ARREST VAN HET GERECHT (Achtste kamer)

25 september 2014*

„Gemeenschapsmerk — Aanvraag voor een driedimensionaal gemeenschapsmerk — Vorm van een spanklem — Absolute weigeringsgrond — Geen onderscheidend vermogen — Artikel 7, lid 1, sub b, van verordening (EG) nr. 207/2009”

In zaak T-171/12,

Peri GmbH, gevestigd te Weißenhorn (Duitsland), vertegenwoordigd door J. Dönch, advocaat,

verzoekster,

tegen

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

verweerder,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de eerste kamer van beroep van het BHIM van 26 januari 2012 (zaak R 1209/2011-1) inzake een aanvraag tot inschrijving van een driedimensionaal teken in de vorm van een spanklem als gemeenschapsmerk,

wijst

HET GERECHT (Achtste kamer),

samengesteld als volgt: D. Gratsias, president, M. Kancheva en C. Wetter (rapporteur), rechters,

griffier: S. Bukšek Tomac, administrateur,

gezien het op 12 april 2012 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 24 juli 2012 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

na de terechtzitting op 5 juni 2014,

het navolgende

* Procestaal: Duits.

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Op 5 oktober 2010 heeft verzoekster, Peri GmbH, bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) een gemeenschapsmerkaanvraag ingediend krachtens verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het gemeenschapsmerk (PB L 78, blz. 1).

2 De driedimensionale vorm waarvan inschrijving als merk is aangevraagd, is hierna weergegeven:



3 De waren waarvoor de merkaanvraag is ingediend, behoren tot de klassen 6 en 19 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 voor elke klasse omschreven als volgt:

— klasse 6: „bekistingen voor beton en onderdelen hiervan van metaal”;

— klasse 19: „bekistingen voor beton en onderdelen hiervan niet van metaal”.

4 Op 21 april 2011 heeft de onderzoeker de inschrijvingsaanvraag op grond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009 afgewezen voor alle betrokken waren.

5 Op 7 juni 2011 heeft verzoekster krachtens de artikelen 58 tot en met 64 van verordening nr. 207/2009 beroep ingesteld tegen de beslissing van de onderzoeker.

6 Bij beslissing van 26 januari 2012 (hierna: „bestreden beslissing”), die op 13 februari 2012 aan verzoekster is betekend, heeft de eerste kamer van beroep van het BHIM het beroep verworpen op grond dat het driedimensionale teken waarvan inschrijving als gemeenschapsmerk was aangevraagd, voor de betrokken waren onderscheidend vermogen miste in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009.

Conclusies van partijen

7 Verzoekster concludeert tot:

— vernietiging van de bestreden beslissing;

— verwijzing van het BHIM in de kosten.

8 Het BHIM concludeert tot:

— verwerping van het beroep;

— verwijzing van verzoekster in de kosten.

In rechte

Voorwerp van het geding

9 Op een vraag ter terechtzitting in verband met eventuele opmerkingen die verzoekster over het rapport ter terechtzitting wou maken, heeft zij het Gerecht geantwoord dat zij wenste dat dit rapport werd gewijzigd om rekening te houden met de beperking van haar inschrijvingsaanvraag. In antwoord op een verdere vraag hierover heeft zij verduidelijkt dat deze beperking dateerde van na de bestreden beslissing, daar zij was aangebracht op 23 mei 2014, en dat daarbij voor de in punt 3 hierboven omschreven waren waarvoor het merk was aangevraagd, de volgende precisering was aangebracht: „met uitzondering van vergrendelingen voor bekistingen".

10 Het BHIM heeft hiertegen ingebracht dat dit verzoek niet door het Gerecht in aanmerking kon worden genomen, zoals volgens het BHIM blijkt uit de rechtspraak [arrest van 20 november 2007, Tegometall International/BHIM – Wuppermann (TEK), T-458/05, Jurispr., EU:T:2007:349], aangezien dit volgens artikel 135, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht een onrechtmatige wijziging brengt in het onderwerp van het geschil.

11 Volgens het BHIM heeft het Gerecht weliswaar aanvaard dat een verklaring van de merkaanvrager die dateert van na de beslissing van de kamer van beroep en waarbij de aanvraag voor bepaalde van de aanvankelijk geclaimde waren of diensten wordt ingetrokken, kon worden opgevat als een betwisting van de rechtmatigheid van de bestreden beslissing voor uitsluitend de overige betrokken waren of diensten, en dat daardoor geen wijziging in het onderwerp van het geschil werd gebracht. In casu ligt dit evenwel anders, aangezien bij de beperking van de merkaanvraag de aanvraag niet wordt ingetrokken voor bepaalde waren, maar de omschrijving van de betrokken waren wordt gewijzigd.

12 Verzoekster heeft in weerwil van dit bezwaar haar standpunt gehandhaafd.

13 Van meet af aan zij eraan herinnerd dat het Gerecht de beslissing van een kamer van beroep van het BHIM slechts kan vernietigen of herzien indien de beslissing op het moment dat zij werd genomen, gebrekkig was wegens één van de vernietigings- of herzieningsgronden van artikel 65, lid 2, van verordening nr. 207/2009. Overeenkomstig artikel 76 van deze verordening moet het Gerecht immers uitspraak doen met inachtneming van het feitelijke en het juridische kader van het geschil zoals dat voor de kamer van beroep is gebracht (zie arrest TEK, punt 10 supra, EU:T:2007:349, punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

14 Daarentegen kan het Gerecht deze beslissing niet vernietigen of herzien op gronden die na de vaststelling ervan aan het licht komen [arresten van 11 mei 2006, Sunrider/BHIM, C-416/04 P, Jurispr., EU:C:2006:310, punt 55, en 9 juli 2008, Reber/BHIM – Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart), T-304/06, Jurispr., EU:T:2008:268, punt 24].

15 Bovendien moet de gemeenschapsmerkaanvraag ingevolge artikel 26, lid 1, sub c, van verordening nr. 207/2009 „een opgave van de waren of diensten waarvoor de aanvraag wordt ingediend" bevatten.

16 Artikel 43, lid 1, van verordening nr. 207/2009 bepaalt dat „[d]e aanvrager [...] te allen tijde zijn aanvraag om een gemeenschapsmerk [kan] intrekken of de daarin opgenomen opgave van de waren of diensten [kan] beperken".

17 In casu staat vast dat verzoekster de opgave van de in haar gemeenschapsmerkaanvraag genoemde waren heeft beperkt nadat de bestreden beslissing was genomen.

18 Daaruit volgt dat een beperking van de in een gemeenschapsmerkaanvraag opgenomen opgave van waren of diensten in de zin van artikel 43, lid 1, van verordening nr. 207/2009 die plaatsvindt na de vaststelling van de voor het Gerecht aangevochten beslissing van de kamer van beroep, in beginsel niet kan afdoen aan de rechtmatigheid van deze beslissing, die als enige voor het Gerecht wordt betwist (zie arrest Mozart, punt 14 supra, EU:T:2008:268, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

19 Evenwel dient ook te worden opgemerkt dat het mogelijk is de beslissing van een kamer van beroep van het BHIM voor het Gerecht enkel aan te vechten met betrekking tot bepaalde waren of diensten die zijn opgenomen in de opgave waarop de aanvraag tot inschrijving van het betrokken gemeenschapsmerk betrekking heeft. In een dergelijk geval wordt deze beslissing definitief voor de andere waren of diensten die in deze opgave zijn vermeld (arrest Mozart, punt 14 supra, EU:T:2008:268, punt 26).

20 Gelet op deze mogelijkheid heeft het Gerecht een verklaring van de merkaanvrager voor hem, en dus na de beslissing van de kamer van beroep, waarbij de aanvrager zijn aanvraag introk voor bepaalde waren waarop de oorspronkelijke aanvraag betrekking had, geïnterpreteerd als een verklaring dat de bestreden beslissing enkel werd aangevochten voor zover zij de overige aangevraagde waren betrof, of als een gedeeltelijke afstand wanneer een dergelijke verklaring in een vergevorderd stadium van de procedure voor het Gerecht had plaatsgevonden (zie arrest Mozart, punt 14 supra, EU:T:2008:268, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

21 Indien de merkaanvrager met zijn beperking van de opgave van de waren waarop de gemeenschapsmerkaanvraag betrekking heeft, niet beoogt een of meerdere waren uit deze opgave te halen, doch een of meerdere kenmerken ervan te wijzigen, valt evenwel niet uit te sluiten dat deze wijziging invloed kan hebben op het onderzoek van het gemeenschapsmerk dat de instanties van het BHIM tijdens de administratieve procedure verrichten. In deze omstandigheden zou het aanvaarden van deze wijziging in het stadium van het beroep voor het Gerecht betekenen dat het onderwerp van het geschil wordt gewijzigd, in strijd met artikel 135, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering. Bijgevolg kan een dergelijke beperking niet door het Gerecht in aanmerking worden genomen bij het onderzoek van de gegrondheid van het beroep [arresten TEK, punt 10 supra, EU:T:2007:349, punt 25, en van 20 februari 2013, Caventa/BHIM – Anson's Herrenhaus (B BERG), T-631/11, EU:T:2013:85, punt 23].

22 Bijgevolg dient te worden uitgemaakt of de beperking van de betrokken merkaanvraag op 23 mei 2014 waarnaar verzoekster ter terechtzitting heeft verwezen, kan worden opgevat als een verklaring van verzoekster dat zij de bestreden beslissing enkel aanvecht voor zover deze de in de gewijzigde opgave opgenomen waren betreft, of als een gedeeltelijke afstand.

23 Dit is echter niet het geval. Met deze beperking heeft verzoekster immers geen waren gehaald uit de opgave van waren waarvoor inschrijving van het betrokken merk was aangevraagd, die blijven behoren tot klasse 6, te weten bekistingen voor beton en onderdelen hiervan van metaal, en klasse 19, te weten bekistingen voor beton en onderdelen hiervan niet van metaal, maar verzoekster heeft aangegeven dat deze waren moesten worden begrepen als deze waren „met uitzondering van vergrendelingen voor bekistingen". Dus valt niet uit te sluiten dat verzoekster aldus een wijziging heeft aangebracht die van invloed kan zijn op het onderzoek van het gemeenschapsmerk dat de instanties van het BHIM tijdens de administratieve procedure verrichten. Zoals is opgemerkt in punt 21 hierboven, kan het Gerecht een dergelijke beperking evenwel niet in aanmerking nemen want zij brengt een wijziging in het onderwerp van het geschil.

24 Bijgevolg luidt de conclusie dat de waren die in het onderhavige beroep in aanmerking moeten worden genomen, de waren zijn die zijn genoemd in de opgave van de waren van verzoeksters oorspronkelijke merkaanvraag (zie punt 3 hierboven).

25 Derhalve dient het in punt 9 hierboven vermelde verzoek van verzoekster te worden afgewezen.

Ten gronde

26 Ter ondersteuning van haar beroep voert verzoekster twee middelen aan: schending van artikel 7, lid 1, sub b, en schending van artikel 7, lid 1, sub e, van verordening nr. 207/2009.

Eerste middel: schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009

27 Volgens verzoekster had de kamer van beroep moeten erkennen dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen bezit, aangezien het aandachtsniveau van het uit vakmensen bestaande relevante publiek hoger is dan het aandachtsniveau van de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument en de door het betrokken teken weergegeven klem zeer herkenbare eigenschappen bezit.

28 Zij stelt dat de kamer van beroep haar analyse niet op concrete feiten heeft gesteund, maar op gewone, niet-gestaafde vermoedens. Zij voegt daaraan toe dat deze vermoedens worden weerlegd door de voor het BHIM aangedragen gegevens, inzonderheid de door verzoekster overgelegde opiniepeiling waarvan de kamer van beroep ten onrechte heeft aangenomen dat zij enkel het Duitstalige publiek betrof, terwijl de klem een teken is dat zonder enige taalkennis kan worden „gelezen".

29 Het BHIM betwist verzoeksters betoog.

30 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat ingevolge artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009 inschrijving wordt geweigerd van „merken die elk onderscheidend vermogen missen".

31 Het onderscheidend vermogen van een merk in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009 houdt in dat dit merk zich ertoe leent de waar waarvoor de inschrijving is aangevraagd te identificeren als zijnde afkomstig van een bepaalde onderneming, en dus deze waar van die van andere ondernemingen te onderscheiden [zie arrest van 9 december 2010, Wilo/BHIM (In facetten geslepen behuizing van elektromotor en weergave van groene vlakken), T-253/09 en T-254/09, EU:T:2010:507, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

32 Het onderscheidend vermogen van een merk 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 In facetten geslepen behuizing van elektromotor en weergave van groene vlakken, punt 31 supra, EU:T:2010:507, punt 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

33 Volgens vaste rechtspraak verschillen de criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van merken bestaande in de verschijningsvorm van de waar zelf, niet van die welke voor andere categorieën van merken gelden (zie arrest In facetten geslepen behuizing van elektromotor en weergave van groene vlakken, punt 31 supra, EU:T:2010:507, punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

34 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 In facetten geslepen behuizing van elektromotor en weergave van groene vlakken, punt 31 supra, EU:T:2010:507, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

35 Volgens de rechtspraak wordt de kans groter dat de als merk aangevraagde vorm van een waar elk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009 naarmate deze vorm een grotere gelijkenis vertoont met de meest waarschijnlijke vorm van de betrokken waar. Alleen een merk dat op significante wijze afwijkt van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is en daardoor de wezenlijke functie van herkomstaanduiding kan vervullen, heeft dus onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009 (zie arrest In facetten geslepen behuizing van elektromotor en weergave van groene vlakken, punt 31 supra, EU:T:2010:507, punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36 Verzoeksters argumenten moeten tegen de achtergrond van deze overwegingen worden onderzocht.

37 Met betrekking tot het relevante publiek heeft de kamer van beroep terecht geoordeeld dat het gaat om een publiek van deskundigen (punt 11 van de bestreden beslissing). Hoewel verzoekster zich bij dit oordeel neerlegt, leidt zij daaruit af dat het relevante publiek dus een publiek van vakmensen is, hetgeen slechte ten dele klopt. Aangezien, zoals verzoekster overigens erkent, de verhouding van dat publiek tot de betrokken sector immers van dien aard dat deze, ruimer, ook personen omvat „met een wezenlijke interesse daarvoor", kan deze verhouding in voorkomend geval, anders dan de door verzoekster voorgestane betekenis van laatstbedoelde bewoordingen, zich verder uitstrekken dan de strikt professionele dimensie.

38 Na deze precisering dient te worden opgemerkt dat partijen terecht akkoord gaan met de conclusie die moet worden getrokken uit het gegeven dat het relevante publiek een publiek van deskundigen is, namelijk dat dit publiek een hoger aandachtsniveau heeft in geval van een driedimensionaal teken als het betrokken teken, hetgeen met name tot uiting komt in het feit dat dit publiek „aandacht zal besteden aan de technische eigenschappen van een dergelijk klemsysteem (respectievelijk de kwaliteit van het materiaal en van de opbouw)" (punt 11 van de bestreden beslissing).

39 Verzoekster stelt daarentegen dat, gelet op dit hoge aandachtsniveau van het relevante publiek, de eigenschappen van de klem die wordt weergegeven door het driedimensionale teken waarvan inschrijving als gemeenschapsmerk is aangevraagd, inzonderheid de zichtbare tandenrij en de centrale inkeping in de verticale bevestigingsstang zeker zullen worden opgemerkt en dit merk dus onderscheidend vermogen verlenen, hetgeen de resultaten van een opiniepeiling kracht bijzet. Zij verwijt de kamer van beroep haar weigering van inschrijving van het aangevraagde merk niet te hebben gesteund op concrete gegevens.

40 De kamer van beroep heeft geoordeeld dat het relevante publiek, juist wegens zijn hoog aandachtsniveau, waarop in punt 38 hierboven de nadruk is gelegd, in eerste instantie alle betrokken functionele bestanddelen zal waarnemen als een technisch middel om met name muuronderdelen of betonnen stukken te verbinden of vast te klemmen. Aangezien deze technische onderdelen ook in andere klemmen aanwezig zijn, kan op basis van de kleine verschillen die de betrokken klem vertoont, volgens de kamer van beroep het aangevraagde driedimensionale merk niet worden beschouwd als een uniek en opmerkelijk ontwerp.

41 Benadrukt zij dat wanneer het gaat om driedimensionale merken, volgens de in punt 35 hierboven aangehaalde rechtspraak alleen een merk dat op significante wijze afwijkt van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is en daardoor de wezenlijke functie van herkomstaanduiding kan vervullen, onderscheidend vermogen heeft.

42 Deze analyse boet niet aan relevantie in wanneer het betrokken publiek een publiek van deskundigen is [zie, voor een beperkte kring van consumenten in het geval van microfoons, arrest van 12 september 2007, Neumann/BHIM (Vorm van een microfoonkop), T-358/04, Jurispr., EU:T:2007:263, punt 46, in het geval van zonwerende luifels en daken, arrest van 17 december 2008, Somm/BHIM (Zonwerend

afdak), T-351/07, EU:T:2008:591, punt 29, en in het geval van luxepolshorloges en wijzerplaten voor luxepolshorloges, arrest van 14 september 2009, Lange Uhren/BHIM (Geometrische velden op een wijzerplaat van een polshorloge), T-152/07, EU:T:2009:324, punt 87].

43 De kamer van beroep heeft artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009 dus juist toegepast wanneer zij heeft geoordeeld dat de afgebeelde klem geen uniek en opmerkelijk ontwerp vormt, maar slechts kleine verschillen vertoont met de andere waren van dit type. De betrokken klem blijkt immers in casu niet in die mate ongebruikelijk te zijn dat louter op basis van de driedimensionale weergave ervan kan worden aangenomen dat het aangevraagde merk intrinsiek geschikt is om de waren waarop dit merk ziet, te onderscheiden van de concurrerende waren.

44 Voor zover verzoekster de kamer van beroep verwijt haar oordeel niet op concrete gegevens te hebben gesteund, mist dit argument feitelijke grondslag. Dienaangaande blijkt uit de bestreden beslissing dat de kamer van beroep de door verzoeksters concurrenten overgelegde voorbeelden van klemmen heeft bestudeerd en daarbij heeft opgemerkt dat op basis daarvan enkel kon worden vastgesteld dat de klemmen mogelijk „verschillende functionele en zelfs esthetische ontwerpen" hadden, maar dat „deze productvariaties" niet leidden tot de vaststelling van een „merkfunctie wat de totaalindruk betreft" (punt 17 van de bestreden beslissing). Zij heeft verzoekster terecht erop gewezen dat het niet voldoende was dat het publiek in staat was de verschillen tussen de verschillende klemmen te herkennen, hetgeen immers doenbaar is voor een publiek van deskundigen zoals in casu, maar dat het publiek in staat moet zijn om de door verzoekster voorgestelde variant van een spanklem waar te nemen als „in die mate verschillend dat daarin een herkomstaanduiding wordt gezien" (punt 18 van de bestreden beslissing). Zoals de kamer van beroep terecht heeft aangevoerd, zijn de verschillen die de betrokken klem vertoont, weliswaar aanwijsbaar, maar zij blijken niets meer te zijn dan gewone uitvoeringsvarianten van een spanklem. Deze eigenschappen zijn dus niet geschikt om de betrokken waar te individualiseren en om op zich een bepaalde commerciële herkomst aan te duiden.

45 Aangaande, ten slotte, de bewijswaarde van de door verzoekster tijdens de procedure voor het BHIM overgelegde opiniepeiling over het onderscheidend vermogen van het betrokken driedimensionale teken, zij benadrukt dat de kamer van beroep terecht heeft geoordeeld dat deze peiling enkel bij het publiek van Duitstalige deskundigen was uitgevoerd en niet bij het publiek van deskundigen van de Europese Unie, dat in casu het relevante publiek is. Ook al gaat het om een aanvraag voor een driedimensionaal merk, dat bij veronderstelling kan worden „gelezen" zonder dat enige taalkennis is vereist zoals verzoekster terecht aanvoert, dit neemt niet weg dat het publiek van Duitstalige deskundigen vertrouwder is met de door de Duitse of Oostenrijkse ondernemingen gecommercialiseerde waren en dus op natuurlijke wijze meer geneigd is om in een opiniepeiling vaker hun naam te noemen dan het publiek van deskundigen van de Unie in haar geheel beschouwd.

46 Daarenboven had verzoekster, onder verwijzing naar de resultaten van deze peiling, voor de kamer van beroep (punt 6, vierde streepje, van de bestreden beslissing) aangevoerd dat „een hoog percentage van het publiek van Duitse deskundigen" de fabrikant van de driedimensionale vorm waarvan inschrijving als gemeenschapsmerk was aangevraagd, had geïdentificeerd. Het onderscheidend vermogen moet echter als zodanig door het volledige relevante publiek (te weten het relevante publiek van de Unie) worden waargenomen. Daaruit volgt dat de kamer van beroep deze peiling terecht buiten beschouwing heeft gelaten op grond dat haar besluit dat het betrokken driedimensionale teken onderscheidend vermogen mist, niet aan de hand van deze peiling kon worden ontkracht.

47 Voor zover verzoekster zich op de resultaten van deze opiniepeiling zou beroepen tot bewijs dat dit teken bij het relevante publiek onderscheidend vermogen bezit voor de door haar reeds gecommercialiseerde waar waarop dit teken betrekking heeft, moet erop worden gewezen dat een dergelijk argument ziet op het onderscheidend vermogen dat is verkregen door het gebruik van het aangevraagde merk. De kamer van beroep heeft dus geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting gegeven door eraan te herinneren dat op basis van een dergelijk gegeven toepassing van een absolute weigeringsgrond in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009 door het BHIM

niet kan worden uitgesloten [zie in die zin arrest van 7 februari 2002, Mag Instrument/BHIM (Vorm van een zaklamp), T-88/00, Jurispr., EU:T:2002:28, punt 39], en dat met dit gegeven slechts rekening kan worden gehouden bij de toepassing van artikel 7, lid 3, van deze verordening, waarop verzoekster zich in geen enkel stadium van de procedure heeft beroepen.

48 Hieruit volgt dat de kamer van beroep terecht heeft vastgesteld dat het betrokken driedimensionale merk voor alle betrokken waren onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009.

49 Bijgevolg dient het eerste middel te worden afgewezen.

Tweede middel: schending van artikel 7, lid 1, sub e, van verordening nr. 207/2009

50 Vastgesteld dient te worden dat de kamer van beroep in punt 23 van de bestreden beslissing bij wijze van conclusie louter ten overvloede heeft vermeld dat de onderzoeker ook de mogelijkheid had om verzoeksters merkaanvraag af te wijzen op grond van artikel 7, lid 1, sub e-i en -ii, van verordening nr. 207/2009, zonder zelf van die mogelijkheid gebruik te maken. Uit de formulering van dit punt blijkt immers dat de kamer van beroep omwille van de proceseconomie ervan heeft afgezien de zaak voor een bijkomende beslissing naar de onderzoeker terug te verwijzen aangezien de aanvraag „hoe dan ook [moest] worden afgewezen op grond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009”; de rechtmatigheid van dit oordeel is in de punten 30 tot en met 48 hierboven bevestigd.

51 Aangezien de bestreden beslissing niet is gebaseerd op artikel 7, lid 1, sub e-i en -ii, van verordening nr. 207/2009, kan, zoals het BHIM in zijn memorie van antwoord eraan herinnert, het middel inzake schending van deze bepaling bijgevolg niet van invloed zijn op de rechtmatigheid van deze beslissing.

52 Om diezelfde reden is er geen schending van artikel 75 van verordening nr. 207/2009, dat bepaalt dat de beslissingen van het BHIM met redenen omkleed zijn. Uiteraard is voorafgaande raadpleging van verzoekster niet vereist wanneer het gaat om een gegeven waarop de kamer van beroep heeft beslist om ambtshalve haar beslissing daarop niet te steunen.

53 Uit een en ander volgt dat het tweede middel moet worden afgewezen.

54 Bijgevolg dient het beroep in zijn geheel te worden verworpen zonder dat uitspraak behoeft te worden gedaan over de ontvankelijkheid van het door verzoekster ter terechtzitting overgelegde document.

Kosten

55 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd.

56 Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van het BHIM te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT (Achtste kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) **Het beroep wordt verworpen.**

2) **Peri GmbH wordt verwezen in de kosten.**

Gratsias Kancheva Wetter

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 25 september 2014.

ondertekeningen