHIM - α



MERKENRECHT

Letters op zich – zonder grafische versieringen – kunnen onderscheidend vermogen hebben

- Door a priori het ontbreken van onderscheidend vermogen van het aangevraagde teken af te leiden uit de afwezigheid van grafische wijzigingen of versieringen, heeft de kamer van beroep in strijd met artikel 4 van verordening nr. 40/94 impliciet maar noodzakelijkerwijs geoordeeld dat de betrokken letter op zich niet het door artikel 7, lid 1, sub b, vereiste minimum aan onderscheidend vermogen vertoont om te kunnen worden ingeschreven als gemeenschapsmerk

In de eerste plaats heeft de kamer van beroep in de punten 17 en 20 van de bestreden beslissing gesteld dat letters op zich en dus de litigieuze kleine letter „α”, voor zover daaraan geen elementen van grafische voorstelling zijn toegevoegd die over het geheel genomen een grafisch effect sorteren, elk onderscheidend vermogen missen, aangezien een teken „iets is dat merkbaar is, dat zich ertoe leent om in het geheugen te worden gegrift en herkend”.

42 Door aldus a priori het ontbreken van onderscheidend vermogen van het aangevraagde teken af te leiden uit de afwezigheid van grafische wijzigingen of versieringen, heeft de kamer van beroep in strijd met artikel 4 van verordening nr. 40/94 impliciet maar noodzakelijkerwijs geoordeeld dat de betrokken letter op zich niet het door artikel 7, lid 1, sub b, vereiste minimum aan onderscheidend vermogen vertoont om te kunnen worden ingeschreven als gemeenschapsmerk.

43 Naast het feit dat blijkt artikel 4 van verordening nr. 40/94 letters gemeenschapsmerken kunnen vormen, mits deze de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden [arrest E, reeds aangehaald, punt 38; zie ook, in die zin, arrest Gerecht van 13 juni 2007, IVG Immobilen/BHIM (I), T-441/05, Jurispr. blz. II-1937, punt 47], is de inschrijving van een teken als merk niet afhankelijk van de vaststelling van een bepaald niveau van kunstzinnige creativiteit of verbeelding van de aanvrager van het merk (arrest Hof van 16 september 2004, SAT.1/BHIM, C-329/02 P, Jurispr. blz. I-8317, punt 41), maar louter van de geschiktheid van het teken om de waren van de aanvrager van het merk te onderscheiden van die welke door zijn concurrenten worden aangeboden [arrest Gerecht van 27 februari 2002, Rewe-Zentral/BHIM (LITE), T-79/00, Jurispr. blz. II-705,

punt 30]. De kamer van beroep heeft het litigieuze teken op dit punt niet concreet onderzocht.

Concreet onderzoek naar onderscheidend vermogen vereist

- De principiële weigering om enig onderscheidend vermogen toe te kennen aan letters op zich, die aldus wordt uitgedrukt zonder voorbehoud en zonder beroep op het in punt 39 supra in herinnering gebrachte concrete onderzoek, druist in tegen de bewoordingen zelf van artikel 4 van verordening nr. 40/94, dat de letters rekent tot de voor grafische voorstelling vatbare tekens die een merk kunnen vormen, voor zover zij de waren en diensten van een onderneming kunnen onderscheiden.

Belang van beschikbaarheid van tekens staat aan geschiktheid als merk niet in de weg

- De kamer van beroep mocht de inschrijving van de letter „α” niet weigeren op grond van het argument inzake de beschikbaarheid van tekens, aangezien deze overweging geenszins een concreet onderzoek uitsluit van de geschiktheid van het aangevraagde merk om de waar of dienst waarvoor de inschrijving wordt aangevraagd, als afkomstig van een bepaalde onderneming te identificeren en dus deze waar of dienst van die van andere ondernemingen te onderscheiden

In de derde plaats heeft de kamer van beroep, onder verwijzing naar het reeds aangehaalde arrest Libertel, in punt 23 van de bestreden beslissing geoordeeld dat letters op zich, zoals kleuren en cijfers op zich, als fundamentele elementen ter beschikking van eenieder moeten blijven als „basisvoorraad” ter identificatie, beschrijving of met het oog op andere gebruikswijzen.

49 Zoals reeds in herinnering is gebracht, is een dergelijke overweging, volgens welke het principieel onmogelijk is, een letter op zich als merk in te schrijven, zonder dat wordt overgegaan tot het concrete onderzoek van de geschiktheid van het litigieuze teken om de betrokken waren van die van andere ondernemingen te onderscheiden, in strijd met artikel 4 van verordening nr. 40/94.

50 Wat verder het arrest Libertel betreft, dat in de bestreden beslissing wordt vermeld en door het BHIM wordt aangevoerd, is het juist dat het Hof heeft verklaard dat op het gebied van het communautaire merkenrecht het bestaan moet worden aanvaard van een algemeen belang dat de beschikbaarheid van kleuren niet ongerechtvaardigd wordt beperkt voor de andere marktdeelnemers die waren of diensten aanbieden van het type waarvoor de inschrijving is aangevraagd (arrest Libertel, reeds aangehaald, punt 60). 51 Het Hof heeft niettemin gesteld dat een kleur onderscheidend vermogen kan toekomen op voorwaarde dat de kleur in de perceptie van het relevante publiek geschikt is om de in de merkaanvraag opgegeven waren of diensten te identificeren en om deze waren of diensten van die van andere ondernemingen te onderscheiden (arrest Libertel, reeds aangehaald, punt 69). De relevantie hiervan voor het onderhavige geding

wordt niet op losse schroeven gezet door de regel in hetzelfde arrest, volgens welke het slechts in uitzonderlijke omstandigheden denkbaar is dat een kleur als zodanig onderscheidend vermogen toekomt alvorens daarvan enig gebruik is gemaakt (arrest Libertel, reeds aangehaald punt 66), aangezien dit voorbehoud werd gemaakt gelet op het voordien door het Hof vastgestelde feit dat de perceptie door het relevante publiek van een teken dat uit een kleur als zodanig bestaat, niet noodzakelijkerwijs dezelfde is als van een woord- of beeldmerk, dat – zoals in casu – bestaat in een teken dat niet samenvalt met het uiterlijk van de erdoor aangeduide waren ([arrest Libertel](#), reeds aangehaald, punt 65).

Vindplaatsen: curia.europa.eu

Gerecht van Eerste Aanleg EG, 29 april 2009

(xxx)

ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

29 april 2009 (*)

„Gemeenschapsmerk – Aanvraag voor gemeenschapsbeeldmerk α – Absolute weigeringsgrond – Onderscheidend vermogen – Artikel 7, lid 1, sub b, van verordening (EG) nr. 40/94”

In zaak T-23/07,

BORCO-Marken-Import Matthiesen GmbH & Co. KG, gevestigd te Hamburg (Duitsland), vertegenwoordigd door M. Wolter, advocaat, verzoekster,

tegen

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

betreffende een beroep tegen de beslissing van de vierde kamer van beroep van het BHIM van 30 november 2006 (zaak R 808/2006-4) inzake de inschrijving van het beeldteken α als gemeenschapsmerk,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: A. W. H. Meij, kamerpresident, V. Vadapalas en L. Truchot (rapporteur), rechters, griffier: T. Weiler, administrateur,

gezien het op 5 februari 2007 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 26 april 2007 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

gezien de beschikking van 5 juni 2007 houdende afwijzing van het verzoek om toelating tot het indienen van een memorie van repliek,

gezien de wijziging van de samenstelling van de kamers van het Gerecht,

gezien de schriftelijke vragen van het Gerecht aan partijen,

na de terechtzitting op 19 november 2008, in de loop waarvan documenten werden overgelegd door verzoekster,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Op 14 september 2005 heeft verzoekster, BORCO-Marken-Import Matthiesen GmbH & Co. KG, 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 het volgende beeldteken:



3 De waren waarvoor de inschrijving is aangevraagd, behoren tot klasse 33 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: „Alcoholhoudende dranken, uitgezonderd bieren, wijnen, mousserende wijnen en dranken die wijn bevatten”.

4 Bij beslissing van 31 mei 2006 heeft de onderzoeker de inschrijvingsaanvraag krachtens artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 afgewezen op grond dat het teken elk onderscheidend vermogen miste. De onderzoeker heeft zich op het standpunt gesteld dat het aangevraagde merk de getrouwe weergave van de Griekse kleine letter „ α ” was, zonder grafische wijzigingen, en dat Griekstalige kopers in dit teken geen aanduiding van de commerciële herkomst van de in de merkaanvraag opgegeven waren zouden zien.

5 Op 15 juni 2006 heeft verzoekster bij het BHIM beroep ingesteld tegen deze beslissing.

6 De vierde kamer van beroep van het BHIM heeft dit beroep bij beslissing van 30 november 2006 (hierna: „bestreden beslissing”) verworpen, op grond dat het aangevraagde teken het door artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 vereiste onderscheidend vermogen miste.

Conclusies van partijen

7 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

- de bestreden beslissing te vernietigen;
- vast te stellen dat artikel 7, lid 1, sub b en c, en lid 2, van verordening nr. 40/94 niet in de weg staat aan de publicatie van het aangevraagde merk voor de in de inschrijvingsaanvraag opgegeven waren van klasse 33;
- het BHIM te verwijzen in de kosten.

8 Het BHIM concludeert dat het het Gerecht behage:

- de tweede vordering van verzoekster niet-ontvankelijk te verklaren;
- het beroep voor het overige ongegrond te verklaren;
- verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

Ontvankelijkheid van de bewijzen die verzoekster voor het eerst voor het Gerecht heeft overgelegd

9 Het beroep bij het Gerecht is gericht op toetsing van de rechtmatigheid van de beslissingen van de kamers van beroep van het BHIM in de zin van artikel 63 van verordening nr. 40/94. Het Gerecht heeft derhalve niet tot taak de feiten opnieuw te onderzoeken tegen de achtergrond van bewijsstukken die voor het eerst voor hem zijn aangevoerd. Het toelaten van deze bewijzen is immers in strijd met artikel 135, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, volgens hetwelk de memories van partijen geen wijziging kunnen brengen in het onderwerp van het geschil voor de kamer van beroep. Bijgevolg zijn de documenten die verzoekster voor het eerst ter terechtzitting heeft overgelegd, niet-ontvankelijk [zie, in die zin, arrest Gerecht van 6 maart 2003, DaimlerChrysler/BHIM (Grille van voertuig), T-128/01, Jurispr. blz. II-701, punt 18].

Ten gronde

Argumenten van partijen

10 Ter ondersteuning van haar beroep voert verzoekster drie middelen aan, te weten schending van artikel 7, lid 1, sub b, van artikel 7, lid 1, sub c, en van artikel 12 van verordening nr. 40/94.

11 In het kader van haar eerste middel betoogt verzoekster dat het aangevraagde teken het door artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 vereiste onderscheidend vermogen heeft, aangezien dit teken zich ertoe leent de betrokken waren van klasse 33 als afkomstig van haar onderneming te identificeren en dus deze waren van die van andere ondernemingen te onderscheiden.

12 Aangezien volgens artikel 4 van verordening nr. 40/94 letters een merk kunnen vormen, kan hen niet principieel onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, worden ontzegd zonder dat artikel 4 elke betekenis verliest.

13 Het argument van de kamer van beroep, dat letters beschikbaar moeten blijven, faalt. Om te beginnen kan zelfs een kleur onderscheidend vermogen hebben en dus worden ingeschreven. Het streven om een monopolie op bepaalde letters te voorkomen, staat voorts los van de vraag of deze onderscheidend vermogen hebben. Overigens is het gebruik voor uitsluitend beschrijvende doeleinden uitdrukkelijk als voorbehoud opgenomen in artikel 12 van verordening nr. 40/94.

14 Verzoekster voert aan dat een minimum aan onderscheidend vermogen volstaat om merken bescherming te bieden, ongeacht de categorie van tekens in de zin van artikel 4 van verordening nr. 40/94 waartoe deze behoren. Letters kunnen dus niet principieel en zelfs zonder enig onderzoek van de betrokken waren onderscheidend vermogen worden ontzegd op de loutere grond dat zij geen enkel extra element bevatten dat origineel is of hen individualiseert.

15 Om woord- of beeldmerken in de vorm van letters onderscheidend vermogen te ontzeggen op grond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, dient te worden overgegaan tot concrete vaststellingen waaruit kan worden geconcludeerd dat het relevante publiek de betrokken letter niet opvat als een aandui-

ding van de herkomst van de aangeduide waren. Uit de bestreden beslissing blijkt niet dat de kamer van beroep concreet heeft onderzocht dat het aangevraagde teken elk onderscheidend vermogen miste in die zin dat het relevante publiek dit beschrijvend achtte voor de betrokken waren.

16 Uit de bestreden beslissing blijkt niet dat de betrokken Griekstalige consumenten de kleine letter „α” gebruiken of begrijpen als een orde van grootte, een aanduiding van een categorie of als een soortnaam voor alcoholhoudende dranken.

17 Het BHIM betoogt dat de tweede vordering niet-ontvankelijk is, aangezien volgens artikel 63, lid 6, van verordening nr. 40/94 niet het Gerecht, maar alleen het BHIM de consequenties dient te trekken die uit een eventueel vernietigingsarrest voortvloeien.

18 Ten gronde is het BHIM met betrekking tot het eerste middel van mening dat de kamer van beroep niet is voorbijgegaan aan het feit dat de criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen dezelfde zijn voor alle categorieën van merken, al kan het moeilijker blijken te zijn om onderscheidend vermogen bij bepaalde ervan vast te stellen. Klassieke woordmerken, beeldmerken of driedimensionale merken kunnen onmiddellijk worden opgevat als een aanduiding van de commerciële herkomst van de aangeduide waren, maar dit is niet noodzakelijkerwijs het geval bij tekens bestaande in één letter. Deze kunnen worden beschouwd als de aanduiding van een orde van grootte, van een type van waren of als een soortnaam, en zij worden daartoe ook gebruikt.

19 Het standpunt van de kamer van beroep, volgens hetwelk letters op zich niet zullen worden opgevat als een aanduiding van de commerciële herkomst van de aangeduide waren, impliceert niet dat het onmogelijk is om merken bestaande in één letter in te schrijven. De kamer van beroep heeft duidelijk uiteengezet dat, hoewel een letter op zich in abstracto geschikt is om een merk te vormen in de zin van artikel 4 van verordening nr. 40/94, daaruit geen conclusie kan worden getrokken met betrekking tot het onderscheidend vermogen dat deze in concreto heeft.

20 De kamer van beroep heeft dus het door artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 vereiste onderscheidend vermogen van een letter op zich niet volledig uitgesloten, zoals blijkt uit het door haar verrichte onderzoek van het onderscheidend vermogen dat het betrokken teken in concreto heeft.

21 Volgens de kamer van beroep moet de toetsing van de vraag of een teken beschikbaar moet blijven, enkel worden verricht in het kader van de beoordeling van het beschrijvend karakter ervan in de zin van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94. Zoals de kamer van beroep heeft beklemtoond, dient evenwel te worden verwezen naar het [arrest van het Hof van 6 mei 2003, Libertel \(C-104/01, Jurispr. blz. I-3793\)](#), waarin uitspraak is gedaan over het onderscheidend vermogen van een teken. In dit arrest heeft het Hof immers geoordeeld dat de beschikbaarheid van kleuren niet ongerechtvaardigd moet worden beperkt, gelet op het beperkte aantal ervan. Hetzelfde geldt voor letters

op zich, zodat het onderhavige geval volstrekt vergelijkbaar is.

22 In casu dient dus via een vooronderzoek en los van elke beoordeling van het daadwerkelijk gebruik van het teken in de zin van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 te worden onderzocht of het uitgesloten lijkt dat het relevante publiek aan de hand van dit teken de betrokken waren zal kunnen onderscheiden van die van andere herkomst, wanneer dit publiek bij zijn aankoop een keuze zal moeten maken.

23 Het aangevraagde teken bestaat in een letter die als een beeldteken is weergegeven, maar waarvan de wijziging zo subtiel is dat hij wordt opgevat als een gewone letter. Derhalve rijst de vraag of het relevante publiek bij het zien van dit teken dat in een gebruikelijk lettertype is aangebracht op de betrokken waren of op enig onderdeel van de gebruikelijke verpakking ervan, zal denken dat deze waren afkomstig zijn van een bepaalde onderneming, te weten van dezelfde onderneming.

24 Anders dan verzoekster betoogt, bestaan er verschillende cijfers, letters en soortgelijke combinaties die op de verpakkingen van de betrokken waren worden gebruikt in combinatie met letters uit het Griekse alfabet om de specifieke eigenschappen ervan te beschrijven.

25 Het relevante publiek vat het aangevraagde teken op als een gewone letter die zich van de andere letters van het alfabet slechts onderscheidt door een bijkomstig detail, te weten dat het eenvoudigweg gaat om een andere letter van het alfabet. Dit teken bevat dus geen enkel element dat opvallend is of kan worden beschouwd als een aanduiding van de commerciële herkomst van de betrokken waren door de redelijk oplettende en geïnformeerde gemiddelde consument van alcoholhoudende dranken.

26 Het is moeilijk voorstelbaar dat het relevante publiek de letter „α” op zich niet opvat als een aanduiding van een type of assortiment van waren, in het bijzonder wanneer deze letter niet op zodanige wijze op de waar is aangebracht dat hij in het bijzonder de aandacht trekt. Met name wordt de eerste letter van het alfabet vaak gebruikt als een verkoopbevorderende aanduiding van de superioriteit van een waar, in het bijzonder in termen van kwaliteit. De betrokken letter leent zich minstens tot een dergelijk gebruik, aangezien de consument over het algemeen in staat is een dergelijke betekenis toe te schrijven zowel aan een hoofdletter als aan een kleine letter.

27 Bovendien wordt het litigieuze teken doorgaans door de Griekstalige consument als een kwaliteitsaanduiding gebruikt, zoals bij raadpleging van het Engels-Grieks woordenboek wordt bevestigd. De letter „α” wordt daar als het symbool voor de getallen 1 en 1000 weergegeven. Deze betekenis van het aangevraagde teken maakt het weinig waarschijnlijk dat het door het relevante publiek zal worden opgevat als een aanduiding van de commerciële herkomst van de erdoor aangeduide waren.

28 Na te hebben vastgesteld dat de letter „α” kan dienen tot aanduiding van een algemene categorie of

een soort, en een codenummer of de verwijzing naar een bepaalde grootte kan zijn, heeft de kamer van beroep op goede gronden geoordeeld dat het publiek in dit teken geen aanduiding van de commerciële herkomst van de aangeduide waren zal zien, zonder evenwel principieel het onderscheidend vermogen van het litigieuze teken uit te sluiten. De gegrondheid van de bestreden beslissing kan niet op losse schroeven worden gezet door het eventuele ontbreken van andere feitelijke beoordelingen.

Beoordeling door het Gerecht

29 Artikel 4 van verordening nr. 40/94, getiteld „Tekens die een gemeenschapsmerk kunnen vormen”, bepaalt:

„Gemeenschapsmerken kunnen 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.”

30 Deze bepaling bevat een lijst van voorbeelden van tekens die vatbaar zijn voor grafische voorstelling en geschikt zijn om een merk te vormen, voor zover zij de waren van een onderneming kunnen onderscheiden van die van andere ondernemingen, dat wil zeggen de aan het merk toebehorende functie als aanduiding van de commerciële herkomst van deze waren kunnen vervullen [zie met betrekking tot artikel 2 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), waarvan de normatieve inhoud in wezen gelijk is aan die van artikel 4 van verordening nr. 40/94, [arrest Hof van 16 september 2004, Nichols, C-404/02, Jurispr. blz. I-8499, punt 22](#)].

31 Letters worden weliswaar uitdrukkelijk genoemd in artikel 4 van verordening nr. 40/94, maar het feit dat een categorie tekens algemeen geschikt is om een merk in de zin van deze bepaling te vormen, betekent niet dat deze tekens noodzakelijkerwijs onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, hebben voor een bepaalde waar of dienst [arrest Gerecht van 9 oktober 2002, KWS Saat/BHIM (Tint oranje), T-173/00, Jurispr. blz. II-3843, punt 26].

32 Artikel 7 van verordening nr. 40/94, dat de absolute weigeringsgronden opsomt die tegen de inschrijving van tekens als gemeenschapsmerk kunnen worden aangevoerd, bepaalt op dit punt in lid 1 nader:

„Geweigerd wordt inschrijving van:

[...]

b) merken die elk onderscheidend vermogen missen;

[...]

33 Dit vermogen ontbreekt bij tekens die niet geschikt zijn om concreet de herkomst van de aangeduide waar aan te geven en om de consument die deze waar heeft verkregen, in staat te stellen bij een latere aankoop dezelfde keuze te maken in geval van een positieve ervaring of een andere keuze te maken in het tegenovergestelde geval [arrest Gerecht van 9 juli 2008, Hartmann/BHIM (E), T-302/06, niet gepubliceerd in de

Jurisprudentie, punt 31; arrest Tint oranje, reeds aangehaald, punt 27).

34 Dat het in voorkomend geval moeilijker kan zijn om het onderscheidend vermogen van bepaalde merken concreet te beoordelen, kan voorts niet de zienswijze rechtvaardigen dat dergelijke merken a priori onderscheidend vermogen missen of dit enkel door gebruik kunnen verkrijgen, overeenkomstig artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 ([zie, naar analogie, arrest Nichols, reeds aangehaald, punt 29](#)).

35 Volgens vaste rechtspraak moet het door artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 vereiste onderscheidend vermogen van een merk worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor inschrijving is aangevraagd, uitgaande van de perceptie van de betrokken kringen, te weten de consumenten van deze waren of diensten [zie met betrekking tot artikel 3, lid 1, sub b, van richtlijn 89/104, waarvan de normatieve inhoud in wezen gelijk is aan die van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, [arrest Hof van 12 februari 2004, Henkel, C-218/01, Jurispr. blz. I-1725, punt 50](#)].

36 Voorts blijkt uit artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, juncto lid 2 van dat artikel, dat inschrijving van een merk reeds moet worden geweigerd indien het in een deel van de Gemeenschap onderscheidend vermogen mist (arrest [Hof van 22 juni 2006, Storck/BHIM, C-25/05 P, Jurispr. blz. I-5719, punt 81](#)).

37 In casu heeft verzoekster verzocht om inschrijving van een beeldteken als gemeenschapsmerk, maar partijen betwisten niet dat, zoals de kamer van beroep heeft vastgesteld, dit teken de letter alpha („α”) van het Griekse alfabet weergeeft in een vorm die sterk lijkt op die van dezelfde letter in het standaardlettertype Times New Roman, zonder grafische wijzigingen of toevoeging van een grafisch element.

38 Aangezien het aangevraagde merk – zoals partijen in de loop van het geding hebben bevestigd – betrekking heeft op alcoholhoudende dranken, uitgezonderd bieren, wijnen, mousserende wijnen en dranken die wijn bevatten, en dus op gangbare consumptiegoederen, en wordt gevormd door de Griekse kleine letter „α”, moet het onderscheidend vermogen van dit merk worden beoordeeld uitgaande van de wijze waarop het teken wordt gepercipieerd door de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en opletende gemiddelde Griekstalige consument.

39 In het onderhavige geval moest de kamer van beroep dus in het kader van een concreet onderzoek van de mogelijke geschiktheid van het voor inschrijving voorgestelde teken beoordelen of het uitgesloten leek dat dit teken geschikt kon zijn om in de ogen van de gemiddelde Griekstalige consument verzoeksters waren te onderscheiden van die van andere herkomst (zie, in die zin, arrest Gerecht van 5 april 2001, Bank für Arbeit und Wirtschaft/BHIM (EASYBANK), T-87/00, Jurispr. blz. II-1259, punt 40, en arrest E, reeds aangehaald, punt 35), met dien verstande dat een minimum aan onderscheidend vermogen volstaat om de toepassing van de absolute weigeringsgrond van artikel 7, lid

1, sub b, van verordening nr. 40/94 uit te sluiten [arrest Gerecht van 7 februari 2002, Mag Instrument/BHIM (Vorm van zaklampen), T-88/00, Jurispr. blz. II-467, punt 34].

40 Bij een dergelijke beoordeling dient het BHIM, onder toezicht van het Gerecht, rekening te houden met alle relevante feiten en omstandigheden.

41 In de eerste plaats heeft de kamer van beroep in de punten 17 en 20 van de bestreden beslissing gesteld dat letters op zich en dus de litigieuze kleine letter „α”, voor zover daaraan geen elementen van grafische voorstelling zijn toegevoegd die over het geheel genomen een grafisch effect sorteren, elk onderscheidend vermogen missen, aangezien een teken „iets is dat merkbaar is, dat zich ertoe leent om in het geheugen te worden gegrift en herkend”.

42 Door aldus a priori het ontbreken van onderscheidend vermogen van het aangevraagde teken af te leiden uit de afwezigheid van grafische wijzigingen of versieringen, heeft de kamer van beroep in strijd met artikel 4 van verordening nr. 40/94 impliciet maar noodzakelijkerwijs geoordeeld dat de betrokken letter op zich niet het door artikel 7, lid 1, sub b, vereiste minimum aan onderscheidend vermogen vertoont om te kunnen worden ingeschreven als gemeenschapsmerk.

43 Naast het feit dat blijkens artikel 4 van verordening nr. 40/94 letters gemeenschapsmerken kunnen vormen, mits deze de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden [arrest E, reeds aangehaald, punt 38; zie ook, in die zin, arrest Gerecht van 13 juni 2007, IVG Immobilien/BHIM (I), T-441/05, Jurispr. blz. II-1937, punt 47], is de inschrijving van een teken als merk niet afhankelijk van de vaststelling van een bepaald niveau van kunstzinnige creativiteit of verbeelding van de aanvrager van het merk (arrest [Hof van 16 september 2004, SAT.1/BHIM, C-329/02 P, Jurispr. blz. I-8317, punt 41](#)), maar louter van de geschiktheid van het teken om de waren van de aanvrager van het merk te onderscheiden van die welke door zijn concurrenten worden aangeboden [arrest Gerecht van 27 februari 2002, Rewe-Zentral/BHIM (LITE), T-79/00, Jurispr. blz. II-705, punt 30]. De kamer van beroep heeft het litigieuze teken op dit punt niet concreet onderzocht.

44 In de tweede plaats heeft de kamer van beroep zich in punt 22 van de bestreden beslissing op het standpunt gesteld dat wanneer artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 in die zin wordt uitgelegd dat een letter op zich onderscheidend vermogen heeft, dit als gevolg zou hebben dat elke hypothese van ontbreken van onderscheidend vermogen van een teken op het gebied van letters wordt uitgesloten, waardoor deze bepaling elke betekenis zou verliezen.

45 De principiële weigering om enig onderscheidend vermogen toe te kennen aan letters op zich, die aldus wordt uitgedrukt zonder voorbehoud en zonder beroep op het in punt 39 supra in herinnering gebrachte concrete onderzoek, druist in tegen de bewoordingen zelf van artikel 4 van verordening nr. 40/94, dat de letters rekent tot de voor grafische voorstelling vatbare tekens die een merk kunnen vormen, voor zover zij de

waren en diensten van een onderneming kunnen onderscheiden.

46 Bovendien blijkt uit de rechtspraak dat artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 geen onderscheid maakt tussen de verschillende categorieën van merken en dat de criteria om te beoordelen of merken bestaande uit één letter onderscheidend vermogen hebben, die zijn welke ook gelden voor de andere categorieën van merken (arrest E, reeds aangehaald, punt 34).

47 Om het door deze bepaling vereiste minimum aan onderscheidend vermogen te hebben, moet het aangevraagde teken alleen a priori geschikt lijken om het relevante publiek in staat te stellen de herkomst van de in de gemeenschapsmerkaanvraag opgegeven waren of diensten te herkennen en deze zonder gevaar voor verwarring van waren of diensten van andere herkomst te onderscheiden (arrest I, reeds aangehaald, punt 55).

48 In de derde plaats heeft de kamer van beroep, onder verwijzing naar het reeds [aangehaalde arrest Libertel, in punt 23](#) van de bestreden beslissing geoordeeld dat letters op zich, zoals kleuren en cijfers op zich, als fundamentele elementen ter beschikking van eenieder moeten blijven als „basisvoorraad” ter identificatie, beschrijving of met het oog op andere gebruikswijzen.

49 Zoals reeds in herinnering is gebracht, is een dergelijke overweging, volgens welke het principieel onmogelijk is, een letter op zich als merk in te schrijven, zonder dat wordt overgegaan tot het concrete onderzoek van de geschiktheid van het litigieuze teken om de betrokken waren van die van andere ondernemingen te onderscheiden, in strijd met artikel 4 van verordening nr. 40/94.

50 Wat verder [het arrest Libertel](#) betreft, dat in de bestreden beslissing wordt vermeld en door het BHIM wordt aangevoerd, is het juist dat het Hof heeft verklaard dat op het gebied van het communautaire merkenrecht het bestaan moet worden aanvaard van een algemeen belang dat de beschikbaarheid van kleuren niet ongerechtvaardigd wordt beperkt voor de andere marktdeelnemers die waren of diensten aanbieden van het type waarvoor de inschrijving is aangevraagd ([arrest Libertel, reeds aangehaald, punt 60](#)).

51 Het Hof heeft niettemin gesteld dat een kleur onderscheidend vermogen kan toekomen op voorwaarde dat de kleur in de perceptie van het relevante publiek geschikt is om de in de merkaanvraag opgegeven waren of diensten te identificeren en om deze waren of diensten van die van andere ondernemingen te onderscheiden ([arrest Libertel, reeds aangehaald, punt 69](#)). De relevantie hiervan voor het onderhavige geding wordt niet op losse schroeven gezet door de regel in hetzelfde arrest, volgens welke het slechts in uitzonderlijke omstandigheden denkbaar is dat een kleur als zodanig onderscheidend vermogen toekomt alvorens daarvan enig gebruik is gemaakt ([arrest Libertel, reeds aangehaald punt 66](#)), aangezien dit voorbehoud werd gemaakt gelet op het voordien door het Hof vastgestelde feit dat de perceptie door het rele-

vante publiek van een teken dat uit een kleur als zodanig bestaat, niet noodzakelijkerwijs dezelfde is als van een woord- of beeldmerk, dat – zoals in casu – bestaat in een teken dat niet samenvalt met het uiterlijk van de erdoor aangeduide waren ([arrest Libertel, reeds aangehaald, punt 65](#)).

52 De kamer van beroep mocht dus de inschrijving van de letter „α” niet weigeren op grond van het argument inzake de beschikbaarheid van tekens, aangezien deze overweging geenszins een concreet onderzoek uitsluit van de geschiktheid van het aangevraagde merk om de waar of dienst waarvoor de inschrijving wordt aangevraagd, als afkomstig van een bepaalde onderneming te identificeren en dus deze waar of dienst van die van andere ondernemingen te onderscheiden.

53 In de vierde plaats heeft de kamer van beroep zich in punt 25 van de bestreden beslissing op het standpunt gesteld dat het relevante publiek „misschien” de letter „α” zal opvatten als een verwijzing naar de kwaliteit („A”-kwaliteit), als een aanduiding van de grootte of als de aanduiding van een type of soort van alcoholhoudende dranken als die welke in de merkaanvraag zijn opgegeven.

54 Het BHIM kan niet stellen dat de kamer van beroep met deze overweging een concreet onderzoek van het onderscheidend vermogen van het betrokken teken heeft verricht. Naast het feit dat deze overweging getuigt van twijfel waardoor zij van generlei waarde is, wordt daarin immers naar geen enkel concreet feit verwezen dat de conclusie kan rechtvaardigen dat het aangevraagde merk door het relevante publiek wordt opgevat als een verwijzing naar de kwaliteit, als een aanduiding van de grootte of als een aanduiding van een type of soort voor de waren waarop de merkaanvraag betrekking heeft (zie, in die zin, arrest E, reeds aangehaald, punt 44). Bijgevolg heeft de kamer van beroep niet aangetoond dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen mist.

55 De nieuwe documenten die het BHIM als bijlagen B1 en B2 bij zijn memorie van antwoord heeft overgelegd ten bewijze dat het relevante publiek de hoofdletter alpha „A” zal opvatten als een aanduiding van de kwaliteit van wijnen, hebben – zo deze al ontvankelijk zijn – in casu geen bewijskracht, aangezien zij uitsluitend betrekking hebben op wijnen en niet op de in geding zijnde alcoholhoudende dranken, zoals het BHIM ter terechtzitting heeft erkend, en aangezien de letters op de reproducties van de wijnflessen in de bijlagen niet dezelfde zijn als de letter „α”, worden gecombineerd met een andere letter, of een van de bestanddelen van de handelsnaam van een wijnhandelaar vormen.

56 Uit het voorgaande volgt dat de kamer van beroep artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 onjuist heeft toegepast door het ontbreken van onderscheidend vermogen van het aangevraagde teken louter af te leiden uit de afwezigheid van grafische wijzigingen of versieringen ten opzichte van het lettertype Times New Roman, zonder over te gaan tot een concreet onderzoek van de geschiktheid van het teken om in de ogen van het relevante publiek de betrokken wa-

ren te onderscheiden van die afkomstig van verzoeksters concurrenten.

57 Bijgevolg moet het eerste middel worden toegewezen en de bestreden beslissing worden vernietigd, zonder dat de twee andere door verzoekster aangevoerde middelen hoeven te worden onderzocht.

58 Overeenkomstig artikel 63, lid 6, van verordening nr. 40/94 zal het BHIM verzoeksters gemeenschapsmerkaanvraag opnieuw moeten onderzoeken tegen de achtergrond van de motivering van het onderhavige arrest.

59 Er hoeft dus niet te worden beslist op de tweede vordering van verzoekster, en bijgevolg evenmin op de exceptie van niet-ontvankelijkheid die het BHIM daartegen had opgeworpen.

Kosten

60 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.

61 Aangezien het BHIM in het ongelijk is gesteld, dient het te worden verwezen in zijn eigen kosten alsmede, overeenkomstig verzoeksters vordering, in de kosten van deze laatste.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) De beslissing van de vierde kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) van 30 november 2006 (zaak R 808/2006-4) wordt vernietigd.

2) Op de tweede vordering van BORCO-Marken-Import Matthiesen GmbH & Co. KG hoeft niet te worden beslist.

3) Het BHIM wordt verwezen in de kosten. Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 29 april 2009.
