

ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer)

13 juli 2005 *

In zaak T-242/02,

The Sunrider Corp., gevestigd te Torrance, Californië (Verenigde Staten), aanvankelijk vertegenwoordigd door M. Bra, vervolgens door N. Dontas, advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM), vertegenwoordigd door O. Waelbroeck en P. Geroukalos als gemachtigden,

verweerder,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de eerste kamer van beroep van het BHIM van 30 mei 2002 (zaak R 314/1999-1) inzake een aanvraag tot inschrijving van het woordmerk TOP als gemeenschapsmerk,

* Procestaal: Grieks.

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: H. Legal, kamerpresident, P. Mengozzi en
I. Wyszniowska-Białecka, rechters,

griffier: H. Jung,

gezien het op 14 augustus 2002 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 20 december 2002 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

na de terechtzitting op 24 november 2004,

het navolgende

Arrest

De voorgeschiedenis van het geding

- 1 Op 21 augustus 1997 heeft verzoekster, een vennootschap naar Amerikaans recht, bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) een gemeenschapsmerkaanvraag ingediend.

- 2 Het merk waarvan inschrijving is aangevraagd, is het woordteken TOP. De inschrijvingsaanvraag betrof waren van de klassen 5 en 29 in de zin van de Overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, zoals herzien en gewijzigd. Ze zijn met betrekking tot deze klassen omschreven als volgt:
 - klasse 5: „Voedselcapsules en -poeders op basis van kruiden; voedings-supplement op basis van kruiden”;
 - klasse 29: „Voedingssupplement op basis van kruiden”.
- 3 De aanvraag is ingediend in het Grieks en als tweede taal is het Engels opgegeven.
- 4 Bij brief van 19 maart 1998, die in het Engels is gesteld, heeft de onderzoeker verzoekster laten weten dat het aangevraagde merk op grond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1) niet voor inschrijving in aanmerking kwam.
- 5 Op 19 mei 1998 heeft verzoekster haar opmerkingen ingediend in het Engels. Zij wees er met name op dat haar merk als gevolg van het gebruik dat ervan op wereldniveau was gemaakt, onderscheidend vermogen had verkregen, en dat het bijgevolg op grond van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 voor inschrijving in aanmerking kwam. Voorts voerde zij aan dat het merk TOP reeds was ingeschreven in Canada, Hongarije, Ierland, Korea, Thailand en in de Verenigde Staten en dat een

aanvraag tot inschrijving was ingediend te Hong Kong, in Indonesië, Maleisië en in het Verenigd Koninkrijk. Tot staving van haar betoog heeft zij een kopie van verschillende inschrijvingsbewijzen overgelegd, samen met een aantal andere documenten die in het Engels zijn gesteld of waarbij een Engelse vertaling is gevoegd.

- 6 Bij fax van 9 april 1999 heeft de onderzoeker verzoekster kennis gegeven van de beslissing van dezelfde datum over haar inschrijvingsaanvraag. In deze in het Engels gestelde beslissing wordt aangegeven dat inschrijving is geweigerd op grond dat het aangevraagde merk elk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 en dat het de betrokken waren beschrijft in de zin van artikel 7, lid 1, sub c, van deze verordening. Bovendien wordt verklaard dat uit de door verzoekster aangedragen bewijselementen niet kon worden opgemaakt dat het betrokken merk onderscheidend vermogen had verkregen in de zin van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94.
- 7 Op 7 juni 1999 heeft verzoekster beroep ingesteld tegen de beslissing van 9 april 1999. Het beroepschrift was in het Engels gesteld.
- 8 Op 9 augustus 1999 heeft verzoekster een in het Grieks gestelde schriftelijke uiteenzetting van de gronden van het beroep ingediend, samen met een Engelse vertaling ervan, waarbij zij in haar begeleidende brief heeft gepreciseerd dat de taal van de inschrijvingsprocedure het Grieks was en dat de Engelse vertaling van de schriftelijke uiteenzetting alleen was bijgevoegd om de lezing ervan te vergemakkelijken.
- 9 Bij brief van 3 april 2000 heeft K., die in deze zaak als rapporteur voor de kamer van beroep optrad, verzoekster gevraagd, een standpunt in te nemen over de uitlegging van het begrip „corresponderen” in artikel 115, lid 4, van verordening nr. 40/94 en te preciseren of zij door het gebruik van het Engels tijdens de procedure voor de onderzoeker nadeel had ondervonden, en tevens haar opmerkingen in te dienen

omtrent de toepassing van artikel 7, lid 1, sub b en c, van verordening nr. 40/94. Bovendien werd verzoekster meegedeeld dat zij nieuwe bewijzen mocht overleggen tot staving van haar argument dat haar merk door het gebruik onderscheidend vermogen had verkregen in de zin van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94.

- 10 Op 1 juni 2000 heeft verzoekster bij een in het Engels gestelde fax voor de kamer van beroep nieuwe gegevens aangedragen voor de toepassing van artikel 7, lid 1, sub b, en artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 en heeft zij verschillende documenten overgelegd, die alle in het Engels zijn gesteld.
- 11 Bij brief van 23 mei 2001, die in het Engels is gesteld, werd verzoekster meegedeeld dat voortaan M. de zaak als rapporteur zou behandelen en dat diezelfde dag overeenkomstig artikel 11 van verordening (EG) nr. 216/96 van de Commissie van 5 februari 1996 houdende het Reglement voor de procesvoering bij de kamers van beroep van het BHIM (PB L 28, blz. 11) de voorzitter van het BHIM werd verzocht, zijn opmerkingen in te dienen over de uitlegging van het begrip „corresponderen” in artikel 115, lid 4, van verordening nr. 40/94 en over de gevolgen voor het BHIM van de erkenning dat het BHIM in de procedures ex parte verplicht is, de partijen van zijn beslissingen kennis te geven in de taal waarin de merkaanvraag is gesteld.
- 12 Op 14 februari 2002 heeft de ondervoorzitter van het BHIM belast met juridische zaken zijn opmerkingen ingediend overeenkomstig artikel 11 van verordening nr. 216/96. Deze opmerkingen, die in het Engels zijn gesteld, zijn op 15 februari 2002 aan verzoekster meegedeeld met het verzoek, uiterlijk op 18 april 2002 haar opmerkingen in te dienen. Zij is op dit verzoek niet ingegaan.
- 13 Bij beslissing van 30 mei 2002 in zaak R 314/1999-1 (hierna: „bestreden beslissing”) heeft de eerste kamer van beroep van het BHIM het beroep verworpen.

- 14 In deze beslissing heeft de kamer van beroep in de eerste plaats geoordeeld, onder verwijzing naar met name het arrest van het Gerecht van 12 juli 2001, Kik/BHIM (T-120/99, Jurispr. blz. II-2235, punt 61), dat de bevoegdheid die artikel 115, lid 4, van verordening nr. 40/94 het BHIM verleent om met de aanvrager van een gemeenschapsmerk te corresponderen in de door deze opgegeven tweede taal restrictief moet worden uitgelegd en niet geldt voor procedurehandelingen met beslissingskarakter (punten 20 tot en met 22 van de bestreden beslissing). Bijgevolg heeft zij vastgesteld dat de onderzoeker in casu artikel 115, lid 4, van verordening nr. 40/94 heeft geschonden door verzoekster in het Engels kennis te geven van de beslissing waarbij de procedure van onderzoek van de merkaanvraag wordt beëindigd, terwijl deze aanvraag in het Grieks was ingediend. De kamer van beroep heeft niettemin geoordeeld dat het gebruik van het Engels geen afbreuk had gedaan aan de rechten van verdediging van verzoekster, aangezien verzoekster deze taal zelf had gebruikt in haar briefwisseling met de onderzoeker en later in haar beroepschrift.
- 15 In de tweede plaats heeft de kamer van beroep de beslissing van de onderzoeker vernietigd op grond dat deze met betrekking tot de toepassing van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 ontoereikend is gemotiveerd en de rechten van de verdediging schendt, en heeft zij de terugbetaling van de beroepstaks aan verzoekster gelast. Overeenkomstig artikel 62, lid 1, van verordening nr. 40/94 heeft de kamer van beroep de inschrijvingsaanvraag van verzoekster ten gronde onderzocht en zij heeft deze afgewezen op grond dat het aangevraagde merk de betrokken waren beschrijft en elk onderscheidend vermogen mist, en op grond dat niet is bewezen dat het aangevraagde merk door het gebruik onderscheidend vermogen heeft verkregen.

Conclusies van de partijen

- 16 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:
- de bestreden beslissing te vernietigen, behalve het gedeelte waarin haar verzoek tot vernietiging van de beslissing van de onderzoeker van 9 april 1999 wordt toegewezen en de terugbetaling van de beroepstaks wordt gelast;

- het BHIM te veroordelen tot vergoeding van de vertaalkosten die zij in de procedure voor de onderzoeker en in die voor de kamer van beroep heeft gemaakt;
- subsidiair, het BHIM te veroordelen tot vergoeding van de schade die zij heeft geleden door de buitensporig lange duur van de procedure voor de kamer van beroep;
- in elk geval het BHIM te verwijzen in de kosten, daaronder begrepen de kosten die in de procedure voor de kamer van beroep zijn opgekomen.

17 Het BHIM concludeert dat het het Gerecht behage:

- het beroep te verwerpen;
- verzoekster te verwijzen in de kosten.

De vordering tot vernietiging

18 Primair voert verzoekster in wezen vijf middelen aan ter ondersteuning van haar vordering tot vernietiging. Het eerste middel betreft schending van artikel 115, lid 4, van verordening nr. 40/94. In haar tweede middel beroept verzoekster zich op de buitensporig lange duur van de procedure. Als derde middel stelt zij schending van de rechten van de verdediging. Het vierde middel betreft niet-nakoming van de

motiveringsplicht en het vijfde schending van artikel 7, lid 1, sub b en c, van verordening nr. 40/94.

- 19 Subsidiair voert verzoekster een zesde middel aan, te weten schending van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94.

Het eerste middel: schending van artikel 115, lid 4, van verordening nr. 40/94

Argumenten van partijen

- 20 Volgens verzoekster heeft de kamer van beroep in de bestreden beslissing in de eerste plaats blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door ten onrechte te oordelen dat de beslissing van de onderzoeker niet diende te worden vernietigd wegens schending van artikel 115, lid 4, van verordening nr. 40/94 op grond dat het gebruik van het Engels in deze beslissing en tijdens de procedure voor de onderzoeker geen afbreuk had gedaan aan haar rechten van verdediging. Verzoekster stelt dat het BHIM het gebruik van het Engels heeft opgelegd, hoewel de proceduretaal het Grieks was. Daardoor werd het voor haar moeilijker haar rechten van verdediging uit te oefenen en werd zij verplicht, alle procedurestukken te doen vertalen, hetgeen extra kosten meebracht.
- 21 In de tweede plaats is de bestreden beslissing volgens verzoekster onregelmatig wegens schending van wezenlijke vormvoorschriften, voorzover de kamer van beroep zelf zich in het Engels tot haar is blijven richten. Verzoekster benadrukt inzonderheid dat de brief van 3 april 2000, waarbij de eerste rapporteur in deze zaak haar heeft verzocht, een standpunt in te nemen over een aantal kwesties, betreffende

de draagwijdte van artikel 115, lid 4, van verordening nr. 40/94 en de toepassing van artikel 7, lid 1, sub b en c, en van artikel 7, lid 3, van deze verordening, in het Engels is gesteld. Verder merkt zij op dat de brief van 23 mei 2001, waarbij de nieuwe rapporteur in deze zaak haar liet weten dat de voorzitter van het BHIM overeenkomstig artikel 11 van verordening nr. 216/96 was verzocht, zijn opmerkingen in te dienen, alsmede de nota van 14 februari 2002, die deze laatste in antwoord op dit verzoek heeft opgesteld, eveneens in het Engels zijn gesteld.

- 22 Aangezien de kamer van beroep in haar correspondentie met verzoekster systematisch het Engels heeft gebruikt, is deze laatste ervan uitgaan dat zij verplicht was, in het Engels te antwoorden.
- 23 Aldus is de procedure in een andere taal dan de proceduretaal verlopen, hetgeen in strijd is met artikel 115, lid 4, van verordening nr. 40/94. Deze bepaling, volgens welke het BHIM met de aanvrager kan corresponderen in de door deze laatste opgegeven tweede taal, ziet immers alleen op de begeleidende brieven en op de mededelingen die voor de aanvrager geen rechtsgevolgen sorteren en die geen afbreuk doen aan zijn rechten van verdediging. Dit is in casu anders voor de brief van 3 april 2000, waarbij verzoekster werd gevraagd, haar opmerkingen over een aantal aspecten van de zaak in te dienen en nieuwe documenten over te leggen, en voor de nota van 14 februari 2002 van het kabinet van de voorzitter van het BHIM.
- 24 Het BHIM stelt, zakelijk weergegeven, dat verzoekster door haar gedrag tijdens het onderzoek van haar inschrijvingsaanvraag en tijdens de procedure voor de kamer van beroep heeft ingestemd met het gebruik van het Engels.
- 25 Niet alleen heeft verzoekster zich nooit ertegen verzet dat de onderzoeker met haar in het Engels correspondeerde, zijzelf heeft de onderzoeker ook steeds in deze taal

aangeschreven. Pas in de brief van 9 augustus 1999, met een schriftelijke uiteenzetting van de gronden van het beroep tegen de beslissing van de onderzoeker, heeft verzoekster er voor het eerst over geklaagd dat het Engels werd gebruikt in haar correspondentie met het BHIM en heeft zij geëist dat het Grieks wordt gebruikt. Overigens is verzoekster ook na deze datum het Engels blijven gebruiken in haar correspondentie met de kamer van beroep.

- 26 Het BHIM herinnert er voorts aan dat het Gerecht in punt 61 van zijn arrest Kik/BHIM, reeds aangehaald, heeft geoordeeld dat artikel 115, lid 4, van verordening nr. 40/94 waarborgt dat de taal waarin de merkaanvraag is gesteld, wordt gebruikt als proceduretaal en dus als de taal waarin de procedurehandelingen met beslissingskarakter moeten worden gesteld. Volgens het BHIM is in casu de enige handeling met beslissingskarakter die is gesteld nadat verzoekster voor het eerst had verzocht dat de proceduretaal zou worden gebruikt, de bestreden beslissing, die in het Grieks is gesteld.
- 27 Ten slotte betwist het BHIM verzoeksters argument dat zij door het gebruik van het Engels is belemmerd in de uitoefening van haar rechten van verdediging. Uit de briefwisseling tussen de instanties van het BHIM en verzoekster blijkt immers dat zowel deze laatste, die een Amerikaanse vennootschap is, als haar vertegenwoordiger het Engels begrijpt. Bovendien volgt uit het feit dat alle door verzoekster ingediende opmerkingen en de meeste van de door haar voor het BHIM overgelegde documenten in het Engels zijn gesteld, dat het gebruik van deze taal voor verzoekster in feite het meest voor de hand lag.

Beoordeling door het Gerecht

- 28 Om te beginnen zij opgemerkt dat verzoekster in dit middel in wezen twee afzonderlijke grieven aanvoert. Ten eerste betwist zij de gronden waarop de kamer van beroep heeft geconcludeerd dat, gelet op de omstandigheden van de zaak, de

onregelmatigheid die de onderzoeker heeft begaan door zijn beslissing in het Engels te nemen, geen reden vormde om deze beslissing te vernietigen wegens schending van de rechten van de verdediging. Ten tweede verwijt zij de kamer van beroep een restrictieve uitlegging van artikel 115, lid 4, van verordening nr. 40/94.

- 29 Wat de eerste grief betreft, zij opgemerkt dat de kamer van beroep de beslissing van de onderzoeker heeft vernietigd op andere gronden dan schending van de taalregeling voor de procedure, en dat zijzelf de gemeenschapsmerkaanvraag die aan het onderhavige geding ten grondslag ligt, ten gronde heeft onderzocht. In deze omstandigheden dient, gelet op het feit dat verzoekster niet aanvoert dat de kamer van beroep, na de beslissing van de onderzoeker te hebben vernietigd op grond van schending van artikel 115, lid 4, van verordening nr. 40/94, de zaak naar de onderzoeker had moeten terugwijzen in plaats van zelf de zaak ten gronde te onderzoeken, te worden geoordeeld dat verzoekster er geen belang bij heeft dat het Gerecht nagaat of de kamer van beroep de vernietiging van deze beslissing ten onrechte niet op bovengenoemde grond heeft gebaseerd. Bijgevolg is deze grief niet-ontvankelijk.
- 30 Niettemin moet het Gerecht onderzoeken of de omstandigheid dat aan verzoekster in een andere taal dan de proceduretaal kennis is gegeven van de beslissing van de onderzoeker, enige invloed heeft kunnen hebben op de uitoefening, door verzoekster, van haar recht van beroep en van haar rechten van verdediging tijdens de procedure voor de kamer van beroep en, bijgevolg, op de rechtmatigheid van de bestreden beslissing.
- 31 Wat de tweede grief betreft, zij er allereerst aan herinnerd dat overeenkomstig artikel 115, lid 4, van verordening nr. 40/94, waarin de taalregeling voor de procedures ex parte voor het BHIM is neergelegd, als proceduretaal geldt de taal waarin de gemeenschapsmerkaanvraag is gesteld. Dezelfde bepaling verleent het BHIM de bevoegdheid, met de aanvrager te corresponderen in de door hem opgegeven tweede taal, indien de gemeenschapsmerkaanvraag is gesteld in een andere taal dan de talen van het BHIM.

- 32 Vervolgens zij eraan herinnerd dat het Hof in zijn arrest van 9 september 2003, gewezen op hogere voorziening in de zaak Kik/BHIM (C-361/01 P, Jurispr. blz. I-8283), heeft vastgesteld dat uit artikel 115, lid 4, van verordening nr. 40/94 voortvloeit dat de bevoegdheid om de in de inschrijvingsaanvraag opgegeven tweede taal te gebruiken om met de aanvrager te corresponderen een uitzondering is op het beginsel van het gebruik van de proceduretaal, en dat het begrip corresponderen dus restrictief moet worden uitgelegd (punt 45 van het arrest). Voorts heeft het Hof verklaard dat, aangezien de procedure bestaat uit alle handelingen die voor de afhandeling van een aanvraag moeten worden verricht, onder het begrip „procedurehandelingen” in de zin van artikel 115, lid 4, van verordening nr. 40/94 alle door de communautaire regeling voor de afhandeling van de gemeenschapsmerkaanvraag vereiste of voorziene handelingen vallen, alsmede de handelingen die voor die afhandeling noodzakelijk zijn, of dit nu kennisgevingen zijn, verzoeken tot rectificatie, verzoeken om opheldering dan wel andere handelingen. Al deze handelingen moeten dus door het BHIM worden gesteld in de taal die voor de aanvraag is gebruikt (punt 46 van het arrest). In tegenstelling tot de procedurehandelingen ziet het begrip „corresponderen” in artikel 115, lid 4, tweede volzin, van verordening nr. 40/94 op alle stukken waarvan de inhoud niet kan worden gelijkgesteld met een procedurehandeling, zoals de documenten die het BHIM meestuurt met procedurehandelingen of waarmee het de aanvrager informeert (punt 47 van het arrest).
- 33 Tegen de achtergrond van deze uitlegging dient in casu te worden nagegaan of de bestreden beslissing onregelmatig is wegens schending van artikel 115, lid 4, van verordening nr. 40/94.
- 34 In dit verband zij allereerst vastgesteld dat de mededeling van de eerste rapporteur in deze zaak, K., van 3 april 2000, waarbij verzoekster werd gevraagd, haar opmerkingen in te dienen over een aantal kwesties die in het kader van het beroep waren gerezen, en nieuwe bewijselementen aan te dragen, voor de toepassing van artikel 115, lid 4, van verordening nr. 40/94 zonder enige twijfel valt onder het begrip „procedurehandelingen”, zoals uitgelegd door het Hof in punt 46 van het arrest van 9 september 2003, Kik/BHIM, reeds aangehaald.

- 35 Anders dan de mededeling van M. van 23 mei 2001, waarbij verzoekster alleen op de hoogte werd gebracht van de stand van de procedure en van de stappen die waren ondernomen voor de afhandeling van haar beroep, is haar in de mededeling van 3 april 2000, die op artikel 4, lid 2, van verordening nr. 216/96 is gebaseerd, gevraagd om aanvullende opmerkingen over de taalregeling voor de procedure, en beoogt deze mededeling het onderzoek van de zaak af te ronden.
- 36 Gezien de aard van deze mededeling staat vast dat de kamer van beroep, door zich in een andere taal dan de proceduretaal tot verzoekster te wenden, inbreuk heeft gemaakt op de taalregeling, die krachtens artikel 115, lid 4, van verordening nr. 40/94 van toepassing is op de procedures ex parte voor het BHIM. Bijgevolg is de procedure voor de kamer van beroep onregelmatig.
- 37 De nota van 14 februari 2002 bevat de opmerkingen van de ondervoorzitter van het BHIM, waarom deze was verzocht op grond van artikel 11 van verordening nr. 216/96, dat bepaalt dat de kamer van beroep op eigen initiatief of op schriftelijk en met redenen omkleed verzoek van de voorzitter van het Bureau, deze laatste over vragen van algemeen belang die in het kader van een bij de kamer aanhangige procedure rijzen, om zijn schriftelijke of mondelinge opmerkingen kan verzoeken. Hoewel deze nota een intern document van het BHIM is, vormt zij een procedurehandeling in de betekenis die het Hof daaraan heeft gegeven in punt 46 van het reeds aangehaalde arrest van 9 september 2003, Kik/BHIM. Aangezien artikel 11, tweede volzin, van verordening nr. 216/96 bepaalt dat de partijen het recht hebben, hun beschouwingen in te dienen over de op grond van de eerste volzin ervan gevraagde opmerkingen, vormen deze opmerkingen immers standpunten van het BHIM waarover de partijen het recht hebben, verweer te voeren, en die bijgevolg in de proceduretaal aan de partijen moeten worden meegedeeld.
- 38 Derhalve vertoont de nota van 14 februari 2002, waarin de kamer van beroep verzoekster in een andere taal dan de proceduretaal aanschrijft, in casu dezelfde onregelmatigheid als de mededeling van 3 april 2000.

- 39 In dit stadium dient te worden onderzocht of, gelet op de omstandigheden van de zaak, kan worden geconcludeerd dat de in de punten 36 en 38 hierboven vastgestelde onregelmatigheden in concreto afbreuk hebben gedaan aan de rechten van verdediging van verzoekster. Verder moet worden uitgemaakt of, en in voorkomend geval in welke mate, de omstandigheid dat aan verzoekster in een andere taal dan de taal van de procedure kennis is gegeven van de beslissing van de onderzoeker, hoewel een handeling met beslissingskarakter overduidelijk niet kan worden gelijkgesteld met „corresponderen” in de betekenis die het Hof daaraan heeft gegeven in zijn reeds aangehaald arrest van 9 september 2003, Kik/BHIM, de uitoefening, door verzoekster, van haar recht van beroep heeft kunnen belemmeren.
- 40 In dit verband zij in de eerste plaats opgemerkt dat verzoekster in haar op 9 augustus 1999 ingediende schriftelijke uiteenzetting van de gronden van het beroep tegen de beslissing van de onderzoeker op uitputtende wijze de inhoud van de omstreden beslissing heeft onderzocht en puntsgewijs heeft gerepliceerd op de verschillende stappen in de redenering waarop het dispositief is gebaseerd. Zij heeft tegen deze beslissing niet alleen schending van artikel 115, lid 4, van verordening nr. 40/94 aangevoerd, maar ook twee middelen inzake schending van wezenlijke vormvoorschriften, namelijk schending van haar recht te worden gehoord en ontoereikende en tegenstrijdige motivering, twee middelen over de grond van de zaak, namelijk betwisting van het oordeel van de onderzoeker dat het aangevraagde merk elk onderscheidend vermogen mist en dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94, alsmede een middel betreffende schending van het non-discriminatiebeginsel.
- 41 Blijkens deze schriftelijke uiteenzetting was verzoekster in staat, de motivering van de beslissing van de onderzoeker ten volle te begrijpen en er dus op te repliceren in het kader van haar beroep. In deze omstandigheden kan niet worden geconcludeerd dat de omstandigheid dat aan verzoekster in een andere taal dan de proceduretaal kennis is gegeven van de beslissing van de onderzoeker, in concreto afbreuk heeft gedaan aan de uitoefening van haar recht van beroep of de uitoefening ervan moeilijker heeft gemaakt of op enige wijze de uitoefening van haar rechten van verdediging tijdens de procedure voor de kamer van beroep heeft belemmerd.

- 42 Wat in de tweede plaats de mededeling van K. van 3 april 2000 betreft, dient te worden vastgesteld dat verzoekster bij fax van 1 juni 2000 heeft geantwoord op alle punten die haar daarbij waren meegedeeld. Zij heeft zowel de relevantie als de gegrondheid van de opmerkingen van de rapporteur over schending door de onderzoeker van de taalregeling voor de procedure betwist. Bovendien heeft zij zich niet akkoord verklaard met de zienswijze van de rapporteur betreffende de grief inzake schending van haar recht te worden gehoord, en heeft zij uitgelegd waarom niet kan worden aangenomen dat het aangevraagde merk de betrokken waren beschrijft. Voorts heeft zij gebruik gemaakt van de haar geboden mogelijkheid om nieuwe documenten over te leggen ten bewijze dat het betrokken merk door het gebruik onderscheidend vermogen heeft verkregen.
- 43 In deze omstandigheden dient te worden vastgesteld dat verzoekster in staat is geweest, zowel de draagwijdte van de in de mededeling van 3 april 2000 ter sprake gebrachte kwesties ten volle te begrijpen als gebruik te maken van de haar geboden mogelijkheid om nieuwe bewijsmiddelen aan te dragen.
- 44 Wat ten slotte de nota van 14 februari 2002 met de door de kamer van beroep op grond van artikel 11 van verordening nr. 216/96 gevraagde opmerkingen betreft, zij opgemerkt dat verzoekster niet is ingegaan op het verzoek, een standpunt in te nemen over deze nota. Los van de vraag of dit stilzitten is te wijten aan de omstandigheid dat deze nota aan verzoekster is meegedeeld in een andere taal dan de proceduretaal, zij opgemerkt dat de kamer van beroep de door het kabinet van de voorzitter van het BHIM bepleite uitlegging niet heeft gevolgd. Zelfs al zou verzoekster als gevolg van de taal waarin de nota was gesteld, de inhoud ervan niet ten volle hebben begrepen, deze omstandigheid kan haar verweer in geen geval hebben aangetast.
- 45 Gelet op het voorgaande dient te worden geconcludeerd dat, ondanks de door de kamer van beroep gemaakte procedurefouten, de rechten van verdediging van verzoekster in casu niet zijn geschonden.

46 Derhalve moet het eerste middel worden afgewezen.

Het tweede middel: buitensporig lange duur van de procedure voor de kamer van beroep

Argumenten van partijen

- 47 Verzoekster stelt dat de kamer van beroep artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), ondertekend te Rome op 4 november 1950, heeft geschonden voorzover dat bepaalt dat geschillen binnen een redelijke termijn moeten worden beslecht. Deze bepaling is van toepassing op de kamers van beroep van het BHIM, aangezien deze een rechtsprekende functie uitoefenen en dus de procedurele beginselen van het gemeenschapsrecht, waaronder het beginsel van een redelijke termijn, moeten eerbiedigen.
- 48 Zij merkt op dat in casu op 7 juni 1999 beroep is ingesteld tegen de beslissing van de onderzoeker tot weigering van de inschrijving en dat de bestreden beslissing op 30 mei 2002 is genomen en aan verzoekster is meegedeeld op 24 juni 2002, meer dan twee jaar nadat het beroep was ingesteld. Deze duur is buitensporig lang, temeer daar het gaat om een procedure ex parte.
- 49 Volgens verzoekster is deze buitensporig lange duur een grond voor vernietiging van de bestreden beslissing.

- 50 Het BHIM betwist dat artikel 6 van het EVRM van toepassing is op de kamers van beroep. Hoewel de leden ervan volgens verordening nr. 40/94 tal van garanties inzake onafhankelijkheid moeten bieden, zijn de kamers van beroep slechts een laatste instantie van het BHIM en zijn zij net als het BHIM een bestuursorgaan belast met het beheer van het communautaire merkenstelsel. Een beroep bij een van deze kamers is dus veeleer een intern administratief beroep dan een beroep in rechte.

Beoordeling door het Gerecht

- 51 Opgemerkt zij dat het beginsel van een redelijke termijn, dat als onderdeel van het beginsel van behoorlijk bestuur is overgenomen in artikel 41, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, afgekondigd te Nice op 7 december 2000 (PB 2000, C 364, blz. 1), in alle communautaire administratieve procedures moet worden geëerbiedigd (zie in die zin arresten Gerecht van 22 oktober 1997, SCK en FNK/Commissie, T-213/95 en T-18/96, Jurispr. blz. II-1739; 7 oktober 1999, Irish Sugar/Commissie, T-228/97, Jurispr. blz. II-2969, punt 276, betreffende de procedures inzake de toepassing van de mededingingsregels; 30 september 2003, Aristoteleio Panepistimio Thessalonikis/Commissie, T-196/01, Jurispr. blz. II-3987, punt 229, betreffende een procedure tot intrekking van structuurfondsen; 30 mei 2002, Onidi/Commissie, T-197/00, JurAmbt. blz. I-A-69 en II-325, punt 91, en 12 september 2000, Teixeira Neves/Hof van Justitie, T-259/97, JurAmbt. blz. I-A-169 en II-773, punt 123, betreffende tuchtprocedures tegen gemeenschapsambtenaren).
- 52 Dat beginsel is dus ook van toepassing op de procedures voor de verschillende instanties van het BHIM, waaronder de kamers van beroep.

- 53 Volgens vaste rechtspraak rechtvaardigt schending van het beginsel van een redelijke termijn, voorzover aangetoond, niet de automatische vernietiging van de bestreden beslissing (arrest *Aristoteleio Panepistimio Thessalonikis/Commissie*, reeds aangehaald, punt 233, en de aangehaalde jurisprudentie).
- 54 In casu dient het tweede middel, voorzover verzoekster zich erop beroept ter ondersteuning van haar vordering tot vernietiging, te worden afgewezen, omdat het faalt.
- 55 Overigens heeft de aanvrager in een geval als het onderhavige, waarin bij het BHIM een aanvraag tot inschrijving van een gemeenschapsmerk is ingediend, er geen enkel belang bij dat het Gerecht in het kader van een beroep tot vernietiging van de beslissing van een kamer van beroep houdende bevestiging van de afwijzing van de inschrijvingsaanvraag, deze beslissing vernietigt alleen op grond dat deze is genomen na het verstrijken van een redelijke termijn. Een dergelijke vernietiging heeft immers alleen tot gevolg dat er nog meer tijd verstrijkt alvorens het BHIM een standpunt kan innemen over de inschrijvingsaanvraag, hetgeen in het nadeel van de aanvrager is.

Het derde middel: schending van artikel 73 van verordening nr. 40/94

Argumenten van partijen

- 56 Volgens verzoekster heeft de kamer van beroep artikel 73 van verordening nr. 40/94 geschonden voorzover zij haar oordeel dat het aangevraagde merk elk onderscheidend vermogen mist, in punt 45 van de bestreden beslissing heeft gebaseerd op de resultaten van een opzoeking op internet die niet vooraf aan verzoekster zijn meegedeeld.

- 57 Het BHIM merkt op dat de in punt 45 van de bestreden beslissing genoemde gegevens slechts dienen ter illustratie van de redenering die de kamer van beroep heeft gevolgd om te oordelen dat het betrokken merk elk onderscheidend vermogen mist.

Beoordeling door het Gerecht

- 58 Artikel 73, tweede volzin, van verordening nr. 40/94 bepaalt dat de beslissingen van het BHIM slechts kunnen worden genomen op gronden waartegen de partijen verweer hebben kunnen voeren.
- 59 Overeenkomstig deze bepaling kan een kamer van beroep van het BHIM haar beslissing alleen nemen op grond van de gegevens, feitelijk of rechtens, waarover de partijen hun opmerkingen kenbaar hebben kunnen maken (arrest Hof van 21 oktober 2004, KWS Saat/BHIM, C-447/02 P, Jurispr. blz. I-10107, punt 42). Wanneer de kamer van beroep uit eigen beweging feitelijke gegevens verzamelt die haar beslissing zullen schragen, dient zij deze dus aan de partijen mee te delen zodat dezen hun opmerkingen kenbaar kunnen maken (arrest KWS Saat/BHIM, reeds aangehaald, punt 43).
- 60 In casu heeft de kamer van beroep in punt 45 van de bestreden beslissing opgemerkt dat „de waren waarop de aanvraag betrekking heeft, behoren tot de categorie van waren voor gezonde voeding, waarin woorden als ‚top‘ in het Engelstalige gedeelte van de Gemeenschap vaak worden gebruikt om een lijst van ‚top products‘ voor te stellen, zoals blijkt uit een vluchtige opzoeking op internet”. Vervolgens wordt het adres vermeld van de website waarop deze opzoeking is gedaan.

- 61 Vaststaat echter dat de kamer van beroep de inhoud van deze website noch de resultaten van de in punt 45 van de bestreden beslissing genoemde opzoeking aan verzoekster heeft meegedeeld.
- 62 Daardoor heeft zij artikel 73, tweede volzin, van verordening nr. 40/94 geschonden.
- 63 Opgemerkt zij evenwel dat de kamer van beroep in punt 44 van de bestreden beslissing heeft geoordeeld dat „het woord ‚top‘ momenteel een algemene, gangbare of vaak gebruikte benaming voor de betrokken waren is, net als de woorden ‚best‘, ‚excellent‘ en ‚super‘”. In punt 46 heeft zij geoordeeld dat „het woord ‚top‘ alleen is gebruikt om het doelpubliek te informeren over een van de kenmerken van de betrokken waren, namelijk dat het gaat om de beste voedingssupplementen die op de markt beschikbaar zijn”, en zij heeft daaruit geconcludeerd dat „het doelpubliek dat met de betrokken waren en diensten wordt geconfronteerd, aan het woord ‚top‘ bijgevolg alleen de hierboven omschreven evidente betekenis zal toekennen, en dit woord niet als een merk zal opvatten”.
- 64 Deze motivering, die is gebaseerd op een redenering die losstaat van de resultaten van de in punt 45 van de bestreden beslissing genoemde opzoeking op internet, en die verzoekster overigens reeds kende aangezien ook de onderzoeker ze had gevolgd, volstaat ter rechtvaardiging van de afwijzing van het onderhavige middel.
- 65 De vaststelling die de kamer van beroep in punt 45 van de bestreden beslissing op basis van opzoeken heeft gedaan en waaruit blijkt dat woorden als „top” voor de betrokken waren vaak worden gebruikt om een lijst van „top products” voor te stellen, dient slechts ter onderbouwing van de conclusie dat het woord „top” een gangbare of vaak gebruikte benaming voor de betrokken waren is, en vormt bijgevolg geen noodzakelijke grond voor de afwijzing van de inschrijvingsaanvraag.

- 66 Hieruit volgt dat de omstandigheid dat punt 45 van de bestreden beslissing niet voldoet aan de eisen van artikel 73, tweede volzin, van verordening nr. 40/94 de vernietiging van die beslissing niet kan meebrengen [zie in die zin arrest KWS Saat/ BHIM, reeds aangehaald, punt 50, en arrest Gerecht van 31 maart 2004, Fieldturf/ BHIM (LOOKS LIKE GRASS... FEELS LIKE GRASS... PLAYS LIKE GRASS), T-216/02, Jurispr. blz. II-1023, punt 41].
- 67 Derhalve kan het door verzoekster ter ondersteuning van haar vordering tot vernietiging aangevoerde derde middel niet worden aanvaard.

Het vierde middel: ontoereikende motivering

Argumenten van partijen

- 68 Verzoekster stelt dat de motivering van de bestreden beslissing slechts vage en onbepaalde verklaringen bevat die niet de nodige steun kunnen bieden aan de conclusie van de kamer van beroep dat het aangevraagde merk de betrokken waren beschrijft en elk onderscheidend vermogen mist.
- 69 Met name in het deel van de motivering betreffende het onderzoek van het onderscheidend vermogen van het betrokken teken, worden in de bestreden beslissing alleen elementen behandeld die passen in een onderzoek op grond van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94, en wordt er met betrekking tot de toepassing van artikel 7, lid 1, sub b, van deze verordening geen afzonderlijke redenering ontwikkeld, hetgeen niet voldoet aan de eisen die worden gesteld in de

vaste rechtspraak van het Gerecht en, inzonderheid, in het arrest van 27 februari 2002, Eurocool Logistik/BHIM (EUROCOOL) (T-34/00, Jurispr. blz. II-683, punt 25), waarin is geoordeeld dat de absolute weigeringsgronden van artikel 7, lid 1, sub b en c, van verordening nr. 40/94 autonome weigeringsgronden zijn met elk een eigen toepassingsgebied.

70 Verzoekster leidt daaruit af dat de bestreden beslissing ontoereikend is gemotiveerd.

71 Het BHIM concludeert dat dit middel moet worden afgewezen, aangezien de motivering van de bestreden beslissing verzoekster in staat stelt, kennis te nemen van de redenen voor de afwijzing van haar inschrijvingsaanvraag.

Beoordeling door het Gerecht

72 De verplichting voor het BHIM om zijn beslissingen met redenen te omkleden is neergelegd in artikel 73, eerste volzin, van verordening nr. 40/94 en volgens vaste rechtspraak moet deze motivering het mogelijk maken, in voorkomend geval de redenen voor afwijzing van de inschrijvingsaanvraag te kennen en de bestreden beslissing gefundeerd te betwisten [arrest Gerecht van 9 oktober 2002, KWS Saat/BHIM (Tint oranje), T-173/00, Jurispr. blz. II-3843, punten 54 en 55; zie eveneens in die zin arresten Gerecht van 31 januari 2001, Taurus-Film/BHIM (Cine Action), T-135/99, Jurispr. blz. II-379, punt 35, en Taurus-Film/BHIM (Cine Comedy), T-136/99, Jurispr. blz. II-397, punt 35].

- 73 In casu heeft de kamer van beroep in punt 38 van de bestreden beslissing uiteengezet op welke gronden zij tot de conclusie is gekomen dat het aangevraagde merk de betrokken waren beschrijft, namelijk vooral het feit dat dit merk uitsluitend bestaat uit een lovende beschrijving die in de handel kan dienen om de consument in te lichten over de topkwaliteit van de betrokken waren.
- 74 Anders dan verzoekster stelt, blijkt uit de punten 41 tot en met 50 van de bestreden beslissing bovendien dat de kamer van beroep aan de hand van een autonome redenering die uitgaat van de vaststelling dat het ter inschrijving voorgedragen teken bestaat uit een algemene, gangbare of vaak gebruikte benaming voor de betrokken waren, tot de conclusie is gekomen dat dit teken elk onderscheidend vermogen mist.
- 75 Hieruit volgt dat de weliswaar beknopte motivering van de bestreden beslissing verzoekster in staat heeft gesteld, kennis te nemen van de redenen voor de afwijzing van haar inschrijvingsaanvraag en haar middelen in het kader van het onderhavige beroep gefundeerd uit te werken.
- 76 Derhalve moet het vierde middel, betreffende niet-nakoming van de motiveringsplicht, ongegrond worden verklaard.

Het vijfde middel: schending van artikel 7, lid 1, sub b en c

Argumenten van partijen

- 77 Verzoekster merkt in de eerste plaats op dat het in artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94 geformuleerde verbod van inschrijving als gemeenschaps-

merk van zuiver beschrijvende tekens tot doel heeft, te voorkomen dat tekens worden ingeschreven die, doordat ze overeenstemmen met de gebruikelijke benaming van de categorie van betrokken waren of diensten, niet geschikt zijn om de onderneming die de door deze tekens aangeduide waren of diensten op de markt brengt, te individualiseren. Volgens verzoekster kunnen dus alleen tekens die de consument kan gebruiken om rechtstreeks en specifiek de kwaliteit aan te duiden of om op dezelfde wijze een kenmerk van de in de inschrijvingsaanvraag opgegeven waren of diensten te omschrijven, als zuiver beschrijvende tekens worden aangemerkt.

78 In casu heeft de kamer van beroep slechts vage en algemene verklaringen gegeven, maar niet aangetoond dat de term „top”, waaruit het aangevraagde merk bestaat, in een van de verschillende betekenissen ervan wordt gebruikt of kan worden gebruikt ter aanduiding van een kwalitatieve eigenschap van de betrokken waren.

79 In de tweede plaats merkt verzoekster met betrekking tot de toepassing van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 op dat het onderscheidend vermogen van een teken moet worden beoordeeld met betrekking tot de waren waarvoor inschrijving van dat teken is aangevraagd.

80 Vervolgens herinnert zij eraan dat volgens de rechtspraak van het Gerecht niet op basis van de vaststelling alleen dat het teken waarvan inschrijving is aangevraagd, wordt gekenmerkt door het ontbreken van originaliteit of van een aanvullend verbeeldingselement, kan worden geconcludeerd dat dit teken elk onderscheidend vermogen mist.

81 Bijgevolg kan elk teken, ook al bestaat het uit een of meerdere woorden uit de omgangstaal en bezit het geen origineel of creatief aspect, als gemeenschapsmerk worden ingeschreven op voorwaarde dat het de herkomst van de waren of de diensten die het moet aanduiden, kan identificeren.

- 82 De onderzoeker noch de kamer van beroep heeft echter aangetoond dat de term „top”, waarvan inschrijving is aangevraagd, deze functie niet kan vervullen.
- 83 Integendeel, het betrokken teken, dat uit een eenvoudig en kort woord bestaat, gemakkelijk te onthouden valt en in alle talen van de Gemeenschap gemakkelijk uit te spreken is, kan verzoeksters waren individualiseren en onderscheiden van de waren van een andere fabrikant.
- 84 Het BHIM merkt allereerst, met betrekking tot de toepassing van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94, op dat het aangevraagde merk uitsluitend bestaat uit een woord dat kan dienen om een van de kenmerken van de betrokken waren te beschrijven. Het BHIM preciseert dat het woord „top” een lovende term is die in het Engels courant wordt gebruikt om de goede kwaliteit van de betrokken waren te beschrijven, en geen merkbaar verschil met de in de omgangstaal gebruikte terminologie vertoont waardoor de betrokken consumenten deze term zouden kunnen opvatten als een aanduiding van de commerciële herkomst van de betrokken waren.
- 85 Wat vervolgens verzoeksters grief inzake schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 betreft, merkt het BHIM op dat het woord „top” in het Engels een gebruikelijke prijzende term is en doorgaans als generieke benaming wordt gebruikt zowel in de algemene sector van voedingsmiddelen als in de specifieke sector van voedingsmiddelen en -supplementen op basis van kruiden. Bovendien heeft de kamer van beroep terecht geoordeeld dat het relevante publiek de term „top” niet waarneemt als een aanduiding van de commerciële herkomst van de betrokken waren, doch veeleer als informatie over de kwaliteit van deze waren.

Beoordeling door het Gerecht

- 86 Allereerst moet verzoeksters tweede grief, betreffende schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, worden onderzocht.
- 87 Artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 bepaalt dat inschrijving van „merken die elk onderscheidend vermogen missen” wordt geweigerd.
- 88 Tekens die elk onderscheidend vermogen missen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, zijn ongeschikt voor het vervullen van de wezenlijke functie van het merk, te weten de commerciële herkomst van de waar of dienst aan te geven zodat de consument die de door dit merk aangeduide waar heeft verkregen of aan wie de door dit merk aangeduide dienst is verleend, bij een latere aankoop of opdracht, in geval van een positieve ervaring, die keuze kan herhalen of, in geval van een negatieve ervaring, een andere keuze kan maken [arrest Gerecht van 9 oktober 2002, Dart Industries/BHIM (UltraPlus), T-360/00, Jurispr. blz. II-3867, punt 42)].
- 89 Het onderscheidend vermogen van een teken kan alleen worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving is aangevraagd, en uitgaande van de perceptie van het relevante publiek (arrest UltraPlus, reeds aangehaald, punt 43).
- 90 In casu heeft de kamer van beroep het gebrek aan onderscheidend vermogen van de term „top” afgeleid uit de vaststelling dat deze term lovend is en een gangbare of vaak gebruikte benaming voor de betrokken waren vormt (punten 44 en 46 van de

bestreden beslissing). Voorts heeft de kamer van beroep geoordeeld dat de consument deze term zal opvatten als een middel waarmee de fabrikant de kwaliteit van zijn waren beklemtoont, en hem dus niet zal beschouwen als een teken dat de herkomst van de waren aangeeft (punt 46 van de bestreden beslissing).

- 91 Om te beginnen zij opgemerkt dat voor de vaststelling dat een teken onderscheidend vermogen heeft, niet is vereist dat het om een origineel of fantasierijk teken gaat (zie in die zin arresten *Cine Action*, reeds aangehaald, punt 31; *EUROCOOL*, reeds aangehaald, punt 45, en *UltraPlus*, reeds aangehaald, punt 45).
- 92 Met betrekking tot het relevante publiek zij opgemerkt, zoals de kamer van beroep heeft gedaan zonder op dit punt door verzoekster te zijn weersproken, dat voedingsmiddelen en -supplementen op basis van kruiden bestemd zijn voor algemeen gebruik zodat de consument er niet dermate aandacht aan besteedt dat zijn perceptie van het teken daardoor wordt beïnvloed. Bijgevolg bestaat het relevante publiek uit normaal geïnformeerde en redelijk oplettende en omzichtige gemiddelde consumenten [zie in die zin arrest Hof van 22 juni 1999, *Lloyd Schuhfabrik Meyer*, C-342/97, Jurispr. blz. I-3819, punt 26; arrest Gerecht van 7 juni 2001, *DKV/BHIM (EuroHealth)*, T-359/99, Jurispr. blz. II-1645, punt 27, en arrest *UltraPlus*, reeds aangehaald, punt 46].
- 93 Allereerst zij vastgesteld dat de term „top”, die uit het Engels komt, maar ook in andere talen van de Gemeenschap gangbaar is, behoort tot de categorie van superlatieven en kan worden gebruikt als een zelfstandig of attributief substantief. Het ter inschrijving voorgedragen merk, dat uitsluitend uit deze term bestaat, moet dus uit grammaticaal oogpunt worden beschouwd als een zelfstandig naamwoord.

- 94 Vervolgens zij opgemerkt dat de term „top”, anders dan de term „ultraplus” in de zaak die tot het reeds aangehaalde arrest UltraPlus heeft geleid, in casu wordt gebruikt in zijn gebruikelijke grammaticale structuur en niet „duidelijk afwijkt van een correcte constructie op lexicaal vlak” in de zin van het reeds aangehaalde arrest UltraPlus (punt 47).
- 95 Hoewel het teken „top” als gevolg van zijn algemene betekenis die de aard, de functie, de kwaliteit of een van de eigenschappen van om het even welke waar of dienst op onbepaalde wijze aanprijst, de consument niet in staat stelt, zich voor te stellen over welk soort waren of diensten het gaat, kan dit woordteken bovendien, juist vanwege het gebruik ervan als algemene prijzende term in de omgangstaal en in de handel, toch niet worden beschouwd als een teken dat geschikt is om de commerciële herkomst van de erdoor aangeduide waren te individualiseren en dus om de wezenlijke functie van het merk te vervullen.
- 96 Hoewel — zoals verzoekster opmerkt — het relevante publiek een dergelijk teken gemakkelijk en onmiddellijk zal onthouden, moet de omstandigheid dat dit teken als zodanig door om het even welke fabrikant of dienstverrichter kan worden gebruikt om voor zijn waren of diensten reclame te maken, ertoe leiden dat het gebruik ervan niet aan een enkele onderneming wordt voorbehouden, zelfs al zou een dergelijke exclusiviteit slechts gelden voor een specifieke sector, zoals die van de voedingsmiddelen en —supplementen op basis van kruiden, en soortgelijke waren.
- 97 Uit het voorgaande volgt dat de kamer van beroep geen beoordelingsfout heeft gemaakt door te concluderen dat het ter inschrijving voorgedragen merk elk onderscheidend vermogen mist.
- 98 De tweede grief die verzoekster in het kader van haar vijfde middel heeft aangevoerd, moet dus ongegrond worden verklaard.

- 99 Aangezien het bestaan van een van de in artikel 7, lid 1, van verordening nr. 40/94 genoemde absolute weigeringsgronden voldoende is om de weigering van inschrijving van een merk te rechtvaardigen, dient het vijfde middel te worden afgewezen, zonder dat de eerste grief, betreffende onjuiste toepassing van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94, hoeft te worden onderzocht, aangezien deze grief in casu in elk geval faalt.

Het subsidiair aangevoerde zesde middel: beoordelingsfout bij de toepassing van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94

Argumenten van partijen

- 100 Volgens verzoekster heeft de kamer van beroep de gegevens die zij heeft aangedragen ten bewijze dat het aangevraagde merk door het gebruik onderscheidend vermogen heeft verkregen in de zin van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94, onjuist beoordeeld. Zij verwijt de kamer van beroep met name dat zij deze verschillende gegevens afzonderlijk en niet globaal heeft beoordeeld. Wanneer deze gegevens in hun geheel worden beoordeeld, blijkt daaruit dat verzoekster haar merk intensief heeft gebruikt voordat de inschrijvingsaanvraag werd ingediend.
- 101 Volgens het BHIM heeft de kamer van beroep terecht geoordeeld dat de door verzoekster aangedragen gegevens niet aantonen dat het merk door het gebruik onderscheidend vermogen heeft verkregen.

Beoordeling door het Gerecht

- 102 Uit de punten 53 tot en met 55 van de bestreden beslissing blijkt dat de kamer van beroep de uittreksels van catalogi die verzoekster als bewijs had overgelegd, als niet-relevant heeft afgedaan op grond dat het niet mogelijk was, te bepalen wanneer deze waren gedrukt noch op welke schaal ze bij het publiek in de Gemeenschap waren verspreid. De kamer van beroep heeft evenmin rekening gehouden met verzoeksters verkoopcijfers, op grond dat deze niet gedetailleerd waren, niet door een boekhouder voor echt waren verklaard, en niet door facturen werden gestaafd.
- 103 Aangaande de uittreksels van de door verzoekster uitgegeven productfolder „Sun spot” van juli 1993, januari 1995, februari 1996, juni 1996 en augustus 1997 heeft de kamer van beroep in punt 56 van de bestreden beslissing geoordeeld dat bij gebreke van nadere gegevens over de oplage en de gebieden waarin dit drukwerk is verspreid, deze publicatie geen element oplevert dat kan aantonen dat het ter inschrijving voorgedragen merk onderscheidend vermogen heeft verkregen in het betrokken deel van de Gemeenschap.
- 104 Vaststaat echter dat verzoekster zelfs geen poging onderneemt om op te komen tegen de conclusie van de kamer van beroep dat de overgelegde bewijsstukken niet relevant zijn of niet voldoende bewijskracht hebben om in casu de toepassing van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 te rechtvaardigen.
- .
- 105 Zij verwijt de kamer van beroep alleen, de verschillende bewijselementen fragmentarisch te hebben onderzocht en niet globaal te hebben beoordeeld.

- 106 In deze omstandigheden kan worden volstaan met de vaststelling dat de kamer van beroep geen beoordelingsfout heeft gemaakt door de relevantie en de bewijskracht van de door verzoekster aangedragen bewijselementen, te weten allerhande documenten en informatie, afzonderlijk te beoordelen.
- 107 Het door verzoekster subsidiair aangevoerde zesde middel dient dus te worden afgewezen.
- 108 Gelet op een en ander dient de vordering tot vernietiging te worden afgewezen.

De overige vorderingen

De vordering tot veroordeling van het BHIM tot vergoeding van de vertaalkosten die verzoekster tijdens de procedure voor de onderzoeker en tijdens de procedure voor de kamer van beroep heeft gemaakt

Argumenten van partijen

- 109 Verzoekster stelt dat zij verplicht is geweest, alle procedurestukken in het Engels te doen vertalen, omdat de onderzoeker en de kamer van beroep systematisch een andere taal dan de proceduretaal hebben gebruikt. Daardoor heeft zij kosten gemaakt die volgens haar ten laste van het BHIM moeten komen.

110 Het BHIM verzet zich tegen deze vordering van verzoekster.

Beoordeling door het Gerecht

111 Vaststaat dat verzoekster tot staving van haar vordering geen elementen heeft aangedragen waaruit blijkt dat haar stelling juist is, en hoeveel vertaalkosten zij heeft gemaakt.

112 In deze omstandigheden kan deze vordering alleen maar worden afgewezen.

De subsidiaire vordering tot vergoeding van de schade die is geleden door de buitensporig lange duur van de procedure voor de kamer van beroep

Argumenten van partijen

113 Verzoekster vordert subsidiair vergoeding van de schade die zij als gevolg van de volgens haar buitensporig lange duur van de procedure voor de kamer van beroep heeft geleden.

- 114 Het BHIM merkt op dat verzoekster niet heeft aangegeven welke schade zij heeft geleden doordat de kamer van beroep de redelijke termijn heeft overschreden. Bovendien kan de duur van de procedure voor de kamer van beroep, gelet op de omstandigheden van de zaak, niet als buitensporig lang worden beschouwd.

Beoordeling door het Gerecht

- 115 Het volstaat op te merken dat verzoekster niet het minste gegeven heeft aangedragen ten bewijze dat zij enige schade heeft geleden als gevolg van de volgens haar buitensporig lange duur van de procedure voor de kamer van beroep.
- 116 In deze omstandigheden dient verzoeksters vordering tot vergoeding van de schade die zij stelt te hebben geleden als gevolg van de buitensporig lange duur van de procedure voor de kamer, te worden afgewezen.
- 117 Gelet op een en ander dient het beroep in zijn geheel te worden verworpen.

Kosten

- 118 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dat is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van het BHIM te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) Het beroep wordt verworpen.**
- 2) Verzoekster wordt verwezen in de kosten.**

Legal

Mengozzi

Wiszniewska-Białecka

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 13 juli 2005.

De griffier

De president van de Vierde kamer

H. Jung

H. Legal