ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

15 februari 2005 *

In zaak T-296/02,

Lidl Stiftung & Co. KG, gevestigd te Neckarsulm (Duitsland), vertegenwoordigd door P. Groß, advocaat,

verzoekster,

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen), vertegenwoordigd door A. von Mühlendahl, B. Müller en G. Schneider als gemachtigden,

verweerder,

* Procestaal: Duits.

andere partij in de procedure voor de kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen), interveniënte voor het Gerecht:

REWE-Zentral AG, gevestigd te Keulen (Duitsland), vertegenwoordigd door M. Kinkeldey, advocaat,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de derde kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) van 17 juli 2002 (zaak R 0036/2002-3) inzake een oppositieprocedure tussen Lidl Stiftung & Co. KG en REWE-Zentral AG,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: J. Pirrung, kamerpresident, A. W. H. Meij en N. J. Forwood, rechters,

griffier: I. Natsinas, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 18 mei 2004,

het navolgende

Arrest

De voorgeschiedenis van het geding

1 Op 16 september 1997 heeft interveniënte voor het Gerecht bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (hierna: „Bureau") een gemeenschapsmerkaanvraag ingediend voor het woordteken

LINDENHOF

2 De merkaanvraag betrof waren van de klassen 30 en 32 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 met betrekking tot elk van deze klassen omschreven als volgt:

— klasse 30: „[...] chocoladeproducten, [...] chocodranken, [...] marsepein- en nogaproducten; [...] bonbons, ook gevulde [...]";

— klasse 32: „Bier, bier bevattende cocktails, minerale en gazeuse wateren en andere alcoholvrije dranken; vruchtendranken en vruchtensappen, groentesappen; siropen en andere preparaten voor de bereiding van dranken; dranken op basis van melkwei [...]".

3 Op 10 augustus 1998 is de merkaanvraag gepubliceerd in het *Blad van gemeenschapsmerken* nr. 60/98.

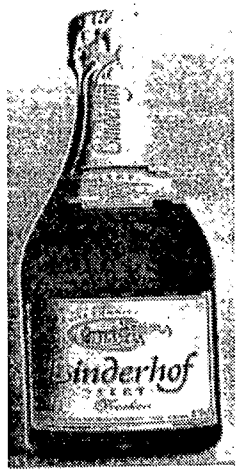
4 Op 26 oktober 1998 heeft verzoekster tegen de inschrijving van het aangevraagde merk oppositie ingesteld op grond van het volgende woord- en beeldmerk, dat in Duitsland is ingeschreven met als datum van de aanvraag tot inschrijving 24 december 1991 (hierna: „ouder merk"):



5 De oppositie was gericht tegen de inschrijving van het aangevraagde merk voor alle in punt 2 hierboven opgegeven waren en was gebaseerd op de waar van klasse 33 waarop het oudere merk betrekking heeft, namelijk „mousserende wijn".

6 Ter ondersteuning van haar oppositie heeft verzoekster zich beroepen op de relatieve weigeringsgrond bedoeld in artikel 8, 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), zoals gewijzigd.

7 Omdat interveniënte de in artikel 43, leden 2 en 3, van verordening nr. 40/94 bedoelde exceptie van niet-gebruik van het oudere merk had opgeworpen, heeft verzoekster een verklaring onder ede van een van haar zaakvoerders overgelegd, samen met een lijst van de verkoopcijfers voor 1995 tot en met 2000 en met de hieronder weergegeven afbeelding van de vorm waarin haar waren worden verkocht.



8 Bij beslissing van 8 november 2001 heeft de oppositieafdeling allereerst geoordeeld dat was bewezen dat van het oudere merk normaal gebruik werd gemaakt. Vervolgens heeft zij de oppositie toegewezen voor de waren „bier, bier bevattende cocktails" op grond van het bestaan van verwarringsgevaar. Zij heeft de oppositie voor het overige afgewezen op grond van het ontbreken van verwarringsgevaar. Ten slotte heeft zij elke partij verwezen in haar eigen kosten.

9 Op 7 januari 2002 heeft verzoekster tegen deze beslissing beroep ingesteld voor de waren „minerale en gazeuse wateren en andere alcoholvrije dranken; vruchtendranken en vruchtensappen" van klasse 32 (hierna: „in de merkaanvraag opgegeven dranken").

10 Bij beslissing van 17 juli 2002 (hierna: „bestreden beslissing") heeft de kamer van beroep het beroep verworpen en verzoekster verwezen in de kosten.

Het procesverloop

11 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 27 september 2002, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

12 Bij brief van 14 januari 2003 heeft het Bureau aan het Gerecht laten weten dat het had vastgesteld dat de verlenging van de beschermingsduur van het oudere merk niet was bewezen. Bij een op 10 maart 2003 bij het Gerecht ingekomen brief heeft verzoekster dat bewijs overgelegd.

13 Het Bureau en interveniënte hebben op 3 respectievelijk 4 februari 2003 hun memorie van antwoord ingediend.

De conclusies van partijen

14 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beslissing te vernietigen;

— het Bureau te verwijzen in de kosten.

15 Het Bureau concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

16 Interveniënte concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten van interveniënte.

De argumenten van partijen

17 Ter ondersteuning van haar beroep voert verzoekster één enkel middel aan, te weten schending van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 doordat de kamer van beroep ten onrechte heeft geconcludeerd dat er geen verwarringsgevaar bestaat voor de waar „mousserende wijn" en voor de in de merkaanvraag opgegeven dranken (hierna: „betrokken waren").

18 Verzoekster stelt allereerst dat de betrokken waren gewoonlijk een gemeenschappelijke herkomst hebben. Dienaangaande legt zij stukken over, samen met aanbiedingen van getuigenbewijs, ten bewijze dat er Duitse wijnkelders en mousserende-wijnkelders bestaan die ook vruchtensappen, vruchtenwijnen, mousserende vruchtenwijnen en wijn bevattende cocktails produceren. Bij het doelpubliek is dat een bekend gegeven. Bovendien is het niet uitgesloten dat er kelders bestaan die ook tafelwater, en zelfs mineraalwater, verkopen. Omgekeerd breiden ook de fabrikanten van de in de merkaanvraag opgegeven dranken hun productenassortiment uit.

19 Voorts betoogt verzoekster dat de betrokken eindproducten soortgelijk zijn. Al deze dranken zijn immers gangbare consumptiegoederen en worden zowel in winkels als op drankkaarten naast elkaar te koop aangeboden. De reclame die ervoor wordt gemaakt, stemt overeen, want doorgaans wordt een persoon afgebeeld die bij het drinken van het voorgestelde drankje een geluksmoment ervaart. Zoals mousserende wijn worden de in de merkaanvraag opgegeven dranken, inzonderheid de alcoholhoudende vruchtendranken, ook bij speciale gelegenheden gedronken en worden deze dranken, net als mousserende wijn, ook bij maaltijden gebruikt. Bovendien zijn talloze andere dranken dan wijn mousserend. Ten slotte merkt verzoekster op dat sommige alcoholvrije dranken, vruchtendranken en andere vruchtensappen net als mousserende wijn op basis van druiven kunnen worden gemaakt. Daaruit concludeert zij dat, wanneer de betrokken waren door overeenstemmende tekens worden aangeduid, dezelfde commerciële herkomst eraan kan worden toegekend.

20 Volgens verzoekster stemmen de betrokken tekens overeen. Het fonetische verschil ertussen is immers nauwelijks hoorbaar en het begripsmatige verschil is niet erg frappant, aangezien het publiek in casu niet genoopt is om de betekenis ervan te achterhalen.

21 Wat het doelpubliek betreft, stelt verzoekster dat het aandachtsniveau ervan laag is, aangezien de betrokken waren gangbare consumptiegoederen zijn.

22 Verder betoogt verzoekster dat het oudere merk een groot onderscheidend vermogen heeft. De mousserende wijn wordt immers al meer dan zeven jaar onder dat merk verkocht in meer dan 4 000 verkooppunten van verzoekster, waarvan het overgrote deel in Duitsland is gelegen. De verklaring onder ede waarvan sprake is in punt 7 hierboven, bewijst dat met deze verkoop in Duitsland een groot omzetcijfer is behaald in de periode januari 1995-januari 2000. Ook worden er aanzienlijke reclamemiddelen ingezet. Verzoekster merkt op dat het woord „linderhof" de mousserende wijn niet beschrijft.

23 Op de stelling dat sommige van haar argumenten te laat zijn aangevoerd, heeft verzoekster ter terechtzitting geantwoord dat het belangrijkste argument al voor de kamer van beroep is aangevoerd.

24 Het Bureau is van mening dat de kamer van beroep terecht heeft geoordeeld dat er geen sprake is van verwarringsgevaar.

25 Dienaangaande stelt het Bureau met name dat verzoeksters argumenten dat, ten eerste, de betrokken waren gewoonlijk een gemeenschappelijke herkomst hebben, en, ten tweede, mengsels van de betrokken waren worden aangeboden, te laat zijn aangevoerd, gelet op regel 16, lid 3, op regel 17, lid 2, en op regel 20, lid 2, 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), op artikel 74, lid 1, in fine, van verordening nr. 40/94 en op de arresten van het Gerecht van 13 juni 2002, Chef Revival USA/BHIM — Massagué Marín (Chef) (T-232/00, Jurispr. blz. II-2749), en 23 oktober 2002, Institut für Lernsysteme/BHIM — Educational Services (ELS) (T-388/00, Jurispr. blz. II-4301, punten 21 e.v.). Volgens het Bureau is het eerste argument pas voor het Gerecht op duidelijke wijze naar voren gebracht en is het tweede argument voor het eerst voor het Gerecht aangevoerd. Deze argumenten ondersteunen of verdiepen evenmin een reeds voor de oppositieafdeling aangevoerd argument. Het Bureau voegt daaraan toe dat, zo het verzoekster niet duidelijk heeft aangegeven welke feiten en bewijzen moesten worden aangevoerd, deze daarover zelf moest beslissen. Bovendien was het Bureau niet in staat daarover aanwijzingen te geven, aangezien het de betrokken markt niet voldoende kent. Ten slotte betoogt het Bureau dat verzoekster zelf het desbetreffende deel van haar verzoekschrift de titel „nieuwe feiten" heeft gegeven.

26 Volgens het Bureau geldt hetzelfde voor het argument betreffende het door het gebruik verkregen grote onderscheidend vermogen van het oudere merk, aangezien ook dat argument niet voor het Bureau is aangevoerd. Het Bureau merkt op dat verzoekster voor de kamer van beroep alleen heeft gesteld dat het oudere merk een „minstens normaal onderscheidend vermogen" heeft. Bovendien wordt in de feiten en andere gegevens die verzoekster ten bewijze van het gebruik van het oudere merk aanvoert, expliciet noch impliciet verwezen naar de grote bekendheid die dat merk door het gebruik ervan zou hebben verkregen.

27 Interveniënte voert allereerst aan dat de kamer van beroep de artikelen 15 en 43 van verordening nr. 40/94 heeft geschonden door het beroep niet te verwerpen op grond dat het normale gebruik van het oudere merk niet was bewezen.

28 Vervolgens stelt interveniënte dat er geen verwarringsgevaar bestaat.

29 Ter terechtzitting heeft interveniënte zich aangesloten bij het standpunt van het Bureau dat sommige van verzoeksters argumenten te laat zijn aangevoerd.

Beoordeling door het Gerecht

De ontvankelijkheid van sommige door verzoekster aangevoerde argumenten

30 Het Bureau en interveniënte stellen dat de argumenten dat, ten eerste, de betrokken waren gewoonlijk een gemeenschappelijke herkomst hebben, ten tweede, mengsels van de betrokken waren te koop worden aangeboden en, ten derde, het oudere merk een groot onderscheidend vermogen heeft, te laat zijn aangevoerd.

31 Dienaangaande zij opgemerkt dat het krachtens artikel 63 van verordening nr. 40/94 voor het Gerecht ingestelde beroep is gericht op de toetsing van de wettigheid van de beslissingen van de kamers van beroep. Feiten die voor het Gerecht worden aangevoerd zonder voordien voor een van de instanties van het Bureau te zijn aangedragen, kunnen echter slechts afbreuk doen aan de wettigheid van een dergelijke beslissing indien het Bureau ze ambtshalve in overweging had moeten nemen. Uit artikel 74, lid 1, in fine, van deze verordening, dat bepaalt dat in procedures inzake relatieve weigeringsgronden het onderzoek door het Bureau beperkt blijft tot de door de partijen aangevoerde feiten, bewijsmiddelen en argumenten en tot de door hen ingestelde vordering, vloeit voort dat het Bureau niet verplicht is, ambtshalve rekening te houden met feiten die de partijen niet hebben aangevoerd. Derhalve kunnen dergelijke feiten de wettigheid van een beslissing van de kamer van beroep niet aantasten.

32 Wat het eerste in punt 30 hierboven genoemde argument betreft, staat vast dat verzoekster voor de kamer van beroep heeft aangevoerd dat de betrokken waren hoofdzakelijk in dezelfde ondernemingen worden geproduceerd, zoals overigens blijkt uit punt 14 van de bestreden beslissing. Van dit eerste argument kan dus niet worden gezegd dat het niet voor het Bureau is aangevoerd, anders dan het Bureau en interveniënte betogen.

33 Verzoekster heeft het in het vorige punt genoemde argument weliswaar voor het eerst voor de kamer van beroep opgeworpen, doch volgens de rechtspraak kunnen de kamers van beroep, onder voorbehoud van het in artikel 74, lid 2, van verordening nr. 40/94 bepaalde, het beroep toewijzen op basis van door de insteller van het beroep aangedragen nieuwe feiten of op basis van nieuwe bewijzen die deze overlegt [arrest Gerecht van 23 september 2003, Henkel/BHIM — LHS (UK) (KLEENCARE), T-308/01, Jurispr. blz. II-3253, punt 26].

34 Aangaande de verwijzing door het Bureau naar het reeds aangehaalde arrest ELS (punten 21 e.v.), zij opgemerkt dat deze punten met name betrekking hebben op het bewijs van het gebruik van het merk waarop de oppositie is gebaseerd, dat in casu in dit stadium van de procedure niet aan de orde is.

35 Hetzelfde geldt voor de verwijzing naar het reeds aangehaalde arrest Chef. In dit arrest gaat het immers over het niet binnen de door de oppositieafdeling gestelde termijn overleggen van de vertaling in de taal van de oppositieprocedure van het bewijs van inschrijving van het oudere merk waarop de oppositie is gebaseerd (zie de punten 53 en 57 van dit arrest). Een dergelijke situatie doet zich in casu echter niet voor.

36 Het argument dat de betrokken waren gewoonlijk een gemeenschappelijke herkomst hebben, is bijgevolg ontvankelijk.

37 De in punt 18 hierboven genoemde documenten, die verzoekster ter staving van dat argument heeft overgelegd, zijn daarentegen voor het eerst voor het Gerecht overgelegd. Verzoekster heeft trouwens niet het tegendeel beweerd.

38 Deze documenten kunnen dus door het Gerecht niet in aanmerking worden genomen.

39 Het tweede in punt 30 hierboven genoemde argument, namelijk dat mengsels van de betrokken waren te koop worden aangeboden, is door verzoekster niet voor het Bureau aangevoerd, zoals blijkt uit punt 42 van de bestreden beslissing, volgens hetwelk verzoekster dienaangaande geen enkel argument heeft aangevoerd. Opgemerkt zij met name dat, hoewel verzoekster in haar memorie van 24 maart 2000 voor de oppositieafdeling heeft verwezen naar het bestaan van „ter ontspanning gedronken dranken, waaronder ‚mousserende wijn' ", deze verwijzing ziet op de verhouding tussen mousserende wijn en in de merkaanvraag opgegeven waren die niet langer de inzet van het onderhavige geding zijn, en niet op de verhouding tussen de betrokken waren onderling.

40 Het argument dat mengsels van de betrokken waren te koop worden aangeboden, kan derhalve door het Gerecht niet in aanmerking worden genomen.

41 Het derde in punt 30 hierboven genoemde argument is door verzoekster evenmin voor het Bureau aangevoerd. Zij heeft voor de kamer van beroep alleen verklaard dat het oudere merk een normaal onderscheidend vermogen heeft.

42 Het argument dat het oudere merk een groot onderscheidend vermogen heeft, kan dus door het Gerecht evenmin in aanmerking worden genomen.

Ten gronde

43 Eerst dient het door verzoekster aangevoerde middel te worden onderzocht en vervolgens, zo nodig, dat van interveniënte. Indien het onderzoek tot de conclusie leidt dat, anders dan verzoekster stelt, de kamer van beroep het voor haar ingestelde beroep terecht heeft verworpen op grond van het ontbreken van verwarringsgevaar,

behoeft immers niet meer te worden onderzocht of, zoals interveniënte stelt, de kamer van beroep dat beroep had moeten verwerpen op grond dat het normale gebruik van het oudere merk niet bewezen was.

44 Artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 bepaalt dat, na oppositie door de houder van een ouder merk, inschrijving van het aangevraagde merk wordt geweigerd wanneer het gelijk is aan of overeenstemt met het oudere merk en betrekking heeft op dezelfde of soortgelijke waren of diensten, indien daardoor verwarring bij het publiek kan ontstaan op het grondgebied waarop het oudere merk wordt beschermd.

45 In casu is het oudere merk ingeschreven in Duitsland. Bij de beoordeling of is voldaan aan de in het vorige punt genoemde voorwaarden dient bijgevolg te worden uitgegaan van het standpunt van het Duitse publiek. Aangezien de betrokken waren gangbare consumptiegoederen zijn, bestaat dit publiek uit de gemiddelde consument. Deze wordt geacht normaal geïnformeerd, omzichtig en oplettend te zijn (arrest Hof van 22 juni 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Jurispr. blz. I-3819, punt 26). Verzoeksters stelling dat, aangezien de betrokken waren gangbare consumptiegoederen zijn, het aandachtsniveau van het relevante publiek laag is, kan niet worden aanvaard bij gebreke van nauwkeurige gegevens die bevestigen dat deze algemene stelling van toepassing is op de betrokken waren.

46 Volgens vaste rechtspraak is er sprake van verwarringsgevaar wanneer het publiek kan menen dat de betrokken waren of diensten van dezelfde onderneming of, in voorkomend geval, van economisch verbonden ondernemingen afkomstig zijn. Het gevaar van verwarring omtrent de commerciële herkomst van de waren of diensten dient globaal te worden beoordeeld, uitgaande van de indruk die de betrokken tekens en waren of diensten bij het relevante publiek achterlaten en met inachtneming van alle factoren die het concrete geval kenmerken, inzonderheid met de onderlinge samenhang tussen de overeenstemming van de tekens en de soortgelijkheid van de waren of diensten waarop zij betrekking hebben [zie arrest Gerecht van 9 juli 2003, Laboratorios RTB/BHIM — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), T-162/01, Jurispr. blz. II-2821, punten 29-33, en de aldaar aangehaalde rechtspraak].

47 Volgens diezelfde rechtspraak is het verwarringsgevaar des te groter naarmate het onderscheidend vermogen van het oudere merk groter is (zie, mutatis mutandis, arrest Hof van 29 september 1998, Canon, C-39/97, Jurispr. blz. I-5507, punt 18, en arrest Lloyd Schuhfabrik Meyer, reeds aangehaald, punt 19).

48 Bovendien volgt uit de tekst van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 dat verwarringsgevaar in de zin van deze bepaling veronderstelt dat er sprake is van dezelfde of soortgelijke waren of diensten. Ook wanneer het aangevraagde teken gelijk is aan een merk met een bijzonder groot onderscheidend vermogen, moet nog altijd het bewijs worden geleverd dat de waren of diensten waarop de conflicterende merken betrekking hebben, soortgelijk zijn (zie, mutatis mutandis, arrest Canon, reeds aangehaald, punt 22).

De betrokken waren

49 Bij de beoordeling van de soortgelijkheid van de betrokken waren dient rekening te worden gehouden met alle relevante factoren die de verhouding tussen de waren kenmerken. Dat zijn onder meer de aard, de bestemming en het gebruik, maar ook het concurrerend dan wel complementair karakter ervan (arrest Canon, reeds aangehaald, punt 23).

50 Mousserende wijn en de in de merkaanvraag opgegeven dranken hebben als gemeenschappelijke kenmerken dat zij dezelfde basisingrediënten hebben en zowel in winkels als op drankkaarten vaak naast elkaar te koop worden aangeboden.

51 Opgemerkt zij evenwel, zoals de kamer van beroep heeft gedaan, dat de Duitse gemiddelde consument het normaal vindt en bijgevolg verwacht dat mousserende wijn en de dranken „minerale en gazeuse wateren en andere alcoholvrije dranken;

vruchtendranken en vruchtensappen" van verschillende ondernemingen afkomstig zijn. Van met name mousserende wijn en de genoemde dranken kan niet worden aangenomen dat zij tot dezelfde categorie van dranken behoren of zelfs dat zij deel uitmaken van een algemeen assortiment van dranken die een gemeenschappelijke commerciële herkomst kunnen hebben.

52 Voor de kamer van beroep heeft verzoekster overigens slechts een onderneming genoemd die tegelijk mousserende wijn en de in de merkaanvraag opgegeven dranken produceert (zie punt 14 van de bestreden beslissing). Met betrekking tot de documenten die zij in dit verband voor het Gerecht heeft overgelegd ten bewijze dat er in Duitsland wijnkelders en mousserende-wijnkelders bestaan die ook vruchtensappen, vruchtenwijn, mousserende vruchtenwijn en wijn bevattende cocktails produceren, is in de punten 37 en 38 hierboven al geoordeeld dat het Gerecht deze documenten niet in aanmerking kan nemen.

53 Bovendien worden de in de merkaanvraag opgegeven dranken weliswaar omschreven als „minerale en gazeuse wateren en andere alcoholvrije dranken; vruchtendranken en vruchtensappen". Het adjectief „alcoholvrij" slaat dus niet op de „vruchtendranken en vruchtensappen", zodat deze laatste waren in theorie ook alcoholhoudend kunnen zijn. In de praktijk worden de in de originele merkaanvraag gebruikte Duitse termen „Fruchtgetränke und Fruchtsäfte", net als de Franse termen „boissons de fruits et jus de fruits" en de equivalente termen in de andere talen van de Gemeenschap, echter alleen voor alcoholvrije dranken gebruikt. Derhalve moet worden aangenomen dat de in de merkaanvraag opgegeven waren alleen alcoholvrije dranken omvatten. Overigens heeft verzoekster de overweging van de kamer van beroep dat mousserende wijn „tot de categorie van alcoholhoudende dranken behoort, anders dan de in de merkaanvraag opgegeven waren" (punt 37 van de bestreden beslissing), niet betwist.

54 Mousserende wijn is echter een alcoholhoudende drank en wordt als zodanig zowel in winkels als op drankkaarten duidelijk gescheiden van de alcoholvrije dranken zoals de in de merkaanvraag opgegeven dranken. De normaal geïnformeerde,

omzichtige en oplettende gemiddelde consument is vertrouwd met en besteedt aandacht aan deze scheiding tussen alcoholhoudende en alcoholvrije dranken, die overigens noodzakelijk is, aangezien sommige consumenten geen alcohol willen of zelfs mogen drinken.

55 Hoewel de in de merkaanvraag opgegeven dranken bij speciale gelegenheden en voor het genot worden gedronken, worden zij bovendien ook, zo niet hoofdzakelijk, bij andere gelegenheden en als dorstlesser gedronken. Het gaat immers om gangbare consumptiegoederen. Mousserende wijn wordt daarentegen uitsluitend of nagenoeg uitsluitend gedronken bij speciale gelegenheden en voor het genot, en veel minder frequent dan de in de merkaanvraag opgegeven waren. De prijs ervan is immers heel wat hoger dan die van de in de merkaanvraag opgegeven dranken.

56 Ten slotte is mousserende wijn geen normale vervanging van de in de merkaanvraag opgegeven dranken. De betrokken waren zijn dus geen concurrerende waren.

57 De door verzoekster aangevoerde omstandigheid dat de betrokken waren na elkaar of zelfs in een cocktail kunnen worden gedronken, doet geen afbreuk aan de in de vorige punten geformuleerde beoordeling. Die mogelijkheid bestaat immers voor veel dranken die nochtans niet soortgelijk zijn (zoals rum en cola).

58 Hetzelfde geldt voor de door verzoekster aangevoerde omstandigheid dat in de reclame voor de betrokken waren steeds een persoon wordt afgebeeld die bij het drinken van het voorgestelde drankje een geluksmoment ervaart, aangezien dat het geval is bij nagenoeg alle en de meest diverse dranken.

59 Gelet op het voorgaande dient te worden geconcludeerd dat de verschillen tussen de betrokken waren groter zijn dan de overeenkomsten. De tussen de betrokken waren vastgestelde verschillen zijn echter niet van dien aard dat zij op zichzelf de mogelijkheid van verwarringsgevaar uitsluiten, met name wanneer het aangevraagde teken gelijk is aan een ouder merk met een bijzonder groot onderscheidend vermogen (zie punt 48 hierboven).

De betrokken tekens

60 Uit punt 48 van de bestreden beslissing blijkt dat de kamer van beroep bij de vergelijking van de betrokken tekens voor het oudere merk is uitgegaan van de in punt 7 hierboven afgebeelde vorm op grond dat deze vorm niet in die mate verschilt van de ingeschreven vorm van het oudere merk, die in punt 4 hierboven is weergegeven, dat het onderscheidend vermogen ervan minder groot zou zijn.

61 Het is niet nodig na te gaan of de kamer van beroep daardoor een fout heeft gemaakt. De verschillen tussen de twee in het vorige punt bedoelde vormen doen niets af aan het resultaat van de vergelijking van de betrokken tekens en, bijgevolg, aan dat van de beoordeling van het verwarringsgevaar, zoals hieronder wordt uiteengezet.

62 Volgens vaste rechtspraak dient de globale beoordeling van het verwarringsgevaar, wat de visuele, fonetische of begripsmatige overeenstemming van de conflicterende tekens betreft, te berusten op de totaalindruk die door deze wordt opgeroepen, waarbij met name rekening dient te worden gehouden met de onderscheidende en dominerende bestanddelen ervan [zie arrest Gerecht van 14 oktober 2003, Phillips-Van Heusen/BHIM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), T-292/01, Jurispr. blz. II-4335, punt 47, en de aldaar aangehaalde rechtspraak].

63 Wat het visuele en het fonetische aspect betreft, zij opgemerkt dat het woordelement „linderhof" in de twee in punt 60 hierboven bedoelde vormen van het oudere merk een overheersende positie inneemt. De uitdrukking „vita somnium breve" neemt een ondergeschikte plaats in, aangezien zij in een veel kleiner lettertype is geschreven dan het woord „linderhof". Dat woordelement is dus ondergeschikt aan het woordelement „linderhof" [zie in die zin arrest Gerecht van 23 oktober 2002, Oberhauser/BHIM — Petit Liberto (Fifties), T-104/01, Jurispr. blz. II-4359, punt 36]. De Duitse gemiddelde consument begrijpt onmiddellijk dat de woordelementen „trocken" en „sekt" aangeven dat het gaat om een droge respectievelijk mousserende wijn. Deze elementen zijn dus eveneens ondergeschikt aan het element „linderhof". Ten slotte dienen de beeldelementen van de twee in punt 60 hierboven bedoelde vormen van het oudere merk alleen ter versiering. Zij kunnen dus de overheersende positie van het element „linderhof" niet afzwakken.

64 Aangezien het element „linderhof" in het oudere merk een overheersende plaats inneemt, moet worden aangenomen dat het oudere merk visueel en fonetisch overeenstemt met het aangevraagde merk. De visuele en fonetische verschillen tussen de termen „linderhof" en „lindenhof" zijn immers niet van dien aard dat zij onmiddellijk worden waargenomen door de Duitse gemiddelde consument.

65 Op begripsmatig vlak heeft de kamer van beroep in punt 52 van de bestreden beslissing opgemerkt dat de term „linderhof" verwijst naar het kasteel „Linderhof" van koning Lodewijk II van Beieren, terwijl de term „lindenhof" een „tuin met lindebomen" betekent.

66 Dienaangaande zij opgemerkt dat, zo al een bepaald begripsmatig verschil kan worden vastgesteld, het niet zeker is dat de Duitse gemiddelde consument dat verschil zal waarnemen. Bovendien kan van de gemiddelde consument in Duitsland niet worden verwacht dat hij het kasteel „Linderhof" kent. Een consument die dat kasteel niet kent, zal echter een begripsmatige overeenstemming van de termen „lindenhof" en „linderhof" vaststellen, aangezien hij in beide gevallen zal denken aan een „tuin" of aan een „landgoed".

67 In deze omstandigheden moet worden geconcludeerd dat de tekens begripsmatig overeenstemmen.

68 Derhalve gaat het in casu om overeenstemmende tekens.

Het verwarringsgevaar

69 In punt 55 van de bestreden beslissing heeft de kamer van beroep, hoewel zij had vastgesteld dat de betrokken tekens in hoge mate fonetisch overeenstemmen mede gelet op het normale onderscheidend vermogen van het oudere merk en op het overduidelijke verschil tussen de betrokken waren, geconcludeerd dat er voor het doelpubliek in Duitsland geen significant verwarringsgevaar bestaat, vooral omdat het relevante publiek in casu niet bestaat uit de marginale fractie van gehaaste en oppervlakkige consumenten, maar uit de normaal geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument.

70 Deze conclusie is niet onjuist.

71 Volgens het Gerecht zijn de in de punten 51 tot en met 56 hierboven vastgestelde verschillen tussen de betrokken waren immers groter dan de overeenstemming van de betrokken tekens, zodat de Duitse gemiddelde consument niet zal aannemen dat de door de betrokken tekens aangeduide waren dezelfde commerciële herkomst hebben. Zoals uit punt 42 hierboven blijkt, heeft het oudere merk trouwens geen groot onderscheidend vermogen.

72 Bijgevolg heeft de kamer van beroep artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 niet geschonden door het beroep tegen de beslissing van de oppositieafdeling te verwerpen op grond van het ontbreken van verwarringsgevaar.

73 Derhalve moet het enige door verzoekster aangevoerde middel worden afgewezen.

74 Mitsdien dient het beroep te worden verworpen, zonder dat het door interveniënte aangevoerde middel behoeft te worden onderzocht.

Kosten

75 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voorzover dat is gevorderd.

76 In casu is verzoekster in het ongelijk gesteld. Aangezien het Bureau concludeert dat verzoekster wordt verwezen in de kosten, en interveniënte concludeert dat verzoekster wordt verwezen in de kosten van interveniënte, dient verzoekster te worden verwezen in de kosten van zowel het Bureau als interveniënte.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) Verzoekster wordt verwezen in de kosten.

Pirrung Meij Forwood

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 15 februari 2005.

De griffier

H. Jung

De president van de Tweede kamer

J. Pirrung