ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

21 oktober 2004 *

In zaak C-447/02 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 49 van het Statuut-EG van het Hof van Justitie,

ingesteld op 11 december 2002,

KWS Saat AG, gevestigd te Einbeck (Duitsland), vertegenwoordigd door C. Rohnke, Rechtsanwalt, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

rekwirante,

andere partij bij de procedure:

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

verweerder in eerste aanleg,

* Procestaal: Duits.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Tweede kamer),

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

advocaat-generaal: P. Léger,
griffier: M. Múgica Arzamendi, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 4 maart 2004,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 19 mei 2004,

het navolgende

Arrest

1 Met haar hogere voorziening verzoekt KWS Saat AG (hierna: „KWS") om vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (Tweede kamer) van 9 oktober 2002, KWS Saat/BHIM (tint oranje) (T-173/00, Jurispr. blz. II-3843; hierna: „bestreden arrest"), voorzover haar aanvraag voor de inschrijving van de kleur oranje als gemeenschapsmerk voor bepaalde verwerkingsinstallaties voor zaaigoed en voor bepaalde land-, tuin- en bosbouwproducten bij dit arrest niet is ingewilligd.

Toepasselijke bepalingen

2 Artikel 7, lid 1, sub b, van verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het Gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), bepaalt:

„Geweigerd wordt inschrijving van:

[...]

b) merken die elk onderscheidend vermogen missen".

3 Artikel 7, lid 3, van deze verordening luidt:

„Lid 1, sub b, c en d, is niet van toepassing indien het merk als gevolg van het gebruik dat ervan is gemaakt onderscheidend vermogen heeft verkregen voor de waren of diensten waarvoor inschrijving is aangevraagd."

4 In artikel 73 van voornoemde verordening heet het:

„De beslissingen van het Bureau worden met redenen omkleed. Zij kunnen slechts worden genomen op gronden waartegen de partijen verweer hebben kunnen voeren."

5 Artikel 74 van deze verordening bepaalt:

„1. Tijdens de procedure onderzoekt het Bureau ambtshalve de feiten; in procedures inzake relatieve afwijzingsgronden blijft dit onderzoek echter beperkt tot de door de partijen aangevoerde feiten, bewijsmiddelen en argumenten en tot de door hen ingestelde vordering.

2. Het Bureau hoeft geen rekening te houden met feiten en bewijsmiddelen die de partijen niet tijdig hebben aangevoerd."

Feiten

6 KWS is een in Duitsland gevestigde vennootschap.

7 Op 17 maart 1998 heeft zij krachtens verordening nr. 40/94 bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) (hierna: „Bureau") een aanvraag voor de inschrijving van een gemeenschapsmerk ingediend.

8 De inschrijvingsaanvraag betreft de kleur oranje als zodanig, met referentie HKS7.

9 De waren en diensten waarvoor de inschrijvingsaanvraag was ingediend, behoren tot de klassen 7, 11, 31 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. Zij zijn als volgt omschreven:

— „verwerkingsinstallaties voor zaaigoed, te weten voor zaaigoedreiniging, -etsing, het maken van pillenzaad uit zaaigoed, zaaigoedkalibratie, -werkzame-stofbehandeling, -kwaliteitsonderzoek en -zeving" (klasse 7);

— „verwerkingsinstallaties voor het drogen van zaaigoed" (klasse 11);

— „land-, tuin- en bosbouwproducten" (klasse 31);

— „technische en professionele consultatie op zakelijk gebied met betrekking tot de plantenteelt, met name de zaaigoedbranche" (klasse 42).

10 Bij beslissing van 25 maart 1999 heeft de onderzoeker van het Bureau de aanvraag van KWS afgewezen op grond dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

11 Op 21 mei 1999 heeft KWS bij het Bureau beroep ingesteld tegen deze beslissing.

12 Bij beslissing van 19 april 2000 (zaak R 282/1999-2; hierna: „litigieuze beslissing"), die op 28 juni daaraanvolgend aan KWS is betekend, heeft de tweede kamer van beroep van het Bureau het beroep verworpen. Zij heeft in wezen geoordeeld dat het aangevraagde merk elk onderscheidend vermogen miste in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

13 De punten 17 en 18 van de litigieuze beslissing luiden:

„17 [...] blijkens het onderzoek van de kamer heeft de aangevraagde kleur niets origineels of zelfs maar ongewoon in de betrokken sector.

18 Sinds enige tijd kleuren de zaaigoedproducenten hun zaaigoed met kleurstoffen. Deze techniek is ingevoerd om aan te duiden dat het zaaigoed werd behandeld (bijvoorbeeld: behandeling ter verdelging van ongedierte, schimmelwerende of onkruidverdelgende behandeling). Als gevolg van deze ontwikkeling zijn er zelfs ondernemingen die kleurstoffen voor zaaigoed produceren. Zo is er een producent die zijn producten als volgt aanprijst:

‚[...] Colorants identify treated seeds, as well as transgenic seeds [...] Seed colorants identify treated seed, reducing mishandling of seed treated with active ingredients such as fungicide or insecticide. With the help of seed colorants and coatings, producers will feel confident that their seed investment is safe [...]'

http://www.bucolor.com/seeds/colorants.htm

(‚[...] de kleurstoffen dienen ter identificatie van het behandelde of genetisch gemodificeerde zaaigoed [...] Aan de hand van kleurstoffen voor zaad kan worden bepaald welk zaaigoed is behandeld en kan het onjuiste gebruik van met actieve stoffen — zoals fungiciden of insecticiden — behandeld zaaigoed worden tegengegaan. Dankzij kleurstoffen en coatings kunnen producenten vertrouwen op de kwaliteit van het door hen gekochte zaaigoed [...]')."

Het bestreden arrest

14 Bij verzoekschrift, op 28 juni 2000 neergelegd ter griffie van het Gerecht, heeft KWS verzocht om nietigverklaring van de litigieuze beslissing. Zij heeft daartoe twee middelen aangevoerd: schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 en schending van de artikelen 73 en 74 ervan.

15 Het Gerecht heeft bij het bestreden arrest het beroep van KWS gedeeltelijk toegewezen.

16 Wat het middel inzake de schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 betreft, heeft het Gerecht in punt 33 van het bestreden arrest met betrekking tot de land-, tuin- en bosbouwproducten van klasse 31 — in het bijzonder zaaigoed — geoordeeld:

„[...] het gebruik van kleuren, de aangevraagde tint oranje en zeer verwante tinten daaronder begrepen, [is] evenwel niet uitzonderlijk voor deze waren. Bijgevolg zal het aangevraagde teken het relevante publiek niet in staat stellen om verzoeksters waren onmiddellijk en met zekerheid te onderscheiden van in andere tinten oranje gekleurde waren van andere ondernemingen."

17 Betreffende de verwerkingsinstallaties van de klassen 7 en 11, heeft het Gerecht in punt 40 van het bestreden arrest geoordeeld:

„[...] de kamer van beroep [heeft] in punt 21 van de bestreden beslissing terecht geoordeeld dat machines met deze kleur of een soortgelijke tint niet zeldzaam zijn. Aangezien oranje een gebruikelijke kleur is, stelt deze kleur het relevante publiek niet in staat om onmiddellijk en met zekerheid verzoeksters installaties te onderscheiden van in soortgelijke tinten oranje gekleurde machines van een andere commerciële herkomst. Het relevante publiek zal de aangevraagde kleur derhalve eerder louter als een element van de afwerking van de betrokken waren opvatten."

18 Wat daarentegen de diensten van klasse 42 betreft, stelde het Gerecht in punt 46 van dit arrest vast:

„[...] het teken bestaande uit de oranje tint als zodanig, [kan] het relevante publiek in staat stellen de betrokken diensten van die van een andere commerciële herkomst te onderscheiden wanneer het bij een latere opdracht een keuze zal moeten maken."

19 Op die gronden heeft het Gerecht het middel inzake de schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 aanvaard voor de diensten van klasse 42, en afgewezen voor de land-, tuin- en bosbouwproducten van klasse 31 en de verwerkingsinstallaties van de klassen 7 en 11.

20 Wat het middel inzake de schending van de artikelen 73 en 74 van verordening nr. 40/94 betreft, oordeelde het Gerecht betreffende artikel 73 dat de kamer van beroep de verplichting om haar beslissing te motiveren had nageleefd.

21 Enerzijds heeft het Gerecht in dat verband in punt 56 van het bestreden arrest geoordeeld dat KWS over de elementen beschikte die nodig waren om de litigieuze beslissing te begrijpen en de wettigheid ervan te betwisten voor de gemeenschapsrechter.

22 Anderzijds heeft het Gerecht in punt 59 van voornoemd arrest geoordeeld dat de kamer van beroep artikel 73 van verordening nr. 40/94 niet had geschonden door KWS niet de documenten te bezorgen die zij enkel had gebruikt om de litigieuze beslissing voor te bereiden en om haar te staven met gronden en een redenering die KWS reeds kende.

23 Betreffende artikel 74 van verordening nr. 40/94 oordeelde het Gerecht in de volgende bewoordingen dat de kamer van beroep de in die bepaling neergelegde verplichting om de feiten ambtshalve te onderzoeken had nageleefd:

„60 [...] de kamer van beroep [heeft] een bepaald aantal relevante feiten onderzocht en gebruikt om te beoordelen of het teken onderscheidend vermogen heeft voor de verschillende in de aanvraag opgegeven waren en diensten. Dienaangaande vormen de analoge beslissingen die het Bureau vroeger heeft genomen, en de op internet gevonden voorbeelden geen vervanging van de in de bestreden beslissing ontwikkelde redenering noch nieuwe feiten die niet ambtshalve zouden zijn onderzocht, maar bijkomende elementen die het Bureau in zijn memories heeft aangevoerd om controle van de rechtsgrondslag van de bestreden beslissing mogelijk te maken."

24 In die omstandigheden heeft het Gerecht het middel inzake de schending van de artikelen 73 en 74 van verordening nr. 40/94 in zijn geheel afgewezen.

25 Ten slotte heeft het Gerecht de litigieuze beslissing voor de diensten van klasse 42 nietig verklaard, het beroep verworpen voor het overige en KWS verwezen in haar eigen kosten en in twee derde van de kosten van het Bureau.

Conclusies van partijen

26 KWS concludeert dat het het Hof behage:

— het bestreden arrest te vernietigen voorzover het beroep daarbij is verworpen;

— de litigieuze beslissing nietig te verklaren voorzover zij niet reeds door het bestreden arrest is nietigverklaard;

— het Bureau te verwijzen in de kosten.

27 Het Bureau concludeert dat het het Hof behage:

— de hogere voorziening af te wijzen;

— KWS te verwijzen in de kosten.

De hogere voorziening

28 Het Bureau voert in zijn memorie van antwoord aan dat „de inschrijving van het betrokken kleurmerk eveneens had moeten worden afgewezen voor de door verzoekster in haar aanvraag vermelde consultatiediensten inzake de plantenteelt. Het Bureau komt zelf niet op tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg. Dit neemt niet weg dat het Hof van Justitie inzake de bescherming van kleurmerken zonder omtrek vaststellingen kan doen, die dan eventueel met de redenering van het bestreden arrest niet volledig overeenstemmen."

29 Uit deze toelichting blijkt dat het Bureau uitdrukkelijk heeft afgezien van een incidentele hogere voorziening tot vernietiging van het bestreden arrest, voorzover het betrekking heeft op de diensten van klasse 42, hoewel het Bureau twijfel koestert inzake de gegrondheid van de beslissing van het Gerecht in dat verband.

30 Het geschil waarvan het Hof kennis dient te nemen, en dus het onderhavige arrest, betreffen dus enkel de aanvraag voor de inschrijving van een merk voor waren van de klassen 7, 11 en 31.

31 Tot staving van de aldus afgebakende hogere voorziening voert KWS vier middelen aan: 1) schending van artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94, dat voorziet in het ambtshalve onderzoek van de feiten; 2) schending van het recht om te worden gehoord; 3) schending van de motiveringsplicht, en 4) onjuiste uitlegging van artikel 7, lid 1, sub b, van die verordening, dat verband houdt met het vereiste van onderscheidend vermogen.

Eerste middel

32 Met haar eerste middel betoogt KWS dat het Gerecht, waar het in punt 60 van het bestreden arrest enkel opmerkte dat de kamer van beroep „een bepaald aantal relevante feiten heeft onderzocht en gebruikt", inbreuk heeft gemaakt op artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94, bepalende dat „het Bureau ambtshalve de feiten [onderzoekt]". Het Gerecht is dus voorbijgegaan aan het feit dat het zich er niet enkel van moest vergewissen of de feiten waren onderzocht, maar ook of het onderzoek voldoende volledig was. Volgens KWS had het Bureau de zaak zo grondig moeten onderzoeken dat met zekerheid kon worden vastgesteld dat er weigeringsgronden in de zin van artikel 7 van voornoemde verordening bestonden.

33 Volgens KWS heeft het Bureau, voordat het zijn beslissing nam, niet een „bepaald aantal feiten" maar „één enkel feit" onderzocht. De kamer van beroep verwijst in punt 17 van de litigieuze beslissing naar haar „opzoekingen". Als enige resultaat van die opzoekingen verwijst zij in punt 18 van voornoemde beslissing naar de website „www.bucolor.com". KWS stelt dat deze website niet volstaat om de weigering van het Bureau te rechtvaardigen. Aangezien het de website van één producent is, kan er immers geen algemeen gebruik uit worden afgeleid. Bovendien gaat het om een Amerikaanse onderneming. De gebruiken op de Amerikaanse markt leveren echter in beginsel geen bewijs op van gebruiken in de Gemeenschap. Ten slotte is de homepage van de website in het Engels gesteld. Hij is dus niet toegankelijk voor het relevante publiek in de Gemeenschap.

34 Vastgesteld moet worden dat KWS met haar eerste middel in wezen de beoordeling van de feiten door de kamer van beroep, en, vervolgens, door het Gerecht, ter discussie wil stellen.

35 Uit artikel 225 EG en artikel 58 van het Statuut van het Hof van Justitie volgt evenwel dat een hogere voorziening enkel kan worden gebaseerd op middelen inzake de schending van het recht, met uitsluiting van elke feitelijke beoordeling.

36 Derhalve is het eerste middel niet-ontvankelijk.

Tweede middel

37 Met haar tweede middel voert KWS de schending aan van het recht om te worden gehoord in de procedure voor de kamer van beroep en in die voor het Gerecht. Dit tweede middel bestaat dus uit twee onderdelen.

Eerste onderdeel van het tweede middel

38 KWS betoogt met het eerste onderdeel van het tweede middel dat het Bureau zich inzake de feiten van de litigieuze beslissing op één bron heeft gebaseerd, namelijk het in punt 18 van de litigieuze beslissing en punt 13 van het onderhavige arrest vermelde internetadres. Volgens KWS heeft het Bureau daar voor het eerst naar verwezen in de litigieuze beslissing, dus aan het einde van de voor hem gevoerde procedure. Bijgevolg heeft de kamer van beroep inbreuk gemaakt op het recht om te worden gehoord.

39 In plaats van deze schending vast te stellen, heeft het Gerecht volgens KWS enkel onderzocht of de documenten onontbeerlijk waren om de litigieuze beslissing te begrijpen. In punt 58 van het bestreden arrest heeft het Gerecht bovendien ten onrechte geoordeeld, dat „verzoekster in wezen op de hoogte was van de argumenten en elementen die deze kamer zou gaan onderzoeken om de beslissing van de onderzoeker te vernietigen of te bevestigen, en dus dat verzoekster de mogelijkheid [had] gehad om zich daarover uit te spreken."

40 Bovendien, aldus KWS, heeft die schending van haar recht om door de kamer van beroep te worden gehoord het haar onmogelijk gemaakt om tijdens de procedure voor deze kamer de lijst van waren waarvoor om inschrijving van het merk was verzocht, te beperken, en zo ervoor te zorgen dat die aanvraag zou worden ingewilligd.

41 Er zij aan herinnerd dat krachtens artikel 73, tweede zin, van verordening nr. 40/94 de beslissingen van het Bureau alleen kunnen worden genomen op gronden waartegen de partijen verweer hebben kunnen voeren.

42 Overeenkomstig deze bepaling kan een kamer van beroep van het Bureau haar beslissing enkel nemen op grond van de gegevens, feitelijk of rechtens, waarover de partijen hun opmerkingen kenbaar hebben kunnen maken.

43 Wanneer de kamer van beroep uit eigen beweging feitelijke gegevens verzamelt die haar beslissing zullen schragen, dient zij deze aan de partijen mede te delen zodat zij hun opmerkingen kenbaar kunnen maken.

44 In casu blijkt uit de processtukken dat de kamer van beroep noch het resultaat van haar opzoekingen noch de inhoud van de website, die respectievelijk in de punten 17 en 18 van de litigieuze beslissing zijn aangehaald, aan KWS heeft medegedeeld.

45 Aldus heeft de kamer van beroep artikel 73, tweede zin, van verordening nr. 40/94 geschonden.

46 In dit opzicht heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het in punt 59 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat de kamer van beroep artikel 73 van voornoemde verordening niet had geschonden.

47 Opgemerkt zij evenwel dat de kamer van beroep zich in de punten 14 tot en met 16 van de litigieuze beslissing heeft aangesloten bij de beslissing van de onderzoeker, en heeft geoordeeld dat de betrokken kleur geen onderscheidend vermogen had voor de betrokken waren. Een kleur heeft namelijk als zodanig in beginsel geen onderscheidend vermogen, tenzij zij dat door het gebruik heeft verkregen, en bovendien is de oranje kleur zeer gewoon voor die waren. Daarbij komt nog dat ook de concurrenten van rekwirante een belang kunnen hebben om die kleur te gebruiken.

48 Deze gronden, waartegen KWS verweer had kunnen voeren, volstaan ter rechtvaardiging van de verwerping van het beroep door de kamer van beroep.

49 De uit de opzoekingen van de kamer van beroep volgende en in punt 17 van de litigieuze beslissing opgenomen vaststelling, dat de kleur waarvoor inschrijving was aangevraagd in de bedoelde beroepssector helemaal niet ongewoon was, bevestigt alleen maar de gronden die reeds volstonden ter rechtvaardiging van voornoemde beslissing. Ook de vaststelling in punt 18 van de litigieuze beslissing, onder verwijzing naar een passage van een website, dat producenten hun zaaigoed kleuren om aan te geven dat het behandeld is, is louter bevestigend.

50 Hieruit volgt dat de onwettigheid van de punten 17 en 18 van de litigieuze beslissing, wegens strijd met artikel 73, tweede zin, van verordening nr. 40/94, niet de nietigverklaring van die beslissing kan teweegbrengen.

51 Derhalve moet het bestreden arrest op dit punt niet worden vernietigd, niettegenstaande de onjuiste rechtsopvatting in punt 59 ervan (zie in die zin arresten van 24 september 2002, Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie, C-74/00 P en C-75/00 P, Jurispr. blz. I-7869, punt 122; 30 september 2003, Biret International/Raad, C-93/02 P, Jurispr. blz. I-10497, punt 60, en 30 september 2003, Biret en Cie/Raad, C-94/02 P, Jurispr. blz. I-10565, punt 63).

52 Het argument dat KWS niet in staat werd gesteld om tijdens de procedure voor de kamer van beroep de lijst van de waren waarvoor om inschrijving van het merk was verzocht, te beperken, kan aan deze conclusie niet afdoen. Enerzijds kon KWS te allen tijde bij het Bureau een verzoek indienen tot beperking van de lijst van waren en diensten, overeenkomstig artikel 44 van verordening nr. 40/94 en regel 13 van verordening (EG) nr. 2868/95 van de Commissie van 13 december 1995 tot uitvoering van verordening nr. 40/94 (PB L 303, blz. 1). Dat KWS in de gehele procedure voor het Bureau geen dergelijk verzoek heeft ingediend was haar eigen keuze, en is niet terug te voeren op het feit dat de kamer van beroep KWS niet heeft gehoord in verband met de in de litigieuze beslissing vermelde website. Anderzijds wijst niets in de processtukken erop dat een beperking van de lijst van betrokken waren zou hebben geleid tot de inschrijving van het aangevraagde merk.

53 Hieruit volgt dat het eerste onderdeel van het tweede middel ongegrond moet worden verklaard.

Tweede onderdeel van het tweede middel

54 Met het tweede onderdeel van het tweede middel betoogt KWS dat het Gerecht geen rekening heeft gehouden met haar argumenten inzake vorenbedoelde website. Het Gerecht zelf heeft het recht van KWS om te worden gehoord, geschonden. Zo

werd KWS niet in de mogelijkheid gesteld om tijdens de procedure voor het Gerecht de lijst van waren waarvoor om inschrijving van het merk was verzocht, te beperken, welke beperking die inschrijving wellicht mogelijk had gemaakt.

55 Er zij aan herinnerd dat het Gerecht in punt 49 van het bestreden arrest de argumentatie van KWS inzake de schending van haar recht om te worden gehoord, expliciet heeft samengevat. Deze samenvatting vermeldt in het bijzonder de bewering van KWS dat de documenten op grond waarvan het Bureau zijn beslissing had genomen, haar niet ter kennis waren gebracht.

56 In de punten 58 en 59 van het bestreden arrest heeft het Gerecht over deze argumentatie uitspraak gedaan, en zijn standpuntbepaling uitdrukkelijk gemotiveerd. Hoewel het Gerecht, zoals in punt 46 van het onderhavige arrest is vastgesteld, blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting, komt uit deze motivering naar voor dat het Gerecht het betoog van KWS volledig had begrepen.

57 Daaruit volgt dat het Gerecht geen inbreuk heeft gemaakt op het recht van KWS om tijdens de procedure voor de rechter te worden gehoord.

58 Aangezien het Gerecht geen inbreuk heeft gemaakt op het recht van KWS om te worden gehoord, is het argument dat KWS door die schending niet in de mogelijkheid werd gesteld om tijdens de procedure voor het Gerecht de lijst van waren waarvoor om inschrijving van het merk was verzocht, te beperken, volledig ongegrond. Hoe dan ook heeft het Gerecht in punt 14 van het bestreden arrest terecht geoordeeld dat het door KWS ter terechtzitting bij hem ingediende verzoek tot beperking van de lijst, niet-ontvankelijk was. Een dergelijk verzoek voldoet immers niet aan de voorschriften van de verordeningen nrs. 40/94 en 2868/95, en leidt tot wijziging van het onderwerp van het geschil, wat strijdig is met artikel 135, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.

59 Het tweede onderdeel van het tweede middel moet dus ongegrond worden verklaard.

60 Derhalve moet het tweede middel in zijn geheel worden afgewezen.

Derde middel

61 Met haar derde middel voert KWS aan dat het Gerecht in het bestreden arrest, en de kamer van beroep in de litigieuze beslissing, de motiveringsplicht hebben geschonden. Dit middel omvat dus twee onderdelen.

Eerste onderdeel van het derde middel

62 Met het eerste onderdeel van het derde middel betoogt KWS dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het in het bestreden arrest heeft geoordeeld dat de litigieuze beslissing toereikend was gemotiveerd. Volgens KWS heeft het Gerecht de motiveringsplicht veel te licht opgevat.

63 Er zij aan herinnerd dat volgens artikel 73, eerste zin, van verordening nr. 40/94, „de beslissingen van het Bureau met redenen [worden] omkleed".

64 De aldus geformuleerde motiveringsplicht heeft dezelfde draagwijdte als die van artikel 253 EG.

65 Volgens vaste rechtspraak moet de door artikel 253 EG vereiste motivering de redenering van degene die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doen komen, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. Het is niet noodzakelijk, dat alle relevante gegevens feitelijk of rechtens in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 253 EG voldoet, niet alleen moet worden gelet op de bewoordingen ervan, doch ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (zie in die zin arresten van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 63), en 30 maart 2000, VBA/Florimex e.a., C-265/97 P, Jurispr. blz. I-2061, punt 93).

66 In casu heeft de kamer van beroep de inschrijvingsaanvraag afgewezen omdat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen miste in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

67 De kamer van beroep heeft dit oordeel volledig en nauwkeurig gemotiveerd in de punten 14 tot en met 25 van de litigieuze beslissing.

68 Zij heeft immers om te beginnen uiteengezet dat een kleur als zodanig geen onderscheidend vermogen heeft, tenzij wordt aangetoond dat zij een dergelijk karakter heeft verkregen door het gebruik, en dat kleuren ter beschikking van alle ondernemingen dienen te blijven. Volgens de kamer van beroep kan aan een kleur als zodanig enkel in bepaalde omstandigheden op zichzelf onderscheidend vermogen worden toegekend, als het gaat om een bijzonder ongewone kleur voor de betrokken waren of diensten. Vervolgens heeft de kamer van beroep in bijzonderheden uiteengezet waarom de oranje kleur niet ongewoon is voor de in de inschrijvingsaanvraag opgegeven waren. Hier heeft zij aan toegevoegd dat de door KWS aangehaalde beslissingen van de Duitse merkenautoriteiten haar niet bonden. Ten slotte heeft zij in herinnering gebracht dat KWS niet had aangevoerd dat de betrokken kleur overeenkomstig artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 onderscheidend vermogen had verkregen door het gebruik.

69 Het lijdt geen enkele twijfel dat een dergelijke motivering voldoet aan het vereiste van artikel 73, eerste zin, van verordening nr. 40/94. Derhalve heeft het Gerecht niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het oordeelde dat KWS over de elementen beschikte die nodig waren om de litigieuze beslissing te begrijpen en de wettigheid ervan te betwisten voor de gemeenschapsrechter.

70 Derhalve moet het eerste onderdeel van het derde middel ongegrond worden verklaard.

Tweede onderdeel van het derde middel

71 Met het tweede onderdeel van het derde middel betoogt KWS dat het Gerecht zijn motiveringsplicht heeft geschonden door in punt 56 van het bestreden arrest enkel te stellen dat de litigieuze beslissing „verzoekster [...] in staat [heeft] gesteld, de redenen voor de afwijzing van haar [...] aanvraag [...] te kennen".

72 Uit de bewoordingen van punt 56 van het bestreden arrest blijkt dat daarin de elementen van de litigieuze beslissing zijn samengevat die het Gerecht als doorslaggevend heeft beschouwd, en dat daarin is uiteengezet waarom het van oordeel was dat deze elementen afdoende waren. Na die samenvatting en uiteenzetting concludeert het Gerecht, in de laatste zin van dat punt, dat KWS over de elementen beschikte die nodig waren om de litigieuze beslissing te begrijpen en de wettigheid ervan te betwisten voor de gemeenschapsrechter.

73 Hieruit volgt dat dit punt van het bestreden arrest toereikend is gemotiveerd.

74 Het tweede onderdeel van het derde middel is bijgevolg ongegrond.

75 Mitsdien moet het derde middel worden afgewezen in zijn geheel.

Vierde middel

76 Met haar vierde middel voert KWS aan dat het onderscheidend vermogen van kleurmerken moet worden beoordeeld volgens dezelfde beginselen als die welke gelden voor andere categorieën merken, in het bijzonder de woordmerken en de beeldmerken, en dat geen strengere eisen mogen worden gesteld. Het doet er volgens KWS weinig toe of voor de aangevraagde waren en diensten nog andere kleuren worden gebruikt om bepaalde eigenschappen aan te duiden. Daarentegen moet worden onderzocht of de in concreto aangevraagde kleur door het publiek als een aanduiding van bepaalde eigenschappen wordt aangezien. Als verschillende producenten verschillende kleuren gebruiken om bepaalde eigenschappen aan te duiden, ziet het publiek in die kleuren tegelijkertijd een aanwijzing over de producent. In dat geval moet worden erkend dat sprake is van onderscheidend vermogen. In de onderhavige zaak wordt de oranje kleur door de betrokken kringen niet aangezien als een aanduiding van eigenschappen van de betrokken waren en diensten, en is er van een decoratief of functioneel gebruik geen sprake. Derhalve moet het onderscheidend vermogen van het merk worden erkend.

77 Volgens KWS heeft het Gerecht in het bestreden arrest de volgende beoordelingsfouten gemaakt. Om te beginnen heeft het voor kleurmerken een strenger criterium toegepast dan voor andere merken. Voorts heeft het Gerecht zich vergist inzake het criterium van het onderscheidend vermogen, dat enkel het vermogen is om de commerciële herkomst aan te duiden. Ten slotte heeft het Gerecht zijn eigen oordeel in de plaats gesteld van de mening van de betrokken kringen.

78 Betreffende de criteria om het onderscheidend vermogen van de verschillende categorieën merken te beoordelen, heeft het Gerecht in punt 29 van het bestreden arrest terecht eraan herinnerd dat artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 geen onderscheid maakt tussen de verschillende soorten tekens. Evenwel heeft het Gerecht — eveneens terecht — opgemerkt dat de perceptie van het relevante publiek in het geval van een teken bestaande uit een kleur als zodanig, niet noodzakelijkerwijs dezelfde is als in het geval van een woordmerk of een beeldmerk, dat bestaat uit een teken dat losstaat van het voorkomen van de erdoor aangeduide waren. Terwijl het publiek de gewoonte heeft, woordmerken of beeldmerken onmiddellijk als identificatietekens van de commerciële herkomst van de waar op te vatten, is dit niet noodzakelijkerwijs het geval wanneer het teken samenvalt met het uiterlijk van de waar [zie inzake de identieke bepalingen van artikel 3, lid 1, sub b, 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) arrest van 6 mei 2003, Libertel, C-104/01, Jurispr. blz. I-3793, punt 65].

79 In dat verband kan een kleur als zodanig, als gevolg van het gebruik dat ervan is gemaakt, volgens artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 onderscheidend vermogen verkrijgen voor de waren en diensten waarvoor inschrijving is gevraagd. Daarentegen bestaat de mogelijkheid dat een kleur als zodanig onderscheidend vermogen krijgt voordat daarvan enig gebruik is gemaakt, slechts in zeer uitzonderlijke gevallen, met name wanneer het aantal waren of diensten waarvoor het merk wordt aangevraagd, zeer beperkt is en de relevante markt zeer specifiek is (zie inzake de identieke bepalingen van artikel 3, leden 1, sub b, en 3, van richtlijn 89/104, arrest Libertel, reeds aangehaald, punten 66 en 67).

80 Wat de verwerkingsinstallaties van de klassen 7 en 11 betreft, heeft het Gerecht in de punten 39 en 40 van het bestreden arrest evenwel vastgesteld dat KWS niets had aangevoerd op grond waarvan een categorie waren kon worden gecreëerd waarvoor bepaalde kleuren niet gebruikelijk waren, en dat machines met de aangevraagde kleur of een soortgelijke tint niet zeldzaam waren.

81 Wat de land-, tuin- en bosbouwproducten van klasse 31 betreft, heeft het Gerecht in punt 33 van het bestreden arrest geoordeeld dat het gebruik van kleuren, de aangevraagde tint oranje en zeer verwante tinten daaronder begrepen, niet uitzonderlijk is.

82 Hieruit volgt enerzijds dat het Gerecht geen strenger criterium heeft toegepast voor kleurmerken dan voor andere merken, en anderzijds dat het Gerecht, waar het oordeelde dat het betrokken merk onderscheidend vermogen miste voor de waren waarvoor inschrijving ervan was aangevraagd, niet blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting uit het oogpunt van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

83 In dat opzicht moet het vierde middel ongegrond worden verklaard.

84 Wat de vraag betreft of het Gerecht de perceptie van het relevante publiek inzake het gebruik van kleuren voor de betrokken waren juist heeft beoordeeld, zij opgemerkt dat deze vraag betrekking heeft op feitelijke beoordelingen.

85 Uit artikel 225 EG en artikel 58 van het Statuut van het Hof van Justitie volgt evenwel dat een hogere voorziening enkel kan worden gebaseerd op middelen inzake de schending van het recht, met uitsluiting van elke feitelijke beoordeling.

86 Hieruit volgt dat het vierde middel niet-ontvankelijk is voorzover het gericht is tegen de vaststellingen van het Gerecht inzake de perceptie van het relevante publiek.

87 Mitsdien moet het vierde middel worden afgewezen in zijn geheel.

88 Aangezien geen van de middelen van KWS werd aanvaard, moet de hogere voorziening worden afgewezen.

Kosten

89 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat ingevolge artikel 118 ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien KWS in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van het Bureau in de kosten te worden verwezen.

Het Hof van Justitie (Tweede kamer) verklaart:

1) De hogere voorziening wordt afgewezen.

2) KWS Saat AG wordt verwezen in de kosten.

ondertekeningen