ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)

22 januari 2009 *

In zaak T-316/07,

Commercy AG, gevestigd te Weimar (Duitsland), aanvankelijk vertegenwoordigd door F. Jaschke, vervolgens door S. Grosse en I. Müller, advocaten,

verzoekster,

tegen

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

verweerder,

andere partij in de procedure voor de kamer van beroep van het BHIM, interveniënte voor het Gerecht:

* Procestaal: Duits.

easyGroup IP Licensing Ltd, gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door T. Koerl en S. Möbus, advocaten,

wijst

betreffende een beroep tegen de beslissing van de tweede kamer van beroep van het BHIM van 19 juni 2007 (zaak R 1295/2006-2) inzake een nietigheidsprocedure tussen Commercy AG en easyGroup IP Licensing Ltd,

HET GERECHT
VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: M. Vilaras (rapporteur), kamerpresident, M. Prek en V. Ciucă, rechters,

griffier: C. Kantza, administrateur,

gezien het op 20 augustus 2007 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 7 januari 2008 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van het BHIM,

gezien de op 21 december 2007 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van interveniënte,

gezien het op 18 september 2008 door verzoekster ingediende verzoek om rechtsbijstand,

na de terechtzitting op 18 september 2008,

gezien de schriftelijke opmerkingen die het BHIM en interveniënte op 2 oktober 2008 met betrekking tot het verzoek om rechtsbijstand van verzoekster hebben neergelegd,

gezien de beschikking van de president van 9 oktober 2008 tot sluiting van de mondelinge behandeling,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Op 21 september 2000 heeft interveniënte, easyGroup IP Licensing Ltd, 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 Het merk waarvoor de inschrijving is aangevraagd, is het woordteken easyHotel.

3 De waren en diensten waarvoor dit merk is aangevraagd, behoren tot de klassen 9, 16, 25, 32, 33, 35, 36, 38, 39, 41 en 42 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.

4 Op 30 juni 2004 is het gemeenschapsmerk onder nummer 1866706 voor alle in de inschrijvingsaanvraag opgegeven waren en diensten ingeschreven.

5 Op 11 februari 2005 heeft verzoekster, Commercy AG, overeenkomstig artikel 55 van verordening nr. 40/94 een vordering tot nietigverklaring van het litigieuze merk ingesteld, waarbij zij zich op artikel 52, lid 1, sub a, juncto artikel 8, lid 1, van deze verordening beriep.

6 De vordering tot nietigverklaring was gebaseerd op het oudere nationale woordmerk EASYHOTEL, dat in Duitsland onder meer is ingeschreven voor diverse waren en diensten van de klassen 9 en 42. Deze waren en diensten zijn omschreven als volgt:

— klasse 9: „Software voor de vervaardiging van platform-onafhankelijke webwinkels en authoring tools, voornamelijk voor het reserveren, boeken en betalen van hotelkamers”;

— klasse 42: „Ontwikkeling en ontwerp van software, in hoofdzaak voor webwinkels en authoring tools, voornamelijk voor het reserveren, boeken en betalen van hotelkamers”.

7 De vordering tot nietigverklaring was gericht tegen alle waren en diensten waarop voor het litigieuze merk aanspraak werd gemaakt.

8 Op 12 februari 2005 heeft interveniënte overeenkomstig artikel 49 van verordening nr. 40/94 afstand van het litigieuze merk gedaan voor alle waren en diensten van de klassen 9 en 38, alsook voor een deel van de diensten van klasse 42 waarvoor dit merk was ingeschreven. Deze afstand is door het BHIM ingeschreven op 28 juni 2005.

9 Tot de diensten van de klassen 39 en 42 waarop na deze afstand voor het litigieuze merk aanspraak werd gemaakt, behoren onder meer de diensten die voor deze klassen aan de volgende omschrijving beantwoorden:

— klasse 39: „Informatie met betrekking tot transport, waaronder informatie online verstrekt via een computerdatabase of via het internet; reisreserveringen en boeking van reizen geleverd via het world wide web";

— klasse 42: „Geautomatiseerde hotelreserveringen".

10 Bij beslissing van 31 juli 2006 heeft de nietigheidsafdeling de vordering tot nietigverklaring afgewezen op grond dat niet was voldaan aan een van de voorwaarden die voor de toepassing van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 moeten zijn vervuld, namelijk dat de conflicterende merken betrekking hebben op dezelfde of soortgelijke waren en diensten.

11 Op 29 september 2006 heeft verzoekster krachtens de artikelen 57 tot en met 62 van verordening nr. 40/94 beroep tegen de beslissing van de nietigheidsafdeling ingesteld voor zover daarbij de vordering tot nietigverklaring van het litigieuze merk voor de diensten van de klassen 39 en 42 was afgewezen, waarbij zij aanvoerde dat de door het oudere merk aangeduide en in punt 6 hierboven genoemde waren en diensten van de klassen 9 en 42 en de door het litigieuze merk aangeduide en in punt 9 hierboven genoemde diensten van de klassen 39 en 42 soortgelijk waren.

12 Bij beslissing van 19 juni 2007 (hierna: „bestreden beslissing"), die verzoekster de volgende dag is betekend, heeft de tweede kamer van beroep verzoeksters beroep verworpen en de beslissing van de nietigheidsafdeling bevestigd.

13 De kamer van beroep heeft in wezen geoordeeld dat de betrokken waren en diensten noch dezelfde noch soortgelijk waren, en dat artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 dus niet kon worden toegepast.

Conclusies van partijen

14 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage het litigieuze merk nietig te verklaren.

15 Het BHIM en interveniënte concluderen dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

Verzoek om rechtsbijstand

16 Volgens artikel 94, lid 1, tweede alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht dekt de rechtsbijstand volledig of gedeeltelijk de kosten in verband met de bijstand en de vertegenwoordiging in rechte voor het Gerecht. Deze kosten komen ten laste van de kas van het Gerecht. Lid 2 voegt hieraan toe dat iedere natuurlijke persoon die wegens zijn economische situatie geheel of ten dele niet in staat is de in lid 1 bedoelde kosten te dragen, recht heeft op rechtsbijstand.

17 Blijkens deze bepalingen kan een rechtspersoon, zoals Commercy, geen aanspraak maken op rechtsbijstand.

18 Ter terechtzitting heeft de vertegenwoordiger van verzoekster evenwel verklaard dat B., die het beroep heeft ingesteld in zijn hoedanigheid van curator van de ten aanzien van het vermogen van de vennootschap Commercy ingeleide faillissementsprocedure, als de verzoekende partij in de onderhavige zaak moet worden beschouwd. Aangezien B. een natuurlijke persoon is, heeft hij recht op rechtsbijstand.

19 Dit betoog kan niet worden aanvaard. Uit het overeenkomstig artikel 133, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering aan het Gerecht toegezonden dossier van de procedure voor het BHIM blijkt weliswaar dat de litigieuze vordering tot nietigverklaring is ingesteld door B., in zijn voornoemde hoedanigheid, maar het BHIM heeft deze

vordering terecht aldus opgevat dat zij namens de vennootschap Commercy, de houdster van het oudere merk, was ingesteld.

20 Een door B. op eigen naam ingestelde vordering tot nietigverklaring had door het BHIM immers niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. Uit artikel 55, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, gelezen in samenhang met de artikelen 42, lid 1, en 52, lid 1, van deze verordening, volgt dat een op artikel 8, lid 1, van deze verordening gebaseerde vordering tot nietigverklaring enkel door de houders van de ter onderbouwing van deze vordering ingeroepen oudere merken of de door deze houders gemachtigde licentiehouders kan worden ingesteld. De hoedanigheid van curator in een faillissementsprocedure van een handelsvennootschap beantwoordt evenwel aan geen van deze beide categorieën.

21 Ook het beroep voor de kamer van beroep en het beroep bij het Gerecht moeten worden geacht door Commercy te zijn ingesteld. Aangezien de vordering tot nietigverklaring is te beschouwen als ingediend door Commercy, zouden deze beroepen, indien aldus uitgelegd dat zij waren ingesteld door B., noodzakelijkerwijs moeten worden afgewezen, daar zij dan, anders dan respectievelijk in artikel 58 en in artikel 63, lid 4, van verordening nr. 40/94 is voorgeschreven, zouden zijn ingesteld door een persoon die niet kan opkomen tegen de met deze beroepen bestreden beslissingen, te weten respectievelijk de beslissing van de nietigheidsafdeling en de beslissing van de kamer van beroep.

22 Verzoekster voert evenwel aan dat volgens de Duitse procedureregels de curator in de faillissementsprocedure als „Partei kraft Amtes" in eigen naam in rechte kan optreden en niet namens de natuurlijke persoon of rechtspersoon waarop de faillissementsprocedure in kwestie betrekking heeft.

23 Dit argument kan niet worden aanvaard. In de eerste plaats zijn de Duitse procedureregels in casu irrelevant aangezien de procedure voor het Gerecht door het Reglement voor de procesvoering wordt beheerst, en in de tweede plaats doet dit argument, waarmee uitsluitend naar gerechtelijke procedures wordt verwezen, niet af aan de conclusie dat de vordering tot nietigverklaring voor het BHIM namens de vennootschap Commercy had moeten worden ingediend. Zo de vordering tot nietigverklaring, zoals hiervóór uiteengezet, is ingediend door Commercy, kan deze vennootschap, in voorkomend geval vertegenwoordigd door de curator in het faillissement, opkomen tegen de beslissingen van de nietigheidsafdeling en van de kamer van beroep.

24 Uit de voorgaande overwegingen volgt dat, aangezien de verzoekende partij in de onderhavige zaak de vennootschap Commercy is, een rechtspersoon, deze niet in aanmerking komt voor rechtsbijstand.

25 Hoe dan ook zou het verzoek om rechtsbijstand ook indien B. als de verzoekende partij in de onderhavige zaak zou moeten worden aangemerkt, niet kunnen worden toegewezen.

26 Verzoekster stelt in het verzoek om rechtsbijstand immers dat bij de beoordeling van de gegrondheid van dit verzoek de economische situatie van de vennootschap Commercy en niet de persoonlijke economische situatie van de curator van het faillissement van deze vennootschap in aanmerking moet worden genomen. Zoals het BHIM in zijn schriftelijke opmerkingen over dit verzoek heeft aangevoerd, berust deze stelling van verzoekster op artikel 116, lid 1, van de Zivilprozessordnung (Duits wetboek van burgerlijk procesrecht), waarin is bepaald dat rechtsbijstand kan worden verleend aan een „Partei kraft Amtes", ingeval het door deze laatste beheerde vermogen niet toereikend is om de kosten van een gerechtelijke procedure te dekken.

27 Dienaangaande volstaat evenwel de opmerking dat het Reglement voor de procesvoering geen met artikel 116, lid 1, van de Zivilprozessordnung vergelijkbare bepaling bevat en uitdrukkelijk bepaalt dat enkel aan natuurlijke personen rechtsbijstand kan worden verleend, rekening houdend met hun persoonlijke economische situatie.

28 Bovendien heeft de vertegenwoordiger van verzoekster ter terechtzitting in antwoord op een vraag van het Gerecht verklaard dat indien het beroep zou worden afgewezen en verzoekster zou worden verwezen in de kosten, deze ten laste van het vermogen van de vennootschap Commercy en niet van het persoonlijke vermogen van B. zouden komen. Deze verklaring is in het proces-verbaal van terechtzitting opgenomen.

29 In die omstandigheden zou toewijzing van het verzoek om rechtsbijstand in casu in werkelijkheid erop neerkomen dat dit recht aan een rechtspersoon wordt verleend, hetgeen in strijd zou zijn met artikel 94, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering.

30 Gelet op een ander moet het verzoek om rechtsbijstand worden afgewezen.

Beroep

31 Verzoekster vordert nietigverklaring van het betrokken merk. Ter onderbouwing van deze vordering voert zij in haar verzoekschrift één middel aan, ontleend aan schending van artikel 52, lid 1, sub a, van verordening nr. 40/94, juncto artikel 8, lid 1, sub a, van deze verordening. Zij betoogt dat er, gelet op het feit dat de conflicterende merken gelijk

zijn, gevaar voor verwarring bestaat, aangezien, anders dan de kamer van beroep in de bestreden beslissing heeft geoordeeld, de betrokken waren en diensten op zijn minst in geringe mate soortgelijk zijn.

32 Ter terechtzitting heeft de vertegenwoordiger van verzoekster evenwel gepreciseerd dat in het verzoekschrift ingevolge een verschrijving artikel 8, lid 1, sub a, van verordening nr. 40/94 in het enige middel is vermeld en niet lid 1, sub b, van dit artikel, dat in casu de relevante bepaling is. De andere partijen hebben verklaard tegen deze verduidelijking geen bezwaar te maken. Deze verklaringen zijn in het proces-verbaal van terechtzitting opgenomen.

33 Primair betogen het BHIM en interveniënte dat het enige onderdeel van verzoeksters petitum niet-ontvankelijk is op grond dat het Gerecht volgens artikel 63, lid 3, van verordening nr. 40/94 niet bevoegd is om de nietigverklaring van het litigieuze merk uit te spreken of om een bevel in die zin tot het BHIM te richten.

34 Subsidiair stellen het BHIM en interveniënte dat de kamer van beroep op goede gronden heeft geconcludeerd dat de betrokken waren en diensten noch dezelfde noch soortgelijk waren, en dat artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 in casu dus geen toepassing kon vinden.

35 Het Gerecht acht het aangewezen zich allereerst uit te spreken over de grond van de zaak, te weten de rechtmatigheid van de bestreden beslissing gelet op de door verzoekster in het kader van haar enige middel aangevoerde argumenten, alvorens in voorkomend geval de door het BHIM en interveniënte primair betwiste ontvankelijkheid van het beroep te onderzoeken.

36 Artikel 52, lid 1, sub a, van verordening nr. 40/94 bepaalt dat het gemeenschapsmerk op vordering bij het Bureau nietig wordt verklaard, wanneer er een in artikel 8, lid 2, bedoeld ouder merk bestaat en aan de in lid 1 of lid 5 van dit artikel genoemde voorwaarden is voldaan.

37 Volgens artikel 8, lid 1, sub b, van deze verordening is voor de toepassing van deze bepaling vereist dat verwarring bij het publiek kan ontstaan op het grondgebied waarop het oudere merk wordt beschermd, omdat dit merk gelijk is aan of overeenstemt met het aangevraagde merk en de twee merken betrekking hebben op dezelfde of soortgelijke waren of diensten.

38 Volgens artikel 8, lid 2, sub a-ii, van diezelfde verordening wordt onder „oudere merken" onder meer verstaan, de in een lidstaat ingeschreven merken waarvan de datum van de inschrijvingsaanvraag voorafgaat aan de datum van de gemeenschapsmerkaanvraag.

39 In casu hebben zowel de nietigheidsafdeling als de kamer van beroep erkend dat de conflicterende merken gelijk zijn. Niettemin hebben zij geoordeeld dat de betrokken waren en diensten noch dezelfde noch soortgelijk waren, en dat de inschrijving van het litigieuze merk dan ook niet in strijd was het artikel 8, lid 1, van verordening nr. 40/94.

40 Ter onderbouwing van haar enige middel betwist verzoekster deze conclusie met het betoog dat hieraan een te enge uitlegging van artikel 8, lid 1, van verordening nr. 40/94 ten grondslag ligt. Verzoekster merkt op dat deze bepaling volgens de rechtspraak aldus moet worden uitgelegd dat ingeval de conflicterende merken — zoals in casu — gelijk zijn, het verschil tussen de betrokken waren en diensten heel groot moet zijn om elk gevaar voor verwarring uit te sluiten.

41 Volgens vaste rechtspraak dient het gevaar voor verwarring bij het publiek in de zin van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 globaal te worden beoordeeld, met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval. Deze globale beoordeling impliceert een zekere wisselwerking tussen de in aanmerking genomen factoren, zodat een geringe mate van soortgelijkheid tussen de betrokken waren of diensten kan worden gecompenseerd door een hoge mate van overeenstemming van de merken, en omgekeerd (zie arrest Hof van 17 april 2008, Ferrero Deutschland/BHIM en Cornu, C-108/07 P, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 44 en 45, en aangehaalde rechtspraak).

42 Tevens is volgens de rechtspraak voor de toepassing van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 slechts sprake van gevaar voor verwarring indien de conflicterende merken gelijk zijn of overeenstemmen en de waren of diensten waarop zij betrekking hebben, dezelfde of soortgelijk zijn. Dit zijn cumulatieve voorwaarden (zie in die zin arresten Hof van 12 oktober 2004, Vedial/BHIM, C-106/03 P, Jurispr. blz. I-9573, punt 51, en 13 september 2007, Il Ponte Finanziaria/BHIM, C-234/06 P, Jurispr. blz. I-7333, punt 48).

43 Bijgevolg moet voor de toepassing van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, zelfs wanneer de conflicterende merken gelijk zijn, nog altijd het bewijs worden geleverd dat de door deze merken aangeduide waren of diensten soortgelijk zijn (zie in die zin beschikking Hof van 9 maart 2007, Alecansan/BHIM, C-196/06 P, punt 24, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, en arrest Gerecht van 11 juli 2007, Mülhens/BHIM — Minoronzoni (TOSCA BLU), T-150/04, Jurispr. blz. II-2353, punt 27].

44 Gelet op deze overwegingen en aangezien niet wordt betwist dat de conflicterende merken gelijk zijn, moet ter afdoening van verzoeksters enige middel worden geverifieerd of de kamer van beroep in de bestreden beslissing terecht heeft geconcludeerd dat de betrokken waren en diensten niet soortgelijk zijn, en moet in

die context verzoeksters betoog worden onderzocht dat in hoofdzaak inhoudt dat deze waren en diensten minstens in geringe mate soortgelijk zijn.

45 Volgens vaste rechtspraak moet bij de beoordeling van de soortgelijkheid van waren en diensten rekening worden gehouden met alle relevante factoren die de verhouding tussen deze waren of diensten kenmerken. Daartoe behoren inzonderheid de aard, de bestemming en het gebruik, maar ook het concurrerend dan wel complementair karakter ervan (arrest Hof van 11 mei 2006, Sunrider/BHIM, C-416/04 P, Jurispr. blz. I-4237, punt 85, en beschikking Alecansan/BHIM, punt 43 supra, punt 28).

46 In casu heeft de kamer van beroep de betrokken waren en diensten in de punten 18 tot en met 21 van de bestreden beslissing met elkaar vergeleken. Zij heeft vastgesteld dat de door het oudere merk aangeduide waren en diensten de bestanddelen van een internetsite zijn of bestemd zijn om op een dergelijke site een systeem voor het reserveren, boeken en betalen van hotelkamers tot stand te brengen en een onderneming in staat te stellen, een dergelijk systeem op internet te installeren. Zij verschillen volgens de kamer van beroep van de door het litigieuze merk aangeduide diensten, waarbij het in wezen gaat om informatie- en reserveringsdiensten en diensten voor het boeken van reizen en hotelkamers, die het grote publiek de mogelijkheid moeten bieden om voor beroeps-, vrijetijds- of andere doeleinden een hotelkamer of een reis te boeken.

47 De kamer van beroep heeft eveneens op de omstandigheid gewezen dat de waren en diensten van het oudere merk tot een gespecialiseerde sector behoren, namelijk die van de waren en diensten voor de actualisering en de werking van computersystemen, en een beperkt doelpubliek hebben, aangezien zij uitsluitend bestemd zijn om een onderneming in de hotel- of reissector de mogelijkheid te bieden, een via internet toegankelijk reserveringssysteem te installeren. Het beperkte publiek dat door deze ondernemingen wordt gevormd, verschilt duidelijk van het grote publiek waarvoor de diensten van het litigieuze merk bestemd zijn.

48 Aangezien de betrokken waren en diensten aan een verschillend publiek worden verkocht, heeft de kamer van beroep geconcludeerd dat deze waren en diensten dan ook niet in een mededingingsverhouding tot elkaar staan.

49 Bovendien heeft de kamer van beroep onderzocht of de betrokken waren en diensten in voorkomend geval complementair zijn. Volgens haar is dit in casu niet het geval, aangezien het grote publiek, waarvoor de door het litigieuze merk aangeduide diensten bestemd zijn, geen afnemer is van de door het oudere merk aangeduide waren en diensten, die uitsluitend bestemd zijn voor ondernemingen die vervolgens diensten aan dit grote publiek leveren.

50 Ten slotte heeft de kamer van beroep in diezelfde context verklaard dat internetgebruikers die online reizen boeken, waarschijnlijk niet weten wie de software heeft geleverd waarmee deze elektronische verkoop kan worden verwezenlijkt, en hoe dan ook het onderscheid kunnen maken tussen een onderneming die een complexe technologie levert en een andere onderneming die reizen via internet verkoopt.

51 Deze overwegingen moeten worden bevestigd. Zij tonen rechtens genoegzaam aan dat de betrokken waren en diensten verschillen qua aard, bestemming en gebruik, en niet concurrerend of complementair zijn. Om te beginnen moet immers worden vastgesteld dat de door het oudere merk aangeduide waren en diensten computertechnisch zijn, terwijl de informatie-, boekings- en reserveringsdiensten waarop het litigieuze merk betrekking heeft van andere aard zijn en van de informatica enkel gebruikmaken voor het doorgeven van informatie of voor het boeken van hotelkamers of reizen.

52 Tevens zij opgemerkt dat de door het oudere merk aangeduide waren en diensten specifiek voor ondernemingen uit de hotel- en reissector bestemd zijn en dat de informatie-, boekings- en reserveringsdiensten waarop het litigieuze merk betrekking heeft, tot het grote publiek zijn gericht.

53 Bovendien moet erop worden gewezen dat de door het oudere merk gedekte waren en diensten worden gebruikt voor de werking van een computersysteem, meer bepaald verkoop online, terwijl de door het litigieuze merk aangeduide informatie-, boekings- en reserveringsdiensten worden gebruikt voor het boeken van hotelkamers of reizen.

54 De enkele omstandigheid dat de door het litigieuze merk aangeduide informatie-, boekings- en reserveringsdiensten uitsluitend via internet beschikbaar zijn en er voor deze diensten dus een informatiedrager vereist is zoals die welke door de waren en diensten van het oudere merk wordt geleverd, volstaat niet om de fundamentele verschillen die er tussen de betrokken waren en diensten bestaan qua aard, bestemming en gebruik, terzijde te schuiven.

55 Computerwaren en -diensten worden immers gebruikt in nagenoeg alle sectoren. Vaak kunnen dezelfde waren of diensten, bijvoorbeeld een bepaald type software of besturingsprogramma, voor zeer diverse doeleinden worden gebruikt, zonder dat zij hierdoor verschillende, van elkaar te onderscheiden waren of diensten worden. Omgekeerd veranderen de diensten van reisagentschappen niet qua aard, bestemming of gebruik wegens de enkele omstandigheid dat zij via internet worden geleverd, te meer daar het gebruik van computertoepassingen thans voor de levering van dergelijke diensten nagenoeg onontbeerlijk is, ook wanneer deze diensten niet door een webwinkel worden geleverd.

56 Bovendien zijn de betrokken waren en diensten niet onderling vervangbaar, daar zij tot een verschillend publiek zijn gericht. De kamer van beroep heeft dus op goede gronden geconcludeerd dat voornoemde waren en diensten niet concurrerend zijn.

57 Ten slotte zijn deze waren en diensten evenmin complementair. In dit verband zij eraan herinnerd dat waren of diensten complementair zijn wanneer zij dermate onderling verbonden zijn dat de ene onontbeerlijk of belangrijk is voor het gebruik van de andere, zodat de consument kan denken dat de verantwoordelijkheid voor de vervaardiging van deze waren of het verrichten van deze diensten in handen is van een en dezelfde onderneming [arresten Gerecht van 1 maart 2005, Sergio Rossi/BHIM — Sissi Rossi (SISSI ROSSI), T-169/03, Jurispr. blz. II-685, punt 60; 15 maart 2006, Eurodrive Services and Distribution/BHIM — Gómez Frías (euroMASTER), T-31/04, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 35, en 17 juni 2008, El Corte Inglés/BHIM — Abril Sánchez en Ricote Saugar (Boomerang TV), T-420/03, Jurispr. blz. II-837, punt 98].

58 Deze in de rechtspraak ontwikkelde definitie impliceert dat complementaire waren of diensten samen kunnen worden gebruikt, hetgeen vooronderstelt dat zij tot hetzelfde publiek gericht zijn. Hieruit volgt dat er geen complementariteit kan bestaan tussen waren of diensten die noodzakelijk zijn voor het functioneren van een handelsonderneming enerzijds, en waren en diensten die deze onderneming produceert of levert anderzijds. Deze twee categorieën van waren of diensten worden niet samen gebruikt, aangezien die van de eerstgenoemde categorie door de betrokken onderneming zelf worden gebruikt, terwijl die van de tweede categorie door de klanten van deze onderneming worden gebruikt.

59 Hoewel zij erkent dat de waren en diensten in kwestie andere eindgebruikers hebben, betoogt verzoekster dat gevaar voor verwarring in casu niet kan worden uitgesloten, aangezien de waren en diensten van het oudere merk er louter toe strekken, de levering

mogelijk te maken van de informatie-, boekings- en reserveringsdiensten waarop het litigieuze merk betrekking heeft. In de regel is het publiek dat zich voor laatstgenoemde diensten interesseert, er niet van op de hoogte wie de nodige software heeft ontwikkeld en kan het met betrekking tot de informatie op de webpagina van interveniënte evenmin een onderscheid maken tussen de informatie die van interveniënte zelf afkomstig is en die welke haar oorsprong vindt in de software of de diensten van een in gegevensverwerking gespecialiseerde onderneming, zoals verzoekster. Uiteindelijk vallen op de internetsite van interveniënte de door het litigieuze merk aangeduide diensten samen met de door het oudere merk aangeduide waren en diensten.

60 Dit betoog kan niet worden aanvaard. Ter zake moet erop worden gewezen dat de commerciële herkomst van de software en van de computerdiensten op basis waarvan de internetsite van interveniënte functioneert, algemeen genomen van geen belang is voor het publiek waartoe de via deze internetsite geleverde diensten van het litigieuze merk zijn gericht. De internetsite van interveniënte vormt voor dit publiek louter een hulpmiddel om online reizen en hotelkamers te reserveren. Van belang is dat dit instrument goed functioneert, en niet wie de software en de computerdiensten op basis waarvan het werkt, heeft geleverd.

61 De klanten van interveniënte die zich evenwel vragen zouden stellen over de commerciële oorsprong van de software en van de diensten in verband met de ontwikkeling en het ontwerp van de voor de goede werking van haar internetsite vereiste software, kunnen, zoals de kamer van beroep terecht heeft opgemerkt, het onderscheid maken tussen de gespecialiseerde onderneming die deze waren en diensten levert, en interveniënte, die tot de toerisme- en reissector behorende diensten op internet aanbiedt. Aangezien de diensten van het litigieuze merk immers per definitie uitsluitend via internet worden geleverd, moet ervan worden uitgegaan dat de klanten van interveniënte op zijn minst enige basiskennis van informatica hebben. Zij zullen zich er dan ook van bewust zijn dat een online-reserveringssysteem niet door om het even welke computergebruiker kan worden geïnstalleerd en dat hiervoor door een gespecialiseerde onderneming geleverde diensten voor de ontwikkeling en het ontwerp van deze software vereist zijn.

62 Verzoeksters bewering dat de klanten van interveniënte er niet in zullen slagen een onderscheid te maken tussen de informatie die van interveniënte zelf afkomstig is en de informatie die haar oorsprong vindt in de software of de computerdiensten zoals die van het oudere merk, is evenzeer onjuist. De informatie die de klanten van interveniënte kan interesseren is die betreffende de modaliteiten van hun reis, de beschikbaarheid van hotelkamers en de prijzen. De onder het litigieuze merk vallende diensten bestaan juist in het verstrekken van dergelijke informatie. De waren en diensten van het oudere merk dienen enkel voor het doorgeven van deze informatie en verschaffen de betrokkenen als zodanig geen verdere, afzonderlijke informatie.

63 Ten slotte betwist verzoekster de verwijzing in de bestreden beslissing naar een arrest van 12 mei 2006 van het Oberlandesgericht Dresden, dat interveniënte voor de kamer van beroep heeft aangevoerd. In dit arrest heeft het Oberlandesgericht Dresden in een geding tussen verzoekster en interveniënte wegens inbreuk op het merkenrecht geconcludeerd dat software en diensten voor de ontwikkeling en het ontwerp van software en diensten die zich van deze software bedienen, niet soortgelijk zijn, aangezien het publiek weet dat in tal van sectoren dienstverleningen elektronisch ondersteund worden. In punt 22 van de bestreden beslissing schaart de kamer van beroep zich volledig achter de redenering en de conclusies van dat arrest.

64 Verzoekster betoogt evenwel dat deze verwijzing de onjuistheid bevestigt van de conclusie van de kamer van beroep dat de betrokken waren en diensten niet soortgelijk zijn. Volgens verzoekster heeft het arrest van het Bundesgerichtshof van 13 november 2003 (I ZR 103/01, GRUR 2004, blz. 241), waarnaar het Oberlandesgericht Dresden verwijst in de motivering van zijn voornoemd arrest, betrekking op een zaak waarin de methode voor het doorgeven van bepaalde informatie en opdrachten, te weten via een computersysteem dan wel via andere middelen zoals de gewone post, voor de afdoening van het geding irrelevant is beschouwd. In de onderhavige zaak is dit anders, aangezien de betrokken diensten waarop het litigieuze merk betrekking heeft, uitsluitend via internet worden geleverd.

65 Zoals hierboven is aangegeven, volstaat de enkele omstandigheid dat de door het litigieuze merk aangeduide diensten van interveniënte enkel via internet worden geleverd, niet om te concluderen dat deze diensten en de waren en diensten van het oudere merk soortgelijk zijn. Anders dan verzoekster stelt, toont de verwijzing in de bestreden beslissing naar het voormelde arrest van het Oberlandesgericht Dresden geenszins aan dat de conclusie inzake het ontbreken van soortgelijkheid van de door de conflicterende merken gedekte waren en diensten onjuist is. Daarbij hoeft niet te worden onderzocht of in laatstgenoemd arrest de rechtspraak van het Bundesgerichtshof correct is toegepast, aangezien deze vraag buiten de bevoegdheid van het Gerecht valt en hoe dan ook irrelevant is voor het onderhavige geding.

66 Uit een en ander volgt dat het enige middel van verzoekster ongegrond moet worden verklaard.

67 Nu het enige door verzoekster ter onderbouwing van haar beroep aangevoerde middel is afgewezen, moet dit beroep hoe dan ook ongegrond worden verklaard, zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over de door het BHIM en door interveniënte in hun memories van antwoord opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid (zie in die zin arresten Hof van 26 februari 2002, Raad/Boehringer, C-23/00 P, Jurispr. blz. I-1873, punt 52, en 23 maart 2004, Frankrijk/Commissie, C-233/02, Jurispr. blz. I-2759, punt 26).

Kosten

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

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het verzoek om rechtsbijstand wordt afgewezen.

2) Het beroep wordt verworpen.

3) Commercy AG wordt verwezen in de kosten.

Vilaras Prek Ciucă

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 22 januari 2009.

ondertekeningen