ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)

23 november 2004 *

In zaak T-360/03,

Frischpack GmbH & Co. KG, gevestigd te Mailling bei Schönau (Duitsland), vertegenwoordigd door P. Bornemann, advocaat,

verzoekster,

tegen

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

verweerder,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de tweede kamer van beroep van het BHIM van 8 september 2003 (zaak R 236/2003-2) inzake de inschrijving van een driedimensionaal merk (kaasdoos),

* Procestaal: Duits.

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: P. Lindh, kamerpresident, R. García-Valdecasas en D. Šváby, rechters,
griffier: I. Natsinas, administrateur,

gezien het op 30 oktober 2003 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 21 januari 2004 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

na de terechtzitting op 8 juli 2004,

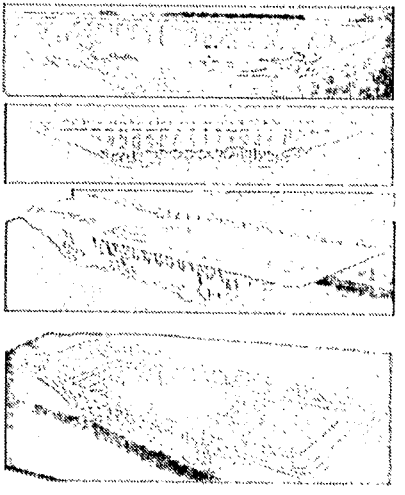
het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Op 26 maart 2002 heeft verzoekster bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) een gemeenschapsmerk-aanvraag 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 waarvan de inschrijving is aangevraagd, betreft het hieronder afgebeelde driedimensionale teken:



3 Het aangevraagde merk is door verzoekster beschreven als volgt:

„Het teken waarvan de inschrijving wordt aangevraagd, is de driedimensionale vorm van een verpakking voor voedingswaren in sneden, met name van een kaasdoos voor plakjes kaas. De afbeeldingen van het teken zijn onder verschillende invalshoeken genomen foto's, schuin van boven, van beneden en van opzij. De verpakking heeft de vorm van een vaartuig met een platte bodem, schuin oplopende voor- en achterzijden en trapeziumvormige zijkanten, waarbij deze romp bovenaan dicht is en uit een transparante plastic folie bestaat. De zijkanten zijn geribd of gegolfd, waarbij de ribbels, dat wil zeggen de verhogingen en verlagingen van de golfplaat, van boven naar beneden lopen. De zijkanten vormen een hoek ten opzichte van de oplopende loodrechte lijn en lopen eveneens schuin."

4 De waar waarvoor de inschrijving is aangevraagd, behoort tot klasse 29 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, en is omschreven als volgt: „voedingsmiddelen in sneden, met name plakjes kaas".

5 Bij beslissing van 11 februari 2003 heeft de onderzoeker de aanvraag afgewezen op grond dat op het aangevraagde merk de in artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 vervatte absolute weigeringsgrond van toepassing was.

6 Op 21 maart 2003 heeft verzoekster krachtens de artikelen 57 tot en met 62 van verordening nr. 40/94 bij het BHIM beroep ingesteld tegen de beslissing van de onderzoeker.

7 Bij beslissing van 8 december 2003 (hierna: „bestreden beslissing") heeft de kamer van beroep het beroep verworpen op grond dat het aangevraagde merk niet onderscheidend is in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

8 Zakelijk weergegeven heeft de kamer van beroep geoordeeld dat de gemiddelde consument in de vorm die voor de in de aanvraag opgegeven waren wordt geclaimd, slechts een gebruikelijke platte verpakking zal zien. De doos waarvan de inschrijving is aangevraagd, bevat geen enkel element dat „uitzonderlijk speciaal, bijzonder of ongebruikelijk op de voedingswarenmarkt" is, aan de hand waarvan zij duidelijk kan worden onderscheiden van andere vormen die op deze markt worden aangeboden. Het gaat slechts om een „verwaarloosbare en niet-frappante variante van de typevorm". De kamer van beroep voegt hieraan toe dat, ook al is het aangevraagde merk op omstandige wijze beschreven, alle daarin vermelde kenmerken alleen met een aanzienlijke analytische inspanning kunnen worden herkend. De gemiddelde consument onderzoekt het voorwerp evenwel niet zo omstandig en intensief.

Conclusies van partijen

9 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beslissing te herzien en ze gedeeltelijk te vernietigen, namelijk voorzover zij betrekking heeft op de waren „kaas in plakjes in groothandelsverpakkingen, die niet zijn bestemd voor de eindconsument";

— het BHIM te verwijzen in de kosten.

10 Het BHIM concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep niet-ontvankelijk te verklaren;

— subsidiair, het beroep ongegrond te verklaren;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

11 Ter terechtzitting heeft het Gerecht verzoekster gevraagd, de betekenis van haar vordering tot gedeeltelijke vernietiging van de bestreden beslissing toe te lichten. Daarop heeft deze verklaard dat haar conclusies aldus moeten worden begrepen dat

zij in de eerste plaats de herziening van de bestreden beslissing vordert, en in de tweede plaats de volledige vernietiging ervan. Het BHIM is van mening dat verzoekster daardoor haar vorderingen heeft gewijzigd en heeft daarentegen een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen. Het Gerecht heeft hiervan akte genomen in het proces-verbaal van de terechtzitting.

In rechte

Argumenten van partijen

De ontvankelijkheid

12 Het BHIM stelt dat verzoeksters vordering tot vernietiging van de bestreden beslissing voorzover zij ziet op de waren „plakjes kaas in groothandelsverpakkingen, die niet zijn bestemd voor de eindconsument", niet-ontvankelijk is. Ofschoon het Gerecht volgens artikel 63, lid 3, van verordening nr. 40/94 bevoegd is om de bestreden beslissing zowel te vernietigen als te herzien, wordt het voorwerp van het geschil afgebakend door deze beslissing en door de inschrijvingsaanvraag. Welnu, de inschrijvingsaanvraag doelde op „voedingsmiddelen in sneden, met name plakjes kaas".

13 Deze beperking van de waren waarvoor de inschrijvingsaanvraag is ingediend, vormt een wijziging van het voorwerp van het geschil. Het BHIM verwijst dienaangaande naar het arrest van het Gerecht van 5 maart 2003, Unilever/BHIM (Ovaal tablet) (T-194/01, Jurispr. blz. II-383, punt 16), waaruit volgens hem blijkt dat het Gerecht de wettigheid van de beslissing van de kamer van beroep toetst met inachtneming van het feitelijke en juridische kader van het geschil, zoals dat voor deze kamer is gebracht, en dat verzoekster dit kader niet kan wijzigen door haar vorderingen te wijzigen.

14 Indien verzoekster een beslissing betreffende de geclaimde waren had willen verkrijgen, had zij voor het BHIM uitdrukkelijk moeten verklaren dat zij haar opgave tot deze waren beperkte, en dit uiterlijk in het kader van de procedure voor de kamer van beroep overeenkomstig artikel 44, lid 1, van verordening nr. 40/94.

Ten gronde

15 Ter onderbouwing van haar beroep voert verzoekster één middel aan, namelijk dat de kamer van beroep van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 heeft geschonden door het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk te ontkennen.

16 De betrokken verpakking zou onderscheidend vermogen hebben door de vorm ervan en de waaiervormige schikking van de plakjes die zij bevat, welke vorm niet gebruikelijk is en duidelijk verschilt van andere groothandelsverpakkingen voor plakjes kaas. Verzoekster verklaart in dit verband dat de omstandigheid dat het moeilijker is om het onderscheidend vermogen van een verpakking dan dat van een woord- of beeldmerk aan te tonen, de aanvrager niet mag benadelen. Er is geen enkele rechtvaardigingsgrond om in geval van twijfel over het onderscheidend vermogen van een verpakking de inschrijving te weigeren.

17 In casu is de betrokken verpakking uitsluitend bestemd voor een gespecialiseerd publiek, dat verpakkingen doorgaans beschouwt als aanduidingen van de commerciële herkomst van de waren die zij bevatten. Nu is deze verpakking gewoon noch gebruikelijk en verschilt zij duidelijk van het aanbod aan groothandelsverpakkingen dat voor gespecialiseerde ondernemingen is bestemd.

18 Op het eerste gezicht onderscheidt de betrokken verpakking zich door de vorm ervan, die in de betrokken kringen de idee oproept van een bootsromp, waarvan het de constructiekenmerken vertoont (platte onderkant, vlakke bovenkant, twee laterale boorden). Bovendien wordt deze indruk versterkt door de geribde of gegolfde structuur van de zijkanten, die doen denken aan de spanten van een schip. De totaalindruk van de verpakkingsvorm is vergelijkbaar met die van een bootsromp.

19 De bijzondere aard van de betrokken vorm vloeit niet voort uit de gedetailleerde beschrijving ervan; volgens de kamer van beroep openbaart die vorm zich alleen bij „een detailbeluste blik die blijk geeft van veel verbeeldingskracht". Er is dus geen analytisch en gedetailleerd onderzoek van de betrokken vorm nodig om het onderscheidend vermogen ervan te percipiëren.

20 Verzoekster herinnert eraan dat het onderscheidend vermogen van een merk afhangt van de waren waarvoor de inschrijving is aangevraagd en, bijgevolg, van het in aanmerking te nemen publiek. De kamer van beroep heeft evenwel ten onrechte geoordeeld dat de betrokken verpakking rechtstreeks voor de gewone consument is bestemd. Verzoekster verklaart dat zij een onderneming van verpakking van kaasproducten exploiteert en zij voor verpakkingen die aan de eindconsument worden verkocht, courante verpakkingen gebruikt, zoals die welke gewoonlijk voor vleeswaren of kaas in plakjes worden gebruikt. De betrokken verpakking bevat evenwel minstens 500 gram kaas en is alleen bestemd voor professionele afnemers en niet voor de eindconsument. Zij wordt dan ook niet in de detailhandel verkocht, maar aan professionele afnemers geleverd, hetzij rechtstreeks door de fabrikant of de groothandelaar, hetzij via winkels waartoe alleen diezelfde professionele afnemers toegang hebben.

21 Bijgevolg bestaat het relevante publiek niet uit de gemiddelde consument. De specialisten in de gastronomie, die door hun deskundigheid beter geïnformeerd, oplettender en omzichtiger zijn, vormen het relevante publiek. Zij zijn het gewoon te letten op de kleine verschillen die de ene verpakking van de andere onderscheiden. Derhalve volstaat een gering onderscheidend vermogen om het aangevraagde merk te kunnen inschrijven.

22 De betrokken verpakking wordt uitsluitend gebruikt voor kaas in plakjes in groothandelsverpakkingen, die niet zijn bestemd voor de eindconsument en niet aan hem te koop worden aangeboden. De waren waarvoor bescherming is gevraagd, zijn aldus aangeduid. Verzoekster betoogt in dit verband dat zij de betrokken waren niet eerder aldus heeft kunnen beperken, aangezien de relevantie ervan haar pas duidelijk is geworden bij de lezing van de motivering van de beslissing van de kamer van beroep.

23 Het BHIM antwoordt, zakelijk weergegeven, dat, voor het geval het Gerecht van oordeel zou zijn dat verzoekster het voorwerp van het geschil niet heeft gewijzigd door de betrokken waren te beperken tot deze waren in groothandelshoeveelheid, een dergelijke beperking niet blijkt uit de opgave van waren die bij de inschrijvingsaanvraag was gevoegd. De kamer van beroep heeft dan ook terecht geoordeeld dat voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk de gemiddelde eindconsument in aanmerking moest worden genomen.

24 Hoe dan ook heeft de door verzoekster verrichte precisering van de betrokken waren geen invloed op het onderzoek van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk. Verzoekster heeft immers niet aangetoond dat de perceptie van het onderscheidend vermogen van dit merk door professionele afnemers verschilt van die door de eindconsumenten.

Beoordeling door het Gerecht

De ontvankelijkheid

25 Vooraf zij eraan herinnerd dat volgens artikel 63, leden 2 en 3, van verordening nr. 40/94 zowel de vernietiging als de herziening van een beslissing van de kamers

van beroep slechts mogelijk is indien deze beslissing door een materiële of formele onwettigheid is aangetast [arrest Gerecht van 12 december 2002, eCopy/BHIM (ECOPY), T-247/01, Jurispr. blz. II-5301, punt 46].

26 Overigens kunnen volgens artikel 135, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht de memories van de partijen geen wijziging brengen in het onderwerp van het geschil voor de kamer van beroep.

27 Volgens artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 wordt inschrijving geweigerd van „merken die elk onderscheidend vermogen missen".

28 In dit verband moet volgens vaste rechtspraak het onderscheidend vermogen van een merk worden beoordeeld op basis van de waren of diensten waarvoor de inschrijving van het merk is aangevraagd, en van de perceptie door de betrokken kringen, bestaande uit de consumenten van die waren en diensten [zie, betreffende de uitlegging 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 Hof van 8 april 2003, Linde e.a., C-53/01–C-55/01, Jurispr. blz. I-3161, punt 41, en, betreffende de uitlegging van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, arrest Gerecht van 7 februari 2002, Mag Instrument/BHIM (Vorm van zaklampen), T-88/00, Jurispr. blz. II-467, punt 30].

29 Volgens artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 dient de onderzoeker, en in voorkomend geval de kamer van beroep, immers te beoordelen — in het kader van een vooronderzoek en los van elk feitelijk gebruik van het teken in de zin van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 — of het uitgesloten lijkt dat het teken geschikt is

om de betrokken goederen of diensten in de ogen van het relevante publiek te onderscheiden van die van andere herkomst, wanneer dit publiek in het handelsverkeer zijn keuze bepaalt [arrest Gerecht van 5 april 2001, Bank für Arbeit und Wirtschaft/BHIM (EASYBANK), T-87/00, Jurispr. blz. II-1259, punt 40].

30 In casu komt verzoekster op tegen de definitie die het BHIM geeft van het relevante publiek. Zo hebben de onderzoeker van het BHIM en vervolgens de kamer van beroep geoordeeld dat het voor het onderzoek van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk in aanmerking te nemen publiek de gemiddelde consument is, omdat kaas een courante consumptiewaar is. Verzoekster stelt daarentegen in het kader van het onderhavige beroep dat het relevante publiek een gespecialiseerd publiek is, aangezien de betrokken waar uitsluitend in de groothandel wordt verkocht aan professionele afnemers uit de voedingssector.

31 Het BHIM is in deze context van oordeel dat verzoekster het voorwerp van het geschil wijzigt, en dat haar vordering tot herziening van de bestreden beslissing hierdoor niet-ontvankelijk is wegens schending van artikel 135, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.

32 Vaststaat dat het voorwerp van het geschil voor de kamer van beroep bestond uit verzoeksters aanvraag tot inschrijving als merk van haar teken voor waren van klasse 29 in de zin van de Overeenkomst van Nice.

33 Bijgevolg heeft verzoekster met haar betoog voor het Gerecht dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen heeft voor een gespecialiseerd publiek, geen wijziging gebracht in het voorwerp van het geschil voor het BHIM.

34 Gelijk in punt 29 hierboven in herinnering is gebracht, staat het immers aan het BHIM om het relevante publiek te bepalen in het kader van zijn onderzoek of het teken waarvan de inschrijving als merk is aangevraagd, onderscheidend vermogen heeft in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

35 Door aldus op te komen tegen de definitie van het relevante publiek die door de kamer van beroep voor het onderzoek van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk is gehanteerd, vraagt verzoekster het Gerecht niet om uitspraak te doen over andere punten dan die welke bij de kamer van beroep aanhangig waren.

36 Anders dan het geval was in de zaak die tot het reeds aangehaalde arrest Ovaal tablet (punten 16 en 17) heeft geleid, kan deze betwisting van de door de kamer van beroep gehanteerde definitie van het relevante publiek evenmin worden beschouwd als een vordering tot vernietiging van de bestreden beslissing die beperkt is tot sommige van de waren waarvoor de inschrijving van de betrokken verpakking is aangevraagd.

37 Deze betwisting kan ook niet worden beschouwd als een beperking, in de zin van artikel 44, lid 1, van verordening nr. 40/94, van de in de onderhavige gemeenschapsmerkaanvraag opgegeven waren. Verzoekster vraagt immers nog steeds de inschrijving van het betrokken merk voor de waren van klasse 29 in de zin van de Overeenkomst van Nice, zoals zij ter terechtzitting overigens heeft bevestigd.

38 Bijgevolg moet de door het BHIM opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid worden verworpen.

Ten gronde

39 Met betrekking tot de gegrondheid van verzoeksters kritiek op de definitie van het relevante publiek die door de kamer van beroep is gehanteerd voor het onderzoek van het onderscheidend vermogen van het teken waarvan de inschrijving is aangevraagd, moet worden onderzocht of deze kamer blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat dit publiek de gemiddelde consument is.

40 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat de waar in de verpakking waarvan de inschrijving als merk is aangevraagd, te weten kaas in plakjes, een courante consumptiewaar is. Degenen voor wie deze waar alsook andere waren van klasse 29 in de zin van de Overeenkomst van Nice zijn bestemd, zijn dus — a priori — alle consumenten.

41 In dit verband staat vast dat verzoekster op geen enkel ogenblik tijdens de administratieve procedure voor het BHIM heeft aangevoerd dat de kaas in plakjes, die in de verpakking zit waarvan de inschrijving is aangevraagd, uitsluitend bestemd was om via de groothandel te worden verkocht aan professionele afnemers uit de voedingssector. In zijn beslissing van 11 februari 2003 had de onderzoeker van het BHIM het onderscheidend vermogen van de betrokken verpakking overigens reeds beoordeeld rekening houdend met de vermoedelijke verwachtingen van de gemiddelde consument, zonder dat verzoekster daartegen is opgekomen in het kader van haar beroep voor de kamer van beroep.

42 Welnu, aangezien het BHIM volgens artikel 74, lid 2, van verordening nr. 40/94 geen rekening hoeft te houden met feiten en bewijsmiddelen die de partijen niet tijdig hebben aangevoerd, heeft de kamer van beroep, gelet op de door verzoekster verstrekte gegevens, op goede gronden geoordeeld dat het relevante publiek de gemiddelde consument was.

43 De kamer van beroep heeft het onderscheidend vermogen van de betrokken verpakking dan ook terecht beoordeeld met inaanmerkingneming van de vermoedelijke verwachtingen van de normaal geïnformeerde en redelijk oplettende en omzichtige gemiddelde consument. Welnu, verzoekster voert niet aan dat het merk waarvan zij de inschrijving aanvraagt, onderscheidend vermogen heeft wanneer wordt uitgegaan van de vermoedelijke verwachtingen van de gemiddelde consument.

44 Bijgevolg is de bestreden beslissing door geen enkele onwettigheid aangetast en dient deze beslissing, zonder dat uitspraak behoeft te worden gedaan over de ontvankelijkheid van de uitleg die verzoekster omtrent haar vorderingen heeft gegeven (zie punt 11 hierboven), niet te worden vernietigd of herzien krachtens artikel 63, leden 2 en 3, van verordening nr. 40/94.

Kosten

45 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.

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

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) Verzoekster wordt verwezen in de kosten.

Lindh García-Valdecasas Šváby

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 23 november 2004.

De griffier

H. Jung

De president van de Tweede kamer

P. Lindh