ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)
24 juni 2004 *

In zaak C-49/02,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 234 EG van het Bundespatentgericht (Duitsland), in het geding dat aldaar aanhangig is gemaakt door

Heidelberger Bauchemie GmbH,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van 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),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: C. W. A. Timmermans, kamerpresident, J.-P. Puissochet, J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), R. Schintgen en N. Colneric, rechters,

advocaat-generaal: P. Léger,
griffier: H. von Holstein, adjunct-griffier,

* Procestaal: Duits.

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— Heidelberger Bauchemie GmbH, vertegenwoordigd door V. Schmitz, Rechtsanwalt,

— de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door H. G. Sevenster als gemachtigde,

— de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door P. Ormond als gemachtigde, bijgestaan door D. Alexander, barrister,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door N. B. Rasmussen en T. Jürgensen als gemachtigden,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van Heidelberger Bauchemie GmbH en de Commissie ter terechtzitting van 6 november 2003,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 15 januari 2004,

het navolgende

Arrest

1 Bij beschikking van 22 januari 2002, ingekomen bij het Hof op 20 februari daaraanvolgend, heeft het Bundespatentgericht krachtens artikel 234 EG twee prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van 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; hierna: „richtlijn").

2 Deze vragen zijn gerezen in het kader van het beroep dat Heidelberger Bauchemie GmbH (hierna: „Heidelberger Bauchemie") heeft ingesteld tegen de weigering van het Deutsche Patentamt (Duits octrooibureau; hierna: „octrooibureau") om de kleuren blauw en geel als merk voor bepaalde waren voor de bouwsector in te schrijven.

Het rechtskader

De TRIPs-overeenkomst

3 De Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (hierna: „TRIPs-overeenkomst"), die als bijlage aan de Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie van 15 april 1994 is gehecht, is namens de Europese Gemeenschap, voor wat de onder haar bevoegdheid vallende aangelegenheden

betreft, goedgekeurd bij besluit 94/800/EG van de Raad van 22 december 1994 (PB L 336, blz. 1, 214). De TRIPs-overeenkomst is op 1 januari 1995 in werking getreden. Volgens artikel 65, lid 1, ervan zijn de leden echter niet verplicht de bepalingen ervan toe te passen vóór het verstrijken van een algemene termijn van een jaar, te weten vóór 1 januari 1996.

4 Artikel 15, lid 1, van de TRIPs-overeenkomst bepaalt:

„Elk teken, of elke combinatie van tekens, waarmee de waren of diensten van de ene onderneming kunnen worden onderscheiden van die van andere ondernemingen kan een handelsmerk vormen. Deze tekens, met name woorden die persoonsnamen, letters, cijfers, figuratieve elementen en combinaties van kleuren alsmede een combinatie van zodanige tekens omvatten, komen in aanmerking voor inschrijving als handelsmerken. Wanneer de desbetreffende waren of diensten niet kunnen worden onderscheiden met de tekens op zichzelf, kunnen de leden het in aanmerking komen voor inschrijving afhankelijk stellen van het onderscheidend vermogen op grond van het gebruik. De leden kunnen als voorwaarde voor inschrijving verlangen dat de tekens met het oog waarneembaar zijn."

De communautaire regeling

5 Artikel 2 van de richtlijn, met het opschrift „Tekens die een gemeenschapsmerk kunnen vormen", luidt:

„Merken 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."

6 Artikel 3 van de richtlijn, met het opschrift „Gronden voor weigering of nietigheid", bepaalt:

„1. Niet ingeschreven worden of, indien ingeschreven, nietig verklaard kunnen worden:

a) tekens die geen merk kunnen vormen;

b) merken die elk onderscheidend vermogen missen;

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

d) merken die uitsluitend bestaan uit tekens of benamingen die in het normale taalgebruik of in het bonafide handelsverkeer gebruikelijk zijn geworden;

[...]

3. Een merk wordt niet geweigerd of kan, indien ingeschreven, niet worden nietig verklaard overeenkomstig lid 1, sub b, c of d, indien het merk, als gevolg van het

gebruik dat ervan is gemaakt, vóór de datum van de aanvrage om inschrijving onderscheidend vermogen heeft verkregen. De lidstaten kunnen voorts bepalen dat deze bepaling ook van toepassing is, wanneer het onderscheidend vermogen verkregen is na de aanvrage om inschrijving of na de inschrijving.

[...]"

De Duitse regeling

7 Het Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichnen (wet inzake de bescherming van merken en andere tekens) van 25 oktober 1994 (BGBl. 1994 I, blz. 3082; hierna: „Markengesetz") vervat in § 1 van het Gesetz zur Reform des Markenrechts und zur Umsetzung der Ersten Richtlinie (wet tot hervorming van het merkenrecht en tot uitvoering van de Eerste richtlijn), dat op 1 januari 1995 in werking is getreden, zet de richtlijn om in Duits recht.

8 § 3, lid 1, van het Markengesetz luidt:

„Als merk kunnen worden beschermd alle tekens, met name woorden, met inbegrip van namen van personen, tekeningen, letters, cijfers, auditieve tekens, driedimensionale vormen, met inbegrip van de vormen van waren of van hun verpakking, alsmede andere opmaakvormen, met inbegrip van kleuren en kleurencombinaties, die de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden."

9 § 8 van het Markengesetz bepaalt:

„(1) Niet ingeschreven worden, de niet voor grafische voorstelling vatbare tekens die in de zin van § 3 van de wet kunnen worden beschermd.

(2) Niet ingeschreven worden, de merken

1. die elk onderscheidend vermogen voor de waren of diensten missen,

[...]

(3) Het bepaalde in lid 2, punten 1, 2 en 3, geldt niet wanneer het merk vóór de datum van het besluit tot inschrijving ervan, als gevolg van het gebruik dat ervan is gemaakt voor de waren of diensten waarvoor de inschrijving van het merk is aangevraagd, in de betrokken handelssector gangbaar is geworden."

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

10 Op 22 maart 1995 diende Heidelberger Bauchemie bij het octrooibureau een aanvraag tot inschrijving van de kleuren blauw en geel als merk in. De „weergave van

het merk" was een rechthoekig stuk papier waarvan de bovenste helft blauw en de onderste helft geel was. Bij de aanvraag was de volgende merkomschrijving gevoegd:

„Het aangevraagde merk bestaat uit de bedrijfskleuren van de aanvrager, die in alle denkbare vormen worden gebruikt, inzonderheid voor verpakkingen en etiketten.

De juiste aanduiding van de kleuren is als volgt:

RAL 5015/HKS 47 — blauw

RAL 1016/HKS 3 — geel."

11 De merkaanvraag betrof verscheidene waren voor de bouwsector, zoals lijm, oplosmiddel, vernis, verf, smeermiddel en isolatiemateriaal.

12 Het octrooibureau heeft deze aanvraag bij beslissing van 18 september 1996 afgewezen op grond dat enerzijds het teken waarvan de inschrijving was gevraagd, geen merk kon vormen en niet vatbaar was voor grafische voorstelling, en anderzijds dat teken elk onderscheidend vermogen miste. Na de beslissing „kleurmerk zwart/geel" van het Bundesgerichtshof (Duitsland) van 10 december 1998 heeft het octrooibureau zijn standpunt evenwel herzien. Bij beslissing van 2 mei 2000 heeft het aanvaard dat kleuren in beginsel een merk kunnen vormen, maar heeft het de

inschrijving geweigerd wegens het ontbreken van elk onderscheidend vermogen. Heidelberger Bauchemie heeft tegen deze beslissing beroep ingesteld bij het Bundespatentgericht.

13 Volgens het Bundespatentgericht is het niet zeker is dat abstracte en contourloze kleurmerken kunnen worden beschouwd als „tekens" die vatbaar zijn voor grafische voorstelling in de zin van artikel 2 van de richtlijn. Deze bepaling ziet op duidelijk afgebakende, concrete, onmiddellijk zichtbare en voor grafische voorstelling vatbare tekens. De in artikel 2 van de richtlijn bedoelde vatbaarheid voor grafische voorstelling maakt het mogelijk rekening te houden met het merkenrechtelijke vereiste van nauwkeurigheid waaraan moet zijn voldaan voor de inschrijving van een merk. Betwijfeld kan worden of een abstract kleurmerk aan dat vereiste voldoet. Artikel 2 van de richtlijn dient derhalve te worden uitgelegd om te verduidelijken of abstracte kleuren of kleurencombinaties vallen onder het begrip „[t]ekens die een gemeenschapsmerk kunnen vormen". Ook dient te worden onderzocht tot op welke hoogte de bescherming van „abstracte kleurmerken" verenigbaar is met de voor de marktdeelnemers nodige rechtszekerheid dan wel of deze bescherming het vrije verkeer van goederen en diensten beperkt doordat de merkhouders te omvangrijke monopolierechten krijgen die ten opzichte van de concurrenten niet redelijk zijn.

14 In deze omstandigheden heeft het Bundespatentgericht de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„Voldoen abstract en contourloos aangeduide kleuren of kleurencombinaties, waarvan de kleurtonen bij naam zijn genoemd met overlegging van een kleurvoorbeeld (kleurstaal) en die volgens een erkend kleurenclassificatiesysteem nauwkeurig zijn aangeduid, aan de in artikel 2 van de [richtlijn] gestelde voorwaarden om voor inschrijving als merk in aanmerking te komen?

Is een dergelijk, zogenoemd ‚(abstract) kleurmerk' inzonderheid

a) een teken,

b) dat geschikt is om de herkomst aan te duiden,

c) dat vatbaar is voor grafische voorstelling,

in de zin van artikel 2 van de richtlijn?"

De prejudiciële vragen

15 Met zijn vragen, die samen moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of, en zo ja onder welke voorwaarden, abstract en contourloos aangeduide kleuren of kleurencombinaties een merk in de zin van artikel 2 van de richtlijn kunnen vormen.

16 Dienaangaande heeft het Hof er in de punten 24 tot en met 26 van zijn arrest van 6 mei 2003, Libertel (C-104/01, Jurispr. blz. I-3793), aan herinnerd dat de Raad van de Europese Unie en de Commissie in het proces-verbaal van de vergadering van de Raad waarin de richtlijn is vastgesteld, een gemeenschappelijke verklaring hebben opgenomen, luidend dat zij „van oordeel zijn dat artikel 2 niet de mogelijkheid uitsluit dat een kleurencombinatie of enkele kleur als merk wordt ingeschreven, mits die tekens de waren of diensten van een onderneming van die van een andere onderneming kunnen onderscheiden" (PB BHIM nr. 5/96, blz. 607).

17 Een dergelijke verklaring kan niet in aanmerking worden genomen voor de uitlegging van een bepaling van afgeleid recht wanneer, zoals in casu, de inhoud ervan niet in de tekst van de betrokken bepaling is terug te vinden en dus geen rechtskracht heeft (arresten van 26 februari 1991, Antonissen, C-292/89, Jurispr. blz. I-745, punt 18, en 29 mei 1997, VAG Sverige, C-329/95, Jurispr. blz. I-2675, punt 23). Deze beperking is door de Raad en de Commissie overigens uitdrukkelijk erkend in de aanhef van hun verklaring: „De hierna weergegeven verklaringen van de Raad en de Commissie vormen geen onderdeel van de rechtshandeling en laten de uitlegging ervan door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen onverlet."

18 Bijgevolg is het de taak van het Hof om vast te stellen of, en zo ja onder welke voorwaarden, artikel 2 van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat ruimtelijk niet-afgebakende kleuren of kleurencombinaties een merk kunnen vormen.

19 Artikel 15, lid 1, van de TRIPs-overeenkomst bepaalt dat „combinaties van kleuren [...] in aanmerking [komen] voor inschrijving als handelsmerken". Het begrip „combinaties van kleuren" wordt in deze overeenkomst echter niet gedefinieerd.

20 Aangezien de Gemeenschap partij is bij de TRIPs-overeenkomst, moet het communautaire merkenrecht zo veel mogelijk tegen de achtergrond van de bewoordingen en het doel van deze overeenkomst worden uitgelegd (zie in die zin arrest van 16 juni 1998, Hermès, C-53/96, Jurispr. blz. I-3603, punt 28).

21 Bijgevolg dient te worden nagegaan of artikel 2 van de richtlijn aldus kan worden uitgelegd dat „combinaties van kleuren" merken kunnen vormen.

22 Kleuren of kleurencombinaties vormen slechts een merk in de zin van artikel 2 van de richtlijn indien aan drie voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats moeten zij als zodanig een teken vormen. In de tweede plaats moet dit teken vatbaar zijn voor grafische voorstelling. In de derde plaats moet dit teken geschikt zijn om de waren of diensten van een onderneming te onderscheiden van die van andere ondernemingen (zie in die zin arrest Libertel, reeds aangehaald, punt 23).

23 Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, is een kleur gewoonlijk niet meer dan een eigenschap van voorwerpen (arrest Libertel, reeds aangehaald, punt 27). Zelfs binnen de specifieke context van de handel worden kleuren en kleurencombinaties doorgaans gebruikt omwille van hun aantrekkingskracht of ter versiering, zonder dat daarbij enige betekenis wordt overgebracht. Het is echter niet uitgesloten dat een kleur of kleurencombinatie met betrekking tot een waar of dienst een teken kan vormen.

24 Voor de toepassing van artikel 2 van de richtlijn moet worden aangetoond dat de kleuren of kleurencombinaties waarvan de inschrijving als merk is aangevraagd, in de context waarin zij worden gebruikt, daadwerkelijk als een teken overkomen. Dat vereiste heeft tot doel, te verhinderen dat het merkrecht wordt misbruikt om een ongerechtvaardigd mededingingsvoordeel te verkrijgen.

25 Volgens de rechtspraak van het Hof (arrest van 12 december 2002, Sieckmann, C-273/00, Jurispr. blz. I-11737, punten 46-55, en arrest Libertel, reeds aangehaald, punten 28 en 29) moet een grafische voorstelling in de zin van artikel 2 van de richtlijn een visuele weergave van het teken mogelijk maken, inzonderheid door middel van figuren, lijnen of lettertekens, zodat het teken nauwkeurig kan worden geïdentificeerd.

26 Deze uitlegging is geboden om de goede werking van het stelsel van inschrijving van de merken te waarborgen.

27 Het vereiste van grafische voorstelling heeft met name tot doel, het merk zelf af te bakenen om aldus te bepalen wat precies de bescherming is die het ingeschreven merk de houder ervan verleent.

28 De inschrijving in een openbaar register heeft immers tot doel het merk toegankelijk te maken voor de bevoegde autoriteiten en voor het publiek, met name voor de marktdeelnemers.

29 De bevoegde autoriteiten moeten zich een duidelijk en nauwkeurig beeld kunnen vormen van de aard van de tekens die een merk vormen, teneinde te kunnen voldoen aan hun verplichtingen met betrekking tot het vooronderzoek van de inschrijvingsaanvragen, de publicatie en de instandhouding van een adequaat en nauwkeurig merkenregister.

30 De marktdeelnemers moeten zich ervan kunnen vergewissen, welke inschrijvingen er precies zijn verricht of welke aanvragen hun feitelijke of potentiële concurrenten precies hebben ingediend, en moeten aldus relevante informatie over de rechten van derden kunnen ontvangen.

31 In deze omstandigheden kan een teken zijn rol van ingeschreven merk alleen vervullen wanneer het voortdurend en stellig wordt waargenomen, waardoor dit merk als aanduiding van herkomst wordt gewaarborgd. Gelet op de duur van de inschrijving van een merk en op het feit dat deze voor langere of kortere tijd kan worden verlengd, zoals in de richtlijn is bepaald, moet de voorstelling duurzaam zijn.

32 Bijgevolg moet een grafische voorstelling in de zin van artikel 2 van de richtlijn met name nauwkeurig en duurzaam zijn.

33 Daartoe moet de grafische voorstelling van twee of meer abstract en contourloos aangeduide kleuren een systematische schikking bevatten die de betrokken kleuren op van tevoren bepaalde en duurzame wijze met elkaar in verbinding brengt.

34 De gewone vorm- en contourloze nevenschikking van twee of meer kleuren of het noemen van twee of meer kleuren „in alle denkbare vormen", zoals in het hoofdgeding het geval is, voldoet niet aan de vereisten van nauwkeurigheid en duurzaamheid van artikel 2 van de richtlijn, zoals uitgelegd in de punten 25 tot en met 32 van het onderhavige arrest.

35 Dergelijke voorstellingen lenen zich immers tot tal van verschillende combinaties, zodat de consument niet in staat is een bepaalde combinatie te vatten en te memoriseren teneinde een aankoopervaring met zekerheid te kunnen herhalen, en de bevoegde autoriteiten en de marktdeelnemers niet in staat zijn, zich van de omvang van de beschermde rechten van de merkhouder te vergewissen.

36 Wat de wijze van voorstelling van elk van de betrokken kleuren betreft, volgt uit de punten 33, 34, 37, 38 en 68 van het reeds aangehaalde arrest Libertel dat een staal van de betrokken kleur samen met de aanduiding ervan door middel van een internationaal erkende kleurenidentificatiecode, een grafische voorstelling in de zin van artikel 2 van de richtlijn kan vormen.

37 Met betrekking tot de vraag of kleuren of kleurencombinaties in de zin van deze bepaling geschikt zijn om de waren of diensten van de ene onderneming te onderscheiden van die van andere ondernemingen, moet worden nagegaan of deze kleuren of kleurencombinaties geschikt zijn om nauwkeurige informatie over te brengen, meer bepaald wat de herkomst van een waar of dienst betreft.

38 Uit de punten 40, 41 en 65 tot en met 67 van het reeds aangehaalde arrest Libertel volgt dat kleuren weliswaar bepaalde gedachteassociaties kunnen oproepen of gevoelens kunnen opwekken, doch dat zij naar hun aard nauwelijks geschikt zijn om nauwkeurige informatie over te brengen. Dat klemt te meer, omdat kleuren in de reclame en bij de verkoop van waren en diensten gewoonlijk en op grote schaal worden gebruikt omwille van hun aantrekkingskracht, los van enige specifieke boodschap.

39 Behoudens in uitzonderlijke omstandigheden hebben kleuren ab initio geen onderscheidend vermogen, maar zij kunnen eventueel onderscheidend vermogen krijgen door het gebruik ervan met betrekking tot de waren of diensten waarop de aanvraag betrekking heeft.

40 Binnen deze grenzen moet worden aanvaard dat abstract en contourloos aangeduide kleuren en kleurencombinaties geschikt kunnen zijn om de waren of diensten van de ene onderneming te onderscheiden van die van andere ondernemingen.

41 Zelfs wanneer een kleurencombinatie waarvan de inschrijving als merk is aangevraagd, voldoet aan de voorwaarden om een merk in de zin van artikel 2 van de richtlijn te kunnen vormen, moet de autoriteit die bevoegd is voor de inschrijving van merken, bovendien nog onderzoeken of de aangevraagde combinatie voldoet aan de andere, met name in artikel 3 van de richtlijn gestelde voorwaarden om als merk te worden ingeschreven voor de waren of diensten van de onderneming die de inschrijving ervan aanvraagt. Bij dit onderzoek moet rekening worden gehouden met alle relevante omstandigheden van het concrete geval, waaronder in voorkomend geval het gebruik dat is gemaakt van het teken waarvan de inschrijving als merk is aangevraagd (arrest Libertel, reeds aangehaald, punt 76, en arrest van 12 februari 2004, Koninklijke KPN Nederland, C-363/99, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 37). Bij dat onderzoek moet ook rekening worden gehouden met het algemene 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, punten 52-56).

42 Gelet op het voorgaande dient op de gestelde vragen te worden geantwoord dat abstract en contourloos aangeduide kleuren of kleurencombinaties, waarvan de kleurtonen bij naam zijn genoemd met overlegging van een kleurvoorbeeld en die volgens een internationaal erkend kleurenclassificatiesysteem nauwkeurig zijn aangeduid, een merk in de zin van artikel 2 van de richtlijn kunnen vormen, op voorwaarde dat:

— wordt aangetoond dat deze kleuren of kleurencombinaties, in de context waarin zij worden gebruikt, daadwerkelijk als een teken overkomen, en

— de inschrijvingsaanvraag een systematische schikking bevat die de betrokken kleuren op van tevoren bepaalde en duurzame wijze met elkaar in verbinding brengt.

Zelfs wanneer een kleurencombinatie voldoet aan de voorwaarden om een merk in de zin van artikel 2 van de richtlijn te kunnen vormen, moet de autoriteit die bevoegd is voor de inschrijving van merken, bovendien nog onderzoeken of de aangevraagde combinatie voldoet aan de andere, met name in artikel 3 van de richtlijn gestelde voorwaarden om als merk te worden ingeschreven voor de waren of diensten van de onderneming die de inschrijving ervan aanvraagt. Bij dit onderzoek moet rekening worden gehouden met alle relevante omstandigheden van het concrete geval, waaronder in voorkomend geval het gebruik dat is gemaakt van het teken waarvan de inschrijving als merk is aangevraagd. Bij dat onderzoek moet ook rekening worden gehouden met het algemene 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.

Kosten

43 De kosten door de Nederlandse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk alsmede door de Commissie wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, komen niet voor vergoeding in aanmerking. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Tweede kamer),

uitspraak doende op de door het Bundespatentgericht bij beschikking van 22 januari 2002 gestelde vragen, verklaart voor recht:

Abstract en contourloos aangeduide kleuren of kleurencombinaties, waarvan de kleurtonen bij naam zijn genoemd met overlegging van een kleurvoorbeeld en die volgens een internationaal erkend kleurenclassificatiesysteem nauwkeurig zijn aangeduid, kunnen een merk in de zin van artikel 2 van de richtlijn vormen, op voorwaarde dat:

— **wordt aangetoond dat deze kleuren of kleurencombinaties, in de context waarin zij worden gebruikt, daadwerkelijk als een teken overkomen, en**

— **de inschrijvingsaanvraag een systematische schikking bevat die de betrokken kleuren op van tevoren bepaalde en duurzame wijze met elkaar in verbinding brengt.**

Zelfs wanneer een kleurencombinatie voldoet aan de voorwaarden om een merk in de zin van artikel 2 van de richtlijn te kunnen vormen, moet de autoriteit die bevoegd is voor de inschrijving van merken, bovendien nog onderzoeken of de aangevraagde combinatie voldoet aan de andere, met name in artikel 3 van de richtlijn gestelde voorwaarden om als merk te worden ingeschreven voor de waren of diensten van de onderneming die de inschrijving ervan aanvraagt. Bij dit onderzoek moet rekening worden gehouden met alle relevante omstandigheden van het concrete geval, waaronder in voorkomend geval het gebruik dat is gemaakt van het teken waarvan de inschrijving als merk is aangevraagd. Bij dat onderzoek moet ook rekening worden gehouden met het algemene 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.

Timmermans Puissochet Cunha Rodrigues

Schintgen Colneric

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 24 juni 2004.

De griffier

R. Grass

De president van de Tweede kamer

C. W. A. Timmermans