

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

P. LÉGER

van 19 mei 2004¹

1. In deze hogere voorziening gaat het om een aanvraag voor de inschrijving van een kleur als zodanig als gemeenschapsmerk. De hogere voorziening is ingesteld door de vennootschap KWS Saat AG² tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 9 oktober 2002, KWS Saat/BHIM (tint oranje).³ Met dit arrest heeft het Gerecht gedeeltelijk het beroep verworpen dat door KWS was ingesteld tegen de beslissing van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM)⁴ van 19 april 2000 (zaak R 282/1999-2), waarbij haar aanvraag voor de inschrijving van de kleur oranje als zodanig als gemeenschapsmerk voor waren en diensten die in hoofdzaak verband houden met agrarisch zaaigoed, was afge-
wezen.⁵

2. In deze zaak dient het Hof zich derhalve opnieuw te buigen over de vraag van de inschrijving van een kleur als zodanig als merk, een vraag waarover het Hof zich, na het bestreden arrest, reeds heeft uitgespro-

ken in het kader van de Eerste richtlijn 89/104/EEG van de Raad⁶, in het arrest van 6 mei 2003, Libertel⁷, en welke vraag tevens in de zaak Heidelbergger Bauchemie⁸ aan de orde is.

I — Juridisch kader

3. De in de onderhavige zaak relevante materiële en procedurele regels met betrekking tot de inschrijving van een gemeenschapsmerk zijn opgenomen in verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad.⁹

4. Artikel 4 van de verordening omschrijft de tekens die een gemeenschapsmerk kunnen vormen. Ingevolge dit artikel gaat het hierbij om „alle tekens die vatbaar zijn voor grafische voorstelling, met name woorden,

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Hierna: „KWS”.

3 — T-173/00, Jurispr. blz. II-3843 (hierna: „bestreden arrest”).

4 — Hierna: „Bureau”.

5 — Hierna: „bestreden beslissing”.

6 — Richtlijn van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB 1989, L 40, blz. 1; hierna: „richtlijn”).

7 — C-104/01, Jurispr. blz. I-3793.

8 — C-49/02, nog aanhangig bij het Hof.

9 — Verordening van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), zoals gewijzigd (hierna: „verordening”).

met inbegrip van namen van personen, tekeningen, letters, cijfers, vormen van waren of van verpakking, mits deze de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden”.

5. Artikel 7, leden 1 en 3, van de verordening ziet op de absolute weigeringsgronden en bepaalt:

„1. Geweigerd wordt inschrijving van:

[...]

b) merken die elk onderscheidend vermogen missen;

[...]

3. Lid 1, onder 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.”

6. De artikelen 73 en 74 van de verordening maken deel uit van titel IX, betreffende de procedureregels. Artikel 73 heeft betrekking op de motivering van beslissingen en bepaalt dat „[d]e beslissingen van het Bureau [...] met redenen [worden] omkleed” en dat „[z]ij [...] slechts [kunnen] worden genomen op gronden waartegen de partijen verweer hebben kunnen voeren”.

7. Artikel 74, lid 1, van de verordening bepaalt dat het Bureau „[t]ijdens de procedure [...] ambtshalve de feiten [onderzoekt]; 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”.

II — Feiten en procedure

8. Op 17 maart 1998 heeft KWS bij het Bureau een aanvraag ingediend voor de inschrijving van de kleur oranje als zodanig als gemeenschapsmerk. De aanvraag omvatte op de voor de afbeelding van het merk bedoelde plaats van het formulier een rechthoekig oranje vlak en op de plaats bestemd voor de beschrijving de vermelding „Oranje (HKS7)”.

9. De litigieuze inschrijvingsaanvraag was ingediend voor waren behorend tot de klassen 7, 11 en 31 van de Overeenkomst van Nice¹⁰ en voor diensten behorend tot de klasse 42 van die Overeenkomst. Zij waren 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 de kleur oranje als zodanig onderscheidend vermogen miste, in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening, voor de betrokken waren en diensten.

11. Bij beslissing van 19 april 2000 heeft de tweede kamer van beroep van het Bureau het tegen deze beslissing door KWS ingestelde beroep verworpen en bevestigd dat de absolute weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening zich tegen de inschrijving verzette.

12. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 28 juni 2000, heeft KWS verzocht om nietigverklaring van deze beslissing.

III — Het bestreden arrest

13. Tot staving van haar beroep heeft KWS twee middelen aangevoerd: in de eerste plaats schending van artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening en in de tweede plaats schending van de artikelen 73 en 74 ervan.

¹⁰ — Overeenkomst van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, zoals herzien en gewijzigd.

A — *Het eerste middel, ontleend aan schending van artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening*

14. KWS heeft betoogd dat de producenten van zaaigoed hun waren kleuren om het te onderscheiden van dat van een concurrent, dat de kleuren die over het algemeen voor kleuring van zaaigoed worden gebruikt, verschillende tinten blauw, geel of rood en niet oranje zijn en dat de kleur oranje, waarvan zij de inschrijving aanvraagt, bijgevolg onmiddellijk als een herkomstaanduiding zal worden opgevat. In tegenstelling tot de opvatting van de kamer van beroep is het derhalve niet nodig om deze kleur beschikbaar te houden voor de concurrenten, omdat oranje volstrekt ongebruikelijk is in de betrokken sector. Met betrekking tot de verwerkingsinstallaties voor zaaigoed heeft KWS opgemerkt dat de gebruikelijke kleur rood en niet oranje is, en dat deze installaties zich onderscheiden van landbouwmachines in het algemeen.¹¹

15. Bij zijn beoordeling heeft het Gerecht om te beginnen opgemerkt „dat kleuren of kleurencombinaties als zodanig een gemeenschapsmerk kunnen vormen voorzover zij geschikt zijn om de waren of diensten van een onderneming te onderscheiden.”¹²

16. Dat een teken algemeen geschikt is om een merk te vormen, houdt volgens het Gerecht evenwel niet in dat de tot deze categorie behorende tekens noodzakelijkerwijs onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening hebben; het onderscheidend vermogen van een teken kan alleen worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving wordt aangevraagd, en uitgaande van de perceptie van het relevante publiek.¹³

17. Vervolgens heeft het Gerecht opgemerkt dat ofschoon artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening geen onderscheid maakt tussen de verschillende types tekens, „de perceptie van het relevante publiek in het geval van een teken bestaande uit een kleur of een kleurencombinatie als zodanig, niettemin niet noodzakelijkerwijs dezelfde [is] als in het geval van een woordmerk of een beeldmerk bestaande 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 immers niet noodzakelijkerwijs het geval wanneer het teken samenvalt met het uiterlijk van de waar of wanneer het teken enkel bestaat uit een kleur of kleuren die worden gebruikt om diensten aan te kondigen”.¹⁴

¹¹ — Bestreden arrest (punten 16 tot en met 19).

¹² — *Ibidem* (punt 25).

¹³ — *Ibidem* (punt 26 en 27).

¹⁴ — *Ibidem* (punt 29).

18. Het relevante publiek betreft in casu een specifiek publiek met een hoger kennis- en aandachtsniveau dan dat van het publiek in het algemeen, zonder evenwel specialist te zijn op het vlak van elke waar of dienst afzonderlijk.¹⁵

19. Met betrekking tot de land-, tuin- en bosbouwproducten van klasse 31, en met name het door verzoekster specifiek vermelde zaaigoed, heeft het Gerecht opgemerkt dat het relevante publiek in staat is om de kleur, die afwijkt van de natuurlijke kleur, op te vatten als een aanduiding van de herkomst, aangezien door de grootte van het zaaigoed geen woord- of beeldmerk kan worden aangebracht en door de bestemming van het zaaigoed om te worden ingezaaid, het relevante publiek voorts niet zal denken dat de kleurtint een decoratieve functie vervult.¹⁶

20. Het Gerecht heeft vervolgens verklaard:

„33 Zoals de kamer van beroep terecht in punt 18 van de bestreden beslissing heeft vastgesteld, is het gebruik van kleuren, de aangevraagde tint oranje en zeer verwante tinten daaronder begrepen, 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.

34 Zelfs indien deze kleur niet gebruikelijk zou zijn voor bepaalde types zaaigoed, bijvoorbeeld voor de door verzoekster ter terechtzitting genoemde maïs of bieten, dient te worden opgemerkt dat ook andere kleuren door bepaalde ondernemingen worden gebruikt om aan te geven dat het zaaigoed een bewerking heeft ondergaan.

35 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat, zoals in punt 31 supra is opgemerkt, het relevante publiek beschikt over een specifiek aandachtsniveau dat op zijn minst volstaat om niet onkundig te zijn van het feit dat de kleuren van zaaigoed onder meer kunnen dienen ter aanduiding dat het zaaigoed werd bewerkt. Zoals de kamer van beroep terecht heeft opgemerkt, zal het relevante publiek de aangevraagde kleur derhalve niet als een aanduiding van de commerciële herkomst van het betrokken zaaigoed opvatten.

36 Aan deze conclusie kan niet worden afgedaan door verzoeksters argument, dat de aangevraagde kleur voor haar waren geen technische functie met het oog op voorbereiding van zaaigoed vervult.

¹⁵ — Ibidem (punt 31).

¹⁶ — Ibidem (punt 32).

- 37 Aangezien in de relevante sector kleuren over het algemeen voor technische doeleinden worden gebruikt, kan het relevante publiek immers niet zonder meer de gedachte verwerpen dat oranje wordt of kan worden gebruikt om aan te geven dat het zaaigoed werd bewerkt. Zonder voorafgaande kennisgeving kan het relevante publiek dus niet concluderen dat de aangevraagde oranje kleur de commerciële herkomst van het zaaigoed aanduidt.
- 38 Bovendien wordt het merk niet alleen aangevraagd voor zaaigoed van suikerbieten en maïs en moet de aanvraag dus worden beoordeeld ten aanzien van zaaigoed in het algemeen, met name de categorie die in de merkaanvraag als voorbeeld van de betrokken landbouwwaren wordt vermeld, en niet ten aanzien van een bepaald type zaaigoed waarnaar specifiek wordt verwezen.
21. Wat de verwerkingsinstallaties van de klassen 7 en 11 betreft, was het Gerecht van oordeel dat deze waren behoren tot de algemene categorie van landbouwmachines, dat verzoekster niets heeft aangevoerd dat de conclusie wettigt dat deze installaties een bijzondere categorie machines vormen, waarvoor bepaalde kleuren niet gebruikelijk zijn en dat het relevante publiek bijgevolg bestaat uit de gemiddelde afnemer van alle landbouwmachines.¹⁷
22. Op grond hiervan heeft het Gerecht verklaard als volgt:
- „40 Gelet op het voorgaande heeft de kamer van beroep 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.”
23. Wat de diensten betreft, heeft het Gerecht in de eerste plaats opgemerkt dat bij diensten een kleur niet wordt toegepast op de dienst zelf, die van nature kleurloos is, en de dienst geen wezenlijke waarde verleent. Het relevante publiek kan dus het gebruik van een kleur als louter sierelement onderscheiden van zijn gebruik als aanduiding van de commerciële herkomst van de dienst.¹⁸ In de tweede plaats heeft het Gerecht opgemerkt dat, zelfs indien deze kleur andere, meer directe functies vervult, zij bovendien door het relevante publiek gemakkelijk en onmiddellijk kan worden gememoriseerd als een onderscheidend teken voor de erdoor aangeduide diensten. Aangezien de bedoelde

¹⁷ — Bestreden arrest (punt 39).

¹⁸ — Ibidem (punt 42).

kleur een specifieke tint is, blijven voorts talrijke kleuren beschikbaar voor dezelfde of soortgelijke diensten. Op grond hiervan is het Gerecht tot de slotsom gekomen dat het teken bestaande uit de bedoelde kleur het relevante publiek in staat kan stellen de betrokken diensten van die van een andere commerciële herkomst te onderscheiden.¹⁹

24. Het Gerecht heeft bijgevolg verklaard dat het middel inzake schending van artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening moet worden aanvaard met betrekking tot de diensten en verworpen voor alle waren.

B — Het tweede middel, ontleend aan schending van de artikelen 73 en 74 van de verordening

25. Het Gerecht heeft de argumenten van verzoekster weergegeven als volgt:

„48 Verzoekster beklemtoont dat het Bureau ingevolge artikel 73 van verordening nr. 40/94 verplicht is zijn beslissingen met redenen te omkleden. Daarmee wordt beoogd de administratie ertoe te dwingen haar beslissing zorgvuldig voor te bereiden door onderzoek van de feiten.

49 Verzoekster betoogt dat zij geen inzage heeft gehad in de documenten waarop het Bureau zijn beslissing heeft gebaseerd, waardoor zij de relevantie van de door het Bureau verrichte onderzoeken of de gevolgde redenering en de juistheid van de beslissing niet kan verifiëren, noch de daarop gebaseerde conclusies kan betwisten. Daarom is verzoekster van mening dat haar recht om te worden gehoord is geschonden en dat haar de mogelijkheid is ontnomen om de in de aanvraag opgenomen opgave van waren en diensten te beperken.

50 Voorts moet volgens verzoekster elke beslissing overeenkomstig artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94 op concrete feiten zijn gebaseerd. In casu vervalt de motiveringsplicht niet door het bestaan van analoge beslissingen.”

26. Bij zijn beoordeling heeft het Gerecht in de eerste plaats opgemerkt dat de verplichting van het Bureau om zijn beslissingen te motiveren, is neergelegd in artikel 73, eerste volzin, van de verordening en dat deze motivering het mogelijk moet maken om in voorkomend geval de redenen voor de afwijzing van de inschrijvingsaanvraag te kennen en de bestreden beslissing gefundeerd te betwisten.²⁰ Het Gerecht was van oordeel dat de bestreden beslissing de elementen bevatte die voor verzoekster nodig waren om haar te begrijpen en de wettigheid ervan te betwisten.²¹

19 — Ibidem (punt 46).

20 — Bestreden arrest (punten 54 en 55).

21 — Ibidem (punt 56).

27. In de tweede plaats heeft het Gerecht opgemerkt dat ingevolge artikel 73 van de verordening de beslissingen van het Bureau slechts kunnen worden genomen op gronden waartegen de partijen verweer hebben kunnen voeren. Naar zijn oordeel waren de documenten die verzoekster niet had kunnen inzien, echter niet onontbeerlijk om deze beslissing te begrijpen en eventueel haar recht uit te oefenen om de opgave van de vermelde waren en diensten te beperken. Volgens het Gerecht bleek immers uit de motivering van haar beroep voor de kamer van beroep dat verzoekster in essentie 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, zodat verzoekster de mogelijkheid had om zich daarover uit te spreken. Bijgevolg achtte het Gerecht artikel 73 van de verordening niet geschonden.²²

28. Wat ten slotte de verplichting van het Bureau betreft om de feiten ambtshalve te onderzoeken (artikel 74, lid 1, van de verordening), heeft het Gerecht vastgesteld dat de kamer van beroep een bepaald aantal relevante feiten heeft onderzocht en gebruikt om te beoordelen of het teken onderscheidend vermogen heeft voor de verschillende in de aanvraag opgegeven waren en diensten.²³

29. Uiteindelijk heeft het Gerecht de bestreden beslissing met betrekking tot de diensten van klasse 42 vernietigd en het beroep voor het overige verworpen.

22 — *Ibidem* (punt 58 en 59).

23 — *Ibidem* (punt 60).

IV — Procedure voor het Hof en conclusies van partijen

30. Bij op 11 december 2002 ter griffie van het Hof neergelegd verzoekschrift heeft KWS hogere voorziening ingesteld tegen het bestreden arrest. Het Bureau heeft op 3 maart 2003 zijn memorie van antwoord bij het Hof ingediend. Een memorie van repliek en dupliek werden overeenkomstig artikel 117 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof niet noodzakelijk geacht. Niettemin zijn partijen tijdens de terechtzitting van 4 maart 2004 gehoord in hun mondelinge opmerkingen. Tijdens deze terechtzitting hebben zij een standpunt kunnen innemen ten aanzien van de vraag, wat de gevolgen zijn van het arrest Libertel voor de onderhavige hogere voorziening.

31. KWS concludeert dat het het Hof behage:

- het bestreden arrest te vernietigen voorzover het beroep daarbij is verworpen;
- de litigieuze beslissing te vernietigen voorzover zij niet reeds bij het bestreden arrest is vernietigd;

— verweerder te verwijzen in de kosten.

A — *Schending van de motiveringsplicht*

32. Het Bureau heeft in zijn memorie van antwoord²⁴ betoogd dat het Gerecht het beroep ook wat de diensten betreft had moeten verwerpen, maar heeft geen incidentele hogere voorziening ingesteld. Het Bureau concludeert dat het het Hof behage:

- de hogere voorziening af te wijzen;
- verzoekster te verwijzen in de kosten.

V — De hogere voorziening

33. Ter onderbouwing van haar hogere voorziening voert verzoekster verschillende middelen aan, ontleend aan schending van, in de eerste plaats, de motiveringsplicht, in de tweede plaats, het recht om te worden gehoord, in de derde plaats, artikel 74 van de verordening inzake het ambtshalve onderzoek van de feiten, en, in de vierde plaats, artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening. Ik zal in die volgorde bij elk middel afzonderlijk stilstaan.

1. Argumenten van partijen

34. Met dit middel verwijt KWS het Gerecht, enerzijds, schending van artikel 73, eerste volzin, van de verordening, volgens hetwelk de beslissingen van het Bureau met redenen moeten worden omkleed. Op grond van deze verplichting kan het Bureau niet volstaan met een zuiver formele weergave van de redenen, maar dient het inhoudelijk op alle relevante elementen in te gaan. Het Gerecht heeft de draagwijdte van deze verplichting onderschat. Volgens KWS zet de bestreden beslissing het fundamentele recht van de intellectuele eigendom op het spel, zodat zij een groot belang bij een begrijpelijke motivering van deze beslissing heeft; volgens haar biedt de context van de beslissing geen enkel aanknopingspunt. Zo heeft het Bureau zijn beslissing met betrekking tot het zaaigoed enkel gebaseerd op de website van een producent van kleurstoffen voor zaaigoed, hetgeen volgens KWS ontoereikend is om aan de litigieuze kleur onderscheidend vermogen te ontzeggen, en zonder rekening te houden met die gedeelten van deze website die vóór inschrijving pleiten. Ook wat de kleur van de machines betreft, heeft het Bureau slechts een bewering gedaan, zonder enige vaststelling van feiten.

35. Anderzijds verwijt KWS het Gerecht tevens dat het zijn eigen motiveringsplicht

²⁴ — Punt 9.

heeft geschonden. Volgens KWS heeft het Gerecht zijn vaststelling in punt 56 van het bestreden arrest, dat verzoekster door de bestreden beslissing in staat is gesteld de redenen voor de afwijzing van haar inschrijvingsaanvraag te kennen, niet gemotiveerd.

weergegeven, maar op artikel 36 van 's Hofs Statuut-EG, krachtens hetwelk arresten met redenen dienen te zijn omkleed, en dat ingevolge artikel 53 van het Statuut van toepassing is op het Gerecht.

36. Het Bureau betoogt primair dat deze grieven, evenals alle andere middelen die op de procedure betrekking hebben, niet-ontvankelijk zijn omdat zij enkel een nieuwe beoordeling van het bij het Gerecht ingestelde beroep beogen. Subsidiair merkt het Bureau op dat de grieven ongegrond zijn, aangezien het bestreden arrest voldoende gemotiveerd is en het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat de bestreden beslissing de wezenlijke overwegingen bevatte waarop zij was gebaseerd.

38. In het kader van dit middel verwijt verzoekster het Gerecht dat het geen motivering heeft gegeven voor zijn vaststelling in punt 56 van het bestreden arrest, dat „[v]erzoekster [...] over de elementen [beschikte] die nodig waren om de bestreden beslissing te begrijpen en de wettigheid ervan te betwisten voor de gemeenschapsrechter.” Dit verwijt is ongegrond. Immers, reeds bij nalezing van het litigieuze punt blijkt dat het Gerecht zijn vaststelling heeft gedaan nadat het de inhoud van de bestreden beslissing had samengevat, en dat het heeft uiteengezet, waarom het van mening was dat de aldus weergegeven elementen van deze beslissing verzoekster in staat hebben gesteld, de redenen voor de afwijzing van haar inschrijvingsaanvraag voor elk van de opgegeven waren en diensten te kennen.

2. Beoordeling

37. De argumentatie van KWS met betrekking tot haar middel inzake schending van de motiveringsplicht bestaat in feite uit twee verschillende middelen. Wat om te beginnen het betoog betreft dat het Gerecht zijn eigen plicht tot motivering van het bestreden arrest heeft geschonden, gaat het om de formele plicht tot motivering van dat arrest. Deze is niet gebaseerd op artikel 73, eerste volzin, van de verordening, zoals in het verzoekschrift in hogere voorziening van KWS is

39. In een tweede 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 vaste rechtspraak is de beoordeling door het Gerecht van de draagwijdte van de verplichting tot motivering van de voor hem betwiste beslissing een rechts-

vraag die in het kader van een hogere voorziening vatbaar is voor toetsing door het Hof.²⁵ Evenals het Bureau ben ik evenwel van mening dat ook dit verwijt ongegrond is.

40. Ik herinner eraan dat volgens artikel 73, eerste volzin, van de verordening „de beslissingen van het Bureau met redenen [worden] omkleed”. Met dit voorschrift wordt dus de door artikel 253 EG voor elke communautaire rechtshandeling voorgeschreven motiveringsplicht aan het Bureau opgelegd. Ik zie geen enkele reden waarom de aldus in artikel 73 van de verordening geformuleerde motiveringsplicht niet dezelfde draagwijdte als die van artikel 253 EG zou hebben. Volgens vaste rechtspraak moet de door artikel 253 EG vereiste motivering beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling 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. De aan de motivering te stellen eisen moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die rechtstreeks en individueel door de handeling worden geraakt, bij een verklaring kunnen hebben. 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.²⁶

41. Wanneer het Bureau beslist dat een aanvraag tot inschrijving wordt afgewezen, vereisen de bovengenoemde voorwaarden dat deze beslissing duidelijk uiteenzet op welke in de verordening voorziene weigeringsgrond(en) de afwijzing berust, en voor elke categorie waren en diensten waarvoor inschrijving wordt aangevraagd, vermeldt waarom (een van) deze weigeringsgronden van toepassing zijn. De vraag of de aldus uiteengezette redenen beantwoorden aan de dubbele doelstelling van de motiveringsplicht, namelijk de aanvrager in staat te stellen de rechtvaardigingsgronden van de afwijzing van zijn aanvraag te kennen en toezicht door de gemeenschapsrechter mogelijk te maken, moet worden beantwoord in het licht van het concrete geval, in het bijzonder de contacten tussen de aanvrager en het Bureau, het betrokken merk alsmede de waren en diensten waarvoor inschrijving wordt aangevraagd. Aan de hand van deze criteria moet worden vastgesteld of het Gerecht in casu terecht tot de slotsom is gekomen dat de bestreden beslissing niet in strijd is met de door artikel 73 van de verordening voorgeschreven motiveringsplicht.

25 — Arresten van 20 februari 1997, *Commissie/Daffix* (C-166/95 P, Jurispr. blz. I-983, punten 24 en 33-38), en 20 november 1997, *Commissie/V* (C-188/96 P, Jurispr. blz. I-6561, punt 24).

26 — 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).

42. Uit de bestreden beslissing blijkt dat volgens de kamer van beroep artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening aan de inschrijvingsaanvraag in de weg staat.²⁷ De kamer heeft tevens uiteengezet, waarom deze absolute weigeringsgrond in casu van toepassing is. Om te beginnen heeft zij een aantal overwegingen van algemene aard de revue laten passeren. Zo heeft zij uiteengezet, enerzijds, dat een kleur als zodanig geen onderscheidend vermogen heeft, tenzij wordt aangetoond dat zij een dergelijk karakter heeft verkregen door het gebruik, en, anderzijds, dat kleuren ter beschikking van alle ondernemingen dienen te blijven. Bijgevolg kan aan een kleur als zodanig enkel in bepaalde omstandigheden onderscheidend vermogen op zich worden toegekend.²⁸

43. De kamer van beroep heeft vervolgens uiteengezet, waarom van dergelijke bijzondere omstandigheden in het onderhavige geval geen sprake was ten aanzien van de in de inschrijvingsaanvraag vermelde waren. Volgens haar is de in het geding zijnde kleur, die naar haar aard een „basiskleur” vormt die in de aangevraagde tint of daaraan sterk verwante tinten veel voorkomt, niet ongewoon voor deze waren.²⁹ Met betrekking tot zaaigoed heeft de kamer gepreciseerd dat de producenten hiervan sinds enige tijd dit soort waren kleuren om aan te geven dat zij een bewerking hebben ondergaan. Als voorbeeld hiervan heeft zij een uittreksel van een tekst op de website van een producent van kleurstoffen voor zaaigoed aangehaald.

Zij heeft opgemerkt dat ook oranje in deze sector als kleur wordt gebruikt en dat, gelet op deze overwegingen, het relevante publiek een dergelijke kleur niet zal opvatten als een aanduiding van de herkomst van de waar maar als een aanduiding van het feit dat het betrokken zaaigoed een bewerking heeft ondergaan.³⁰ Met betrekking tot de verwerkingsinstallaties voor zaaigoed heeft de kamer opgemerkt dat, zoals de onderzoeker heeft vastgesteld, het niet ongewoon is dat machines deze kleur hebben.³¹

44. Ten slotte heeft de kamer van beroep benadrukt dat de concurrenten er belang bij hebben om deze kleur te kunnen gebruiken, dat de door verzoekster aangehaalde beslissingen van de bevoegde Duitse autoriteiten het Bureau niet binden en dat verzoekster niet heeft aangevoerd dat de betrokken kleur onderscheidend vermogen had verkregen door het gebruik.³²

45. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat de motivering van de bestreden beslissing volstond om verzoekster in staat te stellen de redenen, feitelijk en rechtens, voor de afwijzing van haar aanvraag tot inschrijving van de kleur oranje als zodanig voor elke categorie van de betrokken waren te kennen en het Gerecht in de gelegenheid te stellen de rechtmatigheid van deze beslissing te toetsen. Bijgevolg heeft het Gerecht geen

27 — Punt 25.

28 — Punt 14.

29 — Punten 16 en 17.

30 — Punten 18-20.

31 — Punt 21.

32 — Punten 22-24.

blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de bestreden beslissing voldeed aan de vereisten van artikel 73 van de verordening.

46. Bijgevolg ben ik van mening dat het middel inzake schending van de motiveeringsplicht als ongegrond moet worden afgewezen.

B — Schending van het recht om te worden gehoord

1. Argumenten van partijen

47. KWS betoogt dat het Bureau in casu de bestreden beslissing op één enkel document heeft gebaseerd, namelijk een uittreksel van de website van een producent van kleurstoffen, en dat het daarnaar voor het eerst heeft verwezen in genoemde beslissing. Bijgevolg heeft de kamer van beroep haar recht om te worden gehoord, geschonden. In plaats van deze schending vast te stellen, heeft het Gerecht enkel onderzocht of de documenten onontbeerlijk waren om de bestreden beslissing te kunnen begrijpen. Bovendien heeft het Gerecht ten onrechte geoordeeld, dat verzoekster in wezen op de hoogte was van de elementen die deze kamer zou gaan onderzoeken en dus de mogelijkheid heeft gehad om zich daarover uit te spreken. Het Gerecht heeft aldus de regel miskend dat de autoriteit die de bestreden

beslissing neemt, de belanghebbende in staat moet stellen om een standpunt in te nemen ten aanzien van alle factoren die de inhoud van die beslissing kunnen beïnvloeden, en dat van een schending van het recht om te worden gehoord reeds sprake is wanneer zonder deze schending een andere beslissing mogelijk zou zijn geweest.

48. Verzoekster betoogt verder dat wanneer dit document aan haar zou zijn medegedeeld, zij zich met betrekking tot de inhoud ervan had kunnen uitspreken. In het bijzonder had zij er dan op kunnen wijzen dat op de betrokken website wordt uitgelegd dat de kleuring van zaaigoed als een herkomst aanduiding wordt opgevat.

49. Bovendien heeft het Gerecht dit argument in het bestreden arrest niet weergegeven, waardoor het op zijn beurt het recht om te worden gehoord heeft geschonden. Als gevolg van deze schendingen door de kamer van beroep en het Gerecht is verzoekster niet in de mogelijkheid gesteld om de lijst van de in haar inschrijvingsaanvraag vermelde waren te beperken en zodoende de inschrijving te laten slagen.

50. In antwoord hierop betoogt het Bureau dat het Gerecht niet het recht van verzoekster om te worden gehoord heeft geschonden, aangezien zij al haar argumenten naar voren heeft kunnen brengen, met name in haar memorie van repliek. De verwijzing in de bestreden beslissing naar de website van een producent van kleurstoffen voor zaa-

goed vormt niet de motivering van deze beslissing maar enkel een element ter onderbouwing daarvan. Bovendien zou een beperking van de lijst van waren waarvoor de inschrijvingsaanvraag gold, niet tot een andersluidende beslissing hebben geleid.

2. Beoordeling

51. Ook het betoog van verzoekster in het kader van het middel inzake schending van het recht om te worden gehoord, bestaat uit twee verschillende middelen.

52. Het verwijt dat het Gerecht zelf het recht van verzoekster om te worden gehoord heeft geschonden, strekt allereerst tot vaststelling dat het Gerecht in het kader van de gerechtelijke procedure de rechten van de verdediging van verzoekster heeft geschonden. Dit middel is niet gebaseerd op artikel 73, tweede volzin, van de verordening, maar op het fundamentele communautaire rechtsbeginsel van de naleving van de rechten van de verdediging, welk beginsel inhoudt dat elke partij in een procedure voor het Gerecht alle elementen naar voren moet kunnen brengen die dienstig zijn voor de verdediging van zijn belangen. In het kader van dit middel verwijt verzoekster het Gerecht, in het bestreden arrest niet haar betoog met betrekking tot het ontbreken van een voorafgaande mededeling van de inhoud van de betrokken website te hebben weergegeven.

53. Volgens de rechtspraak impliceert het recht om in rechte te worden gehoord niet, dat de rechter al hetgeen door elke partij wordt gesteld, volledig in zijn beslissing moet opnemen.³³ Na naar de door partijen gestelde feiten te hebben geluisterd en de bewijzen te hebben beoordeeld, moet de rechter uitspraak doen op de conclusies van het beroep en zijn beslissing motiveren.³⁴ In het onderhavige geval blijkt uit het bestreden arrest dat het Gerecht het betrokken betoog weliswaar niet gedetailleerd heeft weergegeven, maar dat het in zijn arrest wel een samenvatting daarvan heeft gegeven³⁵ en in de punten 58 en 59 gemotiveerd hierop is ingegaan. Het middel inzake schending door het Gerecht van het recht van verzoekster om te worden gehoord tijdens de gerechtelijke procedure is bijgevolg ongegrond.

54. In een tweede middel wordt het Gerecht verweten te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de kamer van beroep het recht van verzoekster om te worden gehoord niet heeft geschonden. Aldus zou het Gerecht de draagwijdte van de ingevolge artikel 73, tweede volzin, van de verordening op het Bureau rustende verplichting hebben mis-

33 — Arrest van 10 december 1998, Schröder e.a./Commissie (C-221/97 P, Jurispr. blz. I-8255, punt 24).

34 — Idem.

35 — Het Gerecht heeft het betoog van KWS als volgt samengevat: „Verzoekster betoogt dat zij geen inzage heeft gehad in de documenten waarop het Bureau zijn beslissing heeft gebaseerd, waardoor zij de relevantie van de door het Bureau verrichte onderzoeken of de gevolgde redenering en de juistheid van de beslissing niet kan verifiëren, noch de daarop gebaseerde conclusies kan betwisten. Daarom is verzoekster van mening dat haar recht om te worden gehoord is geschonden en dat haar de mogelijkheid is ontnomen om de in de aanvraag opgenomen opgave van waren en diensten te beperken” (punt 49 van het bestreden arrest).

kend. De vraag of het Gerecht de beginselen van de rechten van de verdediging, en met name het recht om te worden gehoord, juist heeft toegepast, vormt een rechtsvraag waarvan het Hof in hogere voorziening kennis dient te nemen.³⁶

55. Ingevolge artikel 73, tweede volzin, van de verordening geldt voor de beslissingen van het Bureau dat zij „slechts [kunnen] worden genomen op gronden waartegen de partijen verweer hebben kunnen voeren”. Bijgevolg verankert deze bepaling met betrekking tot de procedure voor het Bureau het fundamentele beginsel van gemeenschapsrecht, dat de rechten van de verdediging in iedere procedure, zelfs een van administratieve aard, moeten worden geëerbiedigd.³⁷ Dienaangaande moet erop worden gewezen dat de wetgever dit beginsel niet alleen in algemene zin in artikel 73 van de verordening heeft vermeld, maar ook in de bepalingen van zowel de verordening als de tot uitvoering daarvan vastgestelde regels die betrekking hebben op elke fase die tot een met de belangen van een marktdeelnemer strijdige beslissing kan leiden.³⁸ Zo komt dit beginsel onder andere tot uitdrukking in de bepalingen inzake het onderzoek van de absolute weigeringsgronden³⁹ en de bijzon-

dere bepalingen met betrekking tot de procedure voor de kamers van beroep.⁴⁰

56. Overeenkomstig dit beginsel kan een kamer van beroep haar beslissing om de inschrijving van een merk te weigeren slechts baseren op elementen, feitelijk en rechtens, ten aanzien waarvan de aanvrager opmerkingen heeft kunnen indienen.⁴¹ Mijns inziens is dit het geval ten aanzien van de elementen, feitelijk en rechtens, die de motivering vormen van de beslissing van de onderzoeker die bij de kamer van beroep is aangevochten. Deze elementen moesten immers in beginsel door de onderzoeker zelf ter stellingname aan de aanvrager worden meegedeeld en de aanvrager kon deze in het kader van zijn beroep voor de kamer van beroep opnieuw betwisten. Voorts kan artikel 73 van de verordening niet worden uitgelegd als een verplichting van het Bureau om vooraf kennis te nemen van de opmerkingen van de aanvrager met betrekking tot de elementen, feitelijk en rechtens, in zijn contacten met de onderzoeker of in zijn beroep tegen de beslissing van laatstgenoemde.⁴² Wanneer het Bureau daarentegen overeenkomstig artikel 74 van de verordening besluit om ambtshalve feitelijke elementen ter onderbouwing van zijn afwijzing van een merkenrechtelijke inschrijvingsaan-

36 — Arrest van 21 september 2000, *Mediocruso/Commissie* (C-462/98 P, Jurispr. blz. I-7183, punt 35).

37 — Arresten van 7 juni 1983, *Musique Diffusion française e.a./Commissie* (100/80–103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 9), en 24 oktober 1996, *Commissie/Lisrestal e.a.* (C-32/95 P, Jurispr. blz. I-5373, punt 21).

38 — Verordening (EG) nr. 2868/95 van de Commissie van 13 december 1995 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 40/94 (PB L 303, blz. 1).

39 — Artikel 38, lid 3, van de verordening en regel 11 in artikel 1 van verordening nr. 2868/95.

40 — Artikel 61, lid 2, van de verordening.

41 — Arresten van het Gerecht van 5 juni 2002, *Hershey Foods/BHIM (Kiss Device with plume)* (T-198/00, Jurispr. blz. II-2567, punt 25), en van 3 december 2003, *Audi/BHIM* (T-16/02, Jurispr. blz. II-5167, punten 71 en 75).

42 — In het arrest *Hershey Foods/BHIM (Kiss device with plume)*, reeds aangehaald, heeft het Gerecht dienaangaande geoordeeld dat de kamer van beroep, in het kader van de beoordeling van een beroep tegen de beslissing van de onderzoeker, alle vermeldingen op het aanvraagformulier in aanmerking mocht nemen, zonder verzoekster eerst in de gelegenheid te stellen om daartegen verweer te voeren (punt 20).

vraag in aanmerking te nemen, die niet in de beslissing van de onderzoeker of in de schriftelijke stukken van de aanvrager voorkomen, is het verplicht deze elementen aan de aanvrager mede te delen, zodat deze zich hierover kan uitlaten.

kende partij om aan te tonen dat zij zich zonder deze onregelmatigheden beter had kunnen verdedigen.⁴⁴

57. In het onderhavige geval blijkt uit het dossier dat de kamer van beroep verzoekster niet op de hoogte heeft gebracht van de resultaten van haar onderzoek naar het gebruik van de litigieuze kleur in relatie tot de betrokken waren, waarnaar is verwezen in de bestreden beslissing, noch van de inhoud van de website van de producent van kleurstoffen waarvan de kamer een uittreksel heeft aangehaald in de beslissing. Desalniettemin ben ik van mening dat dit geen zodanige schending oplevert van het recht om te worden gehoord, dat het Gerecht de bestreden beslissing op deze grond had moeten vernietigen.

58. Immers, uit artikel 58 van 's Hofs Statuut-EG volgt dat middelen, ontleend aan onregelmatigheden in de procedure slechts gegrond kunnen worden verklaard, indien hierdoor aan de belangen van de verzoekende partij afbreuk is gedaan. Een voorwaarde voor de schending van de rechten van de verdediging is dus dat de procedure, zonder deze onregelmatigheden van de zijde van de administratieve autoriteit, eventueel tot een ander resultaat had kunnen leiden.⁴³ Het staat aan de verzoer-

59. Ik ben van mening dat in het onderhavige geval niet aan deze voorwaarden is voldaan. Het is, om te beginnen, juist dat het door de kamer van beroep in de bestreden beslissing vermelde onderzoek in tegenpraak is met de stelling van verzoekster dat de litigieuze kleur niet door haar concurrenten wordt gebruikt voor de kleuring van de betrokken waren.⁴⁵ De stelling echter dat de kleur oranje reeds daadwerkelijk werd gebruikt voor deze waren, is geen noodzakelijk onderdeel van de motivering van de afwijzing van de inschrijvingsaanvraag. Zoals ik reeds heb uiteengezet, heeft de kamer van beroep in zoverre de beslissing van de onderzoeker overgenomen dat ook zij van mening was dat de litigieuze kleur met betrekking tot de betrokken waren geen onderscheidend vermogen heeft, aangezien een kleur als zodanig in beginsel dit vermogen mist en oranje een zeer gangbare kleur is. Voorts heeft de kamer aangevoerd dat het gebruikelijk is om zaaigoed een andere kleur te geven dan het van nature heeft, met name om te laten zien dat het bewerkt is, zodat de kleuring van zaaigoed niet als een herkomstaanduiding wordt opgevat, en dat er nogal wat machines zijn die een oranje of aanverwante kleur hebben.

43 — Arresten van 10 juli 1980, *Distillers Company/Commissie* (30/78, Jurispr. blz. 2229, punt 26), en 2 oktober 2003, *Thyssen Stahl/Commissie* (C-194/99 P, Jurispr. blz. I-10821, punt 31).

44 — Arresten van 8 juli 1999, *Hercules Chemicals/Commissie* (C-51/92 P, Jurispr. blz. I-4235, punt 81), en 15 oktober 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie* (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, Jurispr. blz. I-8375, punt 318).

45 — Zie de motivering van het beroep van KWS tegen de beslissing van de onderzoeker (punt 8 van de bestreden beslissing).

Tenslotte heeft de kamer uiteengezet dat de concurrenten er belang bij kunnen hebben om de kleur oranje eveneens te gebruiken.

vooral niet aan, in hoeverre de kamer van beroep anders zou hebben beslist, indien alleen voor zaaigoed inschrijving was aangevraagd. De door de kamer toegepaste weigeringsgronden hebben immers met name betrekking op zaaigoed.

60. Zoals we in het kader van de beoordeling van het derde middel zullen zien, volstaan deze overwegingen om de afwijzing van de inschrijvingsaanvraag te rechtvaardigen. Derhalve biedt de stelling dat de kleur oranje ook voor de kleuring van zaaigoed en voor de verwerkingsinstallaties van zaaigoed wordt gebruikt, enkel steun aan de conclusie dat het relevante publiek deze kleur niet opvat als een aanduiding van de herkomst van de waren van verzoekster.

63. Bijgevolg heeft het Gerecht artikel 73 van de verordening niet geschonden door te oordelen dat de rechten van de verdediging van verzoekster niet zodanig waren miskend dat dit vernietiging van de bestreden beslissing rechtvaardigde, aangezien, in de eerste plaats, verzoekster reeds op de hoogte was van de redenen van afwijzing van haar aanvraag, welke in grote lijnen waren opgenomen in de beslissing van de onderzoeker of in haar verzoekschrift, en, in de tweede plaats, het achterwege blijven van een voorafgaande mededeling van de litigieuze documenten de verdediging van haar belangen niet heeft geschaad. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat de middelen inzake schending van het recht om te worden gehoord ongegrond zijn.

61. Wat verder de inhoud van de in de bestreden beslissing aangehaalde website betreft, deze bevestigt slechts een argument dat door verzoekster zelf is aangevoerd ter ondersteuning van haar beroep tegen de beslissing van de onderzoeker, te weten dat zaaigoedproducenten hun waren kleuren.⁴⁶

C — Het tweede middel: schending van artikel 74 van de verordening, betreffende het ambtshalve onderzoek van de feiten

62. Verzoekster toont hoe dan ook niet aan dat zij op grond van de voorafgaande mededeling van deze documenten de lijst van de in de inschrijvingsaanvraag vermelde waren wellicht zou hebben beperkt. Zij toont

64. KWS betoogt dat het Gerecht, door zich te beperken tot de opmerking dat de kamer van beroep „een bepaald aantal relevante feiten heeft onderzocht en gebruikt”, het vereiste van artikel 74 van de verordening heeft miskend, volgens hetwelk „het Bureau ambtshalve de feiten [onderzoekt]”. Volgens haar gaat het niet om de vraag of de feiten

46 — Idem.

zijn onderzocht, maar of het onderzoek volledig was. Een dergelijk onderzoek moet het Bureau in staat stellen om met zekerheid vast te stellen of er al dan niet weigeringsgronden in de zin van artikel 7 van de verordening bestaan. Immers, de beslissing met betrekking tot de inschrijving van een teken als merk berust op een gebonden en niet op een discretionaire bevoegdheid.

vaste rechtspraak volgt echter uit artikel 225 EG en artikel 58 van 's Hof's Statuut-EG dat een hogere voorziening enkel kan worden gebaseerd op middelen inzake schending van het recht, met uitsluiting van elke feitelijke beoordeling.⁴⁷

D — Schending van artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening

65. Volgens verzoekster vermeldt de bestreden beslissing in het onderhavige geval weliswaar het „onderzoek van de kamer”, maar verwijst zij enkel naar de website van een producent van kleurstoffen voor zaai-goed, hetgeen niet volstaat om een weigering te rechtvaardigen. Dit geldt a fortiori, omdat de website van een Amerikaanse onderneming is en de gebruiken op de Amerikaanse markt in beginsel geen bewijs opleveren voor die in de Gemeenschap. Ten slotte is de website in het Engels gesteld, en het is niet vanzelfsprekend en evenmin bewezen dat het relevante publiek in de Gemeenschap hiervan kennis heeft kunnen nemen.

1. Argumenten van partijen

67. KWS herinnert eraan dat haar inschrijvingsaanvraag door het Bureau en het Gerecht is afgewezen op de enkele grondslag van artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening, volgens hetwelk een merk zonder onderscheidend vermogen niet kan worden ingeschreven.

66. Evenals het Bureau ben ik van mening dat dit middel niet-ontvankelijk is. Immers, onder het mom van schending van artikel 74 van de verordening en met de stelling dat een diepgaander onderzoek van de relevante feiten het Bureau ertoe zou hebben gebracht haar inschrijvingsaanvraag in te willigen, betwist verzoekster in feite de beoordeling van de feiten door achtereenvolgens de kamer van beroep en het Gerecht. Volgens

68. Verzoekster betoogt dat, volgens vaste rechtspraak, een merk onderscheidend vermogen heeft wanneer het als een herkomst-aanduiding kan worden beschouwd, dat de enkele geschiktheid van het merk voor een dergelijk gebruik volstaat, dat de beoordeling niet abstract is maar rekening moet houden met de betrokken waren en diensten, dat alle omstandigheden van het individuele geval

⁴⁷ — Zie onder andere arrest VBA/Florimex e.a., reeds aangehaald (punt 138).

en, met name, het gebruik in aanmerking moeten worden genomen, en, ten slotte, dat moet worden uitgegaan van de betrokken kringen in het concrete geval.

69. KWS verwijt het Gerecht deze beginselen te hebben geschonden, omdat het, in de eerste plaats, op merken bestaande uit een kleur een strenger criterium heeft toegepast dan op andere merken en, in de tweede plaats, zijn eigen oordeel in de plaats heeft gesteld van de mening van de betrokken kringen. Ten slotte heeft het Gerecht het criterium van het onderscheidend vermogen miskend.

70. Zo heeft het Gerecht, volgens verzoekster, blijk gegeven van een onjuiste opvatting door te stellen dat in het geval van een kleur de perceptie van het relevante publiek „niet noodzakelijkerwijs dezelfde als in het geval van een woordmerk of een beeldmerk bestaande uit een teken dat losstaat van het voorkomen van de erdoor aangeduide waren”.⁴⁸ Voorts heeft het Gerecht ten onrechte geoordeeld dat de litigieuze kleur geen onderscheidend vermogen heeft met betrekking tot de betrokken waren, hoewel deze voor een gespecialiseerde klantenkring bestemd zijn. Wat de agrarische waren, in het bijzonder zaaigoed, betreft, wordt de litigieuze kleur oranje enkel door verzoekster gebruikt als kleur voor haar waren. Bijgevolg heeft het Gerecht ten onrechte geoordeeld dat het gebruik van andere tinten door de concurrenten uitsluit dat de litigieuze tint oranje als een herkomstaanduiding wordt

opgevat. Deze opvatting is temeer onjuist daar de betrokken sector geen eenvormig gebruik van kleuren kent. Bij de verwerkingsinstallaties voor zaaigoed gaat het om gespecialiseerde machines die voor industriële ondernemingen en voor plaatsing in bedrijfshallen zijn bestemd. Het Gerecht heeft bijgevolg ook blijk gegeven van een beoordelingsfout door ervan uit te gaan dat het gebruikelijk is om dergelijke machines van een, met name oranje, kleur te voorzien.

71. Volgens het Bureau is dit middel ongegrond.

2. Beoordeling

72. In het arrest Libertel, reeds aangehaald, heeft het Hof verklaard dat een kleur als zodanig een merk in de zin van artikel 2 van de richtlijn kan vormen wanneer deze, zoals in het onderhavige geval, met een internationaal erkende identificatiecode kan worden aangeduid.⁴⁹ Vervolgens heeft het Hof uiteengezet welke de criteria zijn aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of, in een concreet geval, een kleur als zodanig onderscheidend vermogen kan hebben in de zin van artikel 3, lid 1, sub b, van de verordening en dus als merk voor bepaalde waren en diensten kan worden ingeschreven.

48 — Bestreden arrest (punt 29).

49 — Punten 27 tot en met 42.

73. Aangezien de artikelen 2 en 3, leden 1, sub b, en 3, van de richtlijn in soortgelijke bewoordingen zijn gesteld als de artikelen 4 en 7, leden 1, sub b, en 3, van de verordening, kan de uitlegging in voornoemd arrest *Libertel* ook worden toegepast op de verordening. Bovendien blijft de uitlegging die het Hof aan een voorschrift van gemeenschapsrecht geeft, zoals bekend, beperkt tot het verklaren en preciseren van de betekenis en de strekking van dat voorschrift zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding had moeten worden verstaan en toegepast.⁵⁰ De terugwerkende kracht van het arrest *Libertel* met betrekking tot de uitlegging van de bepalingen van de richtlijn geldt bijgevolg, *mutatis mutandis*, ook voor de overeenkomstige bepalingen van de verordening.

74. In mijn conclusie in de reeds aangehaalde zaken *Libertel* en *Heidelberger Bauchemie* heb ik uiteengezet, waarom ik van mening ben dat een kleur als zodanig niet voldoet aan de in artikel 2 van de richtlijn genoemde voorwaarden om te kunnen worden beschouwd als een teken dat een merk kan vormen. Deze kwestie vormt evenwel geen voorwerp van discussie in de onderhavige hogere voorziening. Derhalve zal ik mijn overwegingen dienaangaande hier niet herhalen, maar voortgaan met het onderzoek van het middel inzake schending van artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening op basis van de door het Hof in het arrest *Libertel* geformuleerde voorwaarden.

75. Volgens vaste rechtspraak is de wezenlijke functie van het merk daarin gelegen, dat aan de consument of de eindgebruiker met betrekking tot de gemerkte waren of diensten de identiteit van de oorsprong wordt gewaarborgd, in dier voege dat hij deze zonder gevaar voor verwarring van waren of diensten van andere herkomst kan onderscheiden.⁵¹ Bijgevolg moet het Bureau, wanneer het de aanvraag voor de inschrijving van een merk behandelt, nagaan of het relevante publiek op grond van dit merk kan weten dat de in de inschrijvingsaanvraag genoemde waren of merken van een bepaalde onderneming afkomstig zijn. Dit is de reden waarom artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening „merken die elk onderscheidend vermogen missen” uitsluit van inschrijving. Bovendien staat vast dat het onderscheidend vermogen van een merk enerzijds moet worden beoordeeld in relatie tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving is aangevraagd, en anderzijds in relatie tot de perceptie ervan door het relevante publiek.⁵²

76. In het arrest *Libertel* heeft het Hof verklaard dat wanneer het relevante publiek bestaat uit de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument, rekening moet worden gehouden met het feit dat de gemiddelde consument slechts zelden de mogelijkheid heeft om verschillende merken rechtstreeks met elkaar te vergelijken en doorgaans moet afgaan op het onvolmaakte beeld dat bij hem is

51 — Arresten van 29 september 1998, *Canon* (C-39/97, Jurispr. blz. I-5507, punt 28); 4 oktober 2001, *Merz & Krell* (C-517/99, Jurispr. blz. I-6959, punt 22), en 12 februari 2004, *Henkel* (C-218/01, Jurispr. blz. I-1725, punt 30).

52 — Zie onder andere reeds aangehaalde arresten *Libertel* (punt 75) en *Henkel* (punt 50).

50 — Zie onder andere arrest van 20 september 2001, *Grzelczyk* (C-184/99, Jurispr. blz. I-6193, punt 50).

achtergebleven. De perceptie door het relevante publiek van een teken dat uit een kleur als zodanig bestaat, is niet noodzakelijkerwijs dezelfde als van een woord- of beeldmerk, dat bestaat in een teken dat niet samenvalt met het uiterlijk van de erdoor aangeduide waren. Het publiek moge eraan gewend zijn om woord- of beeldmerken onmiddellijk op te vatten als tekens die de herkomst van de waar aanduiden, doch dit geldt niet noodzakelijkerwijs ook voor tekens die samenvallen met het uiterlijk van de waar waarvoor de inschrijving van het teken als merk wordt aangevraagd. De consumenten zijn niet gewend om de herkomst van waren bij gebreke van enig grafisch of tekstueel element af te leiden uit de kleur of de kleur van de verpakking ervan, omdat een kleur als zodanig in het hedendaags handelsgebruik in beginsel niet wordt gebruikt als identificatiemiddel. Een kleur als zodanig heeft normaliter niet de wezenlijke eigenschap dat zij de waren van een bepaalde onderneming onderscheidt.⁵³

77. Gelet op het voorgaande en in tegenstelling tot de opvatting van verzoekster heeft het Gerecht artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening dus niet onjuist uitgelegd door in punt 29 van het bestreden arrest te verklaren dat deze bepaling weliswaar geen onderscheid maakt tussen de verschillende typen tekens, maar dat niettemin de perceptie van het relevante publiek in het geval van een kleur als zodanig niet noodzakelij-

kerwijs dezelfde is als in het geval van een teken dat losstaat van het voorkomen van de erdoor aangeduide waren.⁵⁴

78. Ook het verwijt dat het Gerecht bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van de litigieuze kleur is uitgegaan van zijn eigen criteria en niet, zoals had moeten gebeuren, van het relevante publiek, is ongegrond.

79. Zo heeft het Gerecht allereerst geoordeeld dat het relevante publiek een specifiek publiek is, met een hoger kennis- en aandachtsniveau dan het publiek in het algemeen, zonder evenwel specialist te zijn op het vlak van elke waar afzonderlijk, noch een niet-professioneel publiek.⁵⁵ Met betrekking tot de land-, tuin- en bosbouwproducten van klasse 31 en met name zaaigoed is het Gerecht ervan uitgegaan dat het relevante publiek de kleur ervan kan begrijpen als een aanduiding van de herkomst, aangezien deze zich onderscheidt van de natuurlijke kleur van deze waren.⁵⁶ Aangezien het gebruik van kleuren, de door rekwirante aangevraagde tint oranje daaronder begrepen, evenwel niet uitzonderlijk is voor deze waren, stelt deze kleur het relevante publiek niet in staat om verzoeksters waren te onderscheiden van die van haar concurrenten.⁵⁷ Voorts heeft het Gerecht verklaard dat aangezien het relevante publiek beschikt over een specifiek kennisniveau, waardoor

54 — Bestreden arrest (punt 29).

55 — Ibidem (punt 31).

56 — Ibidem (punt 32).

57 — Ibidem (punt 33).

53 — Arrest Libertel, reeds aangehaald (punten 63-65).

het niet onkundig is van het feit dat de kleuren van zaaigoed kunnen dienen ter aanduiding dat het zaaigoed is bewerkt, dit publiek de litigieuze kleur niet als een herkomstaanduiding zal opvatten.⁵⁸

80. Wat voorts de verwerkingsinstallaties van de klassen 7 en 11 betreft, heeft het Gerecht verklaard dat het relevante publiek wordt gevormd door de gemiddelde afnemer van alle landbouwmachines. Aangezien machines in de litigieuze tint oranje of een soortgelijke tint niet ongebruikelijk zijn, zal het relevante publiek deze kleur eerder louter als een afwerkingselement opvatten.⁵⁹

81. Bijgevolg blijkt uit deze overwegingen van het bestreden arrest dat het Gerecht bij de beantwoording van de vraag of de litigieuze kleur onderscheidend vermogen kan hebben, wel degelijk is uitgegaan van de opvatting van het relevante publiek met betrekking tot elke van de in de inschrijvingsaanvraag vermelde categorie waren.

82. Ten slotte kan KWS het Gerecht mijns inziens niet verwijten artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening onjuist te hebben toegepast door te oordelen dat de litigieuze kleur

geen onderscheidend vermogen heeft voor de in de inschrijvingsaanvraag opgenomen waren.

83. Zo heeft het Hof in het arrest Libertel verklaard dat het slechts in uitzonderlijke gevallen denkbaar is dat een kleur als zodanig onderscheidend vermogen toekomt alvorens daarvan enig gebruik is gemaakt, met name wanneer het aantal waren of diensten waarvoor het merk wordt aangevraagd, zeer beperkt is en de relevante markt zeer specifiek is.⁶⁰ Voorts heeft het Hof geoordeeld dat het vanwege het beperkte aantal daadwerkelijk beschikbare kleuren in het algemeen belang is de beschikbaarheid van kleuren niet ongerechtvaardigd te beperken voor de andere marktdeelnemers die waren of diensten aanbieden van het type waarvoor de inschrijving is aangevraagd, met als gevolg dat hoe groter het aantal in de inschrijving vermelde waren of diensten is, hoe kleiner de kans op inschrijving van een dergelijke kleur is.⁶¹

84. Het Gerecht heeft in het bestreden arrest verklaard dat de litigieuze kleur met betrekking tot de waren van de klasse 31 onderscheidend vermogen mist, aangezien deze gekleurd zijn en, voorzover het om zaaigoed gaat, hun kleur soms dient ter aanduiding van het feit dat het is bewerkt. Wat de verwerkingsinstallaties van zaaigoed van de klassen 7 en 11 betreft, was het Gerecht van oordeel dat verzoekster niet heeft aange-

58 — Ibidem (punt 35).

59 — Ibidem (punten 39 en 40).

60 — Punt 66.

61 — Ibidem (punten 54-56).

toond dat deze installaties een bijzondere categorie machines vormen die niet gekleurd zijn, en dat de kleur oranje en soortgelijke tinten gewoonlijk worden gebruikt voor het kleuren van machines in het algemeen.

85. Voorzover het bestreden arrest het beroep met betrekking tot de waren verwerpt, kan het Gerecht niet worden verweten dat het heeft nagelaten om, behalve bij de genoemde gronden, ook nog stil te staan bij de door het Hof in het arrest Libertel geformuleerde criteria met betrekking tot het aantal aangevraagde waren, de specificiteit van de markt en het vereiste van de beschikbaarheid van de betrokken kleur voor de concurrenten. Het lijkt evenwel onbetwistbaar dat de inachtneming van deze criteria in het onderhavige geval de afwijzing van de aanvraag van verzoekster nog meer zou hebben gerechtvaardigd.

86. Het bestreden arrest is daarentegen aanvechtbaar voorzover daarbij het onderdeel van de bestreden beslissing dat betrekking heeft op de diensten van klasse 42 is vernietigd, omdat het Gerecht tot de slotsom is gekomen dat de litigieuze kleur met betrekking tot deze diensten onderscheidend vermogen heeft, zonder al deze criteria te hebben onderzocht of door deze op een met die van het Hof in het arrest Libertel strijdige wijze te hebben toegepast.⁶² Ik heb evenwel

reeds vastgesteld dat het Bureau geen incidentele hogere voorziening heeft ingesteld, zodat het Hof zich op dit punt niet over het arrest kan uitspreken.

87. De vraag of het Gerecht de omstandigheden van het geval al dan niet juist heeft beoordeeld door te overwegen dat het relevante publiek de litigieuze kleur niet als een herkomstaanduiding van het betrokken zaaigoed en de betrokken machines zal opvatten, heeft betrekking op beoordelingen van zuiver feitelijke aard. Behoudens het geval van een onjuiste voorstelling van de aan het Gerecht voorgelegde bewijselementen levert de beoordeling van de feiten geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof.⁶³ Op het gebied van gemeenschapsmerken past het Hof deze regel op woordmerken toe wanneer wordt verzocht om de toetsing van de beoordeling door het Gerecht met betrekking tot de vraag of het litigieuze merk voor de betrokken waren en diensten beschrijvend is in de zin van artikel 7, lid 1, sub c, van de verordening, dan wel onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van de verordening.⁶⁴ Mijs inziens zijn er geen

62 — Aldus heeft het Gerecht in het bestreden arrest verklaard dat „[v]oorzover de [...] geclaimde kleur een specifieke tint is, voorts talrijke kleuren beschikbaar [blijven] voor dezelfde of soortgelijke diensten” (punt 45), terwijl het Hof in het arrest Libertel, reeds aangehaald, heeft geoordeeld dat „het beperkte aantal daadwerkelijk beschikbare kleuren tot gevolg [heeft] dat een gering aantal inschrijvingen als merk voor bepaalde waren of diensten reeds het gehele palet aan beschikbare kleuren zou kunnen uitputten” (punt 54).

63 — Arrest van 21 juni 2001, Moccia Irme e.a./Commissie (C-280/99 P–C-282/99 P, Jurispr. blz. I-4717, punt 78), en beschikking van 25 april 2002, DSG/Commissie (C-323/00 P, Jurispr. blz. I-3919, punt 34).

64 — Arrest van 19 september 2002, DKV/BHIM (C-104/00 P, Jurispr. blz. I-7561, punt 22), en beschikking van 5 februari 2004, Telefon & Buch/BHIM (C-326/01 P, Jurispr. blz. I-1371, punt 35).

redenen om een ander uitgangspunt te hanteren bij de toetsing van de praktische toepassing door het Gerecht van de criteria waaraan het Hof de inschrijving van kleuren als zodanig als merk heeft onderworpen. Bovendien beweert KWS in het onderhavige geval niet dat het Gerecht de feiten onjuist heeft opgevat.

VI — Conclusie

88. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de hogere voorziening af te wijzen en KWS Saat AG in de kosten te verwijzen.