

ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

30 juni 2005\*

In zaak C-286/04 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie, ingesteld op 29 juni 2004,

**Eurocermex SA**, gevestigd te Evere (België), vertegenwoordigd door A. Bertrand, advocat,

rekwirante,

andere partij in de procedure:

**Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM)**, vertegenwoordigd door A. Rassat als gemachtigde,

verweerder in eerste aanleg,

\* Procestaal: Frans.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann, kamerpresident, K. Lenaerts, K. Schiemann, E. Juhász en M. Ilešič (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: D. Ruiz-Jarabo Colomer,  
griffier: R. Grass,

gezien de stukken,

gelet op de beslissing, de advocaat generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

**Arrest**

- <sup>1</sup> In haar hogere voorziening verzoekt Eurocermex SA om vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 29 april 2004, Eurocermex/BHIM (Vorm van bierfles) (T-399/02, Jurispr. blz. II-1391;

hierna: „bestreden arrest”), houdende verwerping van haar beroep tot vernietiging van de beslissing van de eerste kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (hierna: BHIM) van 21 oktober 2002 (zaak R 188/2002-1), waarbij de inschrijving is geweigerd van een driedimensionaal merk bestaande in de vorm van een fles met lange hals waarin een schijfje citroen is vastgeklemd en waarvoor de kleuren geel en groen worden geclaimd (hierna: „omstreden beslissing”).

### Het rechtskader

- 2 Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1) bepaalt in artikel 7, met het opschrift „Absolute weigeringsgronden”:

„Geweigerd wordt inschrijving van:

[...]

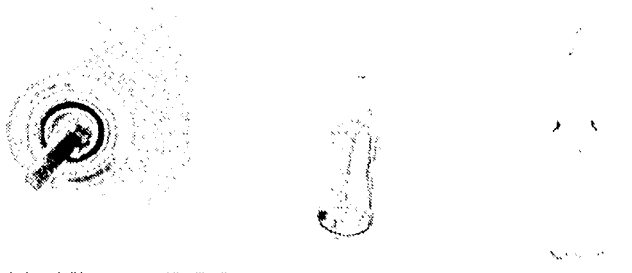
- b) merken die elk onderscheidend vermogen missen;

[...]

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

### De voorgeschiedenis van het geding

- 3 Op 27 november 1998 diende rekwirante, die het Mexicaanse bier CORONA op het Europese grondgebied in de handel brengt en verdeelt, bij het BHIM krachtens verordening (EG) nr. 40/94 een aanvraag tot inschrijving van een driedimensionaal gemeenschapsmerk in.
  
- 4 Het merk waarvan de inschrijving wordt aangevraagd, bestaat uit de driedimensionale vorm en de kleuren geel en groen van een doorzichtige, met een gele vloeistof gevulde fles met een lange hals waarin een schijfje citroen met groene schil is vastgeklemd.



- 5 De waren en diensten waarvoor de inschrijving van het merk is aangevraagd, behoren tot de klassen 16, 25, 32 en 42 in de zin van de Overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, zoals herzien en gewijzigd.
  
- 6 Bij beslissing van 21 december 2001 heeft de onderzoeker van het BHIM de aanvraag afgewezen voor de waren „bieren, minerale en gazeuse wateren, vruchtensappen” van klasse 32 en de diensten „restaurants, bars, snackbars” van klasse 42, 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 rekwirante niet had bewezen dat het merk onderscheidend vermogen heeft verkregen door het gebruik ervan.
  
- 7 Bij de omstreden beslissing heeft de eerste kamer van beroep van het BHIM de beslissing van de onderzoeker vernietigd voorzover deze de aanvraag met betrekking tot de waren „minerale wateren” van klasse 32 had afgewezen. Voor het overige heeft de kamer de beslissing van de onderzoeker bevestigd.

### **De procedure voor het Gerecht en het bestreden arrest**

- 8 Rekwirante heeft het Gerecht verzocht om vernietiging van de omstreden beslissing voorzover daarbij haar aanvraag tot inschrijving van het betrokken merk is

afgewezen voor de waren „bieren, gazeuse wateren, vruchtensappen” en de diensten „restaurants, bars, snackbars”.

- 9 Met haar eerste middel betoogt zij dat het merk geen onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, en met haar tweede middel dat het merk in elk geval als gevolg van het gebruik dat ervan is gemaakt, onderscheidend vermogen heeft verkregen in de zin van artikel 7, lid 3, van deze verordening.
  
- 10 Met betrekking tot het eerste middel heeft het Gerecht, zich met name baserend op zijn arrest van 2 juli 2002, SAT.1/BHIM (SAT.2) (T-323/00, Jurispr. blz. II-2839), in punt 18 van het bestreden arrest geoordeeld dat de merken die elk onderscheidend vermogen missen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 „met name die [zijn] welke vanuit het oogpunt van het relevante publiek gewoonlijk in de handel worden gebruikt voor de voorstelling van de betrokken waren of diensten, of waarvoor er op zijn minst concrete aanwijzingen bestaan waaruit kan worden opgemaakt dat de merken op deze wijze kunnen worden gebruikt”.
  
- 11 In punt 25 van ditzelfde arrest heeft het Gerecht overwogen dat, al moet voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een samengesteld merk, zoals het aangevraagde merk, dit merk in zijn geheel worden beschouwd, dit niet onverenigbaar is met een achtereenvolgend onderzoek van de verschillende bestanddelen ervan.

- 12 Met betrekking tot in de eerste plaats de waren „bieren, gazeuse wateren en vruchtensappen” heeft het Gerecht — na in de punten 26 en 27 de in de merkaanvraag weergegeven fles, in punt 28 het schijfje citroen en in punt 29 de gebruikte kleuren achtereenvolgens te hebben onderzocht -- in punt 30 van het bestreden arrest geconcludeerd dat „het aangevraagde merk is [...] samengesteld uit bestanddelen die elk afzonderlijk courant in de handel kunnen worden gebruikt bij de presentatie van de in de merkaanvraag bedoelde waren, en dus met betrekking tot deze waren geen onderscheidend vermogen hebben”.
- 13 In punt 31 van dat arrest heeft het Gerecht overwogen dat „het feit dat een samengesteld merk slechts bestaat uit bestanddelen zonder onderscheidend vermogen met betrekking tot de betrokken waren of diensten, de conclusie [wettigt] dat dit merk ook in zijn geheel beschouwd gewoonlijk in de handel kan worden gebruikt voor de presentatie van deze waren of diensten (arrest [Gerecht SAT.1/BHIM (SAT.2), reeds aangehaald], punt 49)” en dat „[e]en dergelijke conclusie [...] alleen [kan] worden ontkracht wanneer concrete aanwijzingen, zoals inzonderheid de wijze waarop de verschillende bestanddelen zijn gecombineerd, erop duiden dat het samengestelde merk, in zijn geheel beschouwd, méér weergeeft dan de som van de bestanddelen ervan”.
- 14 In punt 32 van dat arrest heeft het Gerecht overwogen dat dergelijke aanwijzingen niet bestonden, met name op grond dat „[w]at [...] de structuur van het aangevraagde merk betreft, die wordt gekenmerkt door het in een flessenhals vastgeklemd schijfje citroen, [...] moeilijk een andere mogelijkheid [valt] te bedenken om deze bestanddelen in één driedimensionaal geheel samen te brengen” en dat „een drank die rechtstreeks uit de fles wordt gedronken, alleen op deze wijze met een stuk of een schijfje citroen op smaak worden gebracht”. In de punten 33 en 34 van het bestreden arrest heeft het Gerecht hieraan toegevoegd: „De eventuele verschillen tussen de vorm en de kleur van het aangevraagde merk en de vorm en de

kleur van andere flessen waarin de betrokken waren worden verpakt, kunnen niet afdoen aan [de] conclusie [dat het merk elk onderscheidend vermogen mist].”

- 15 Het Gerecht heeft dan ook in punt 35 van het bestreden arrest geoordeeld dat het aangevraagde merk niet in staat stelt de waren „bieren, gazeuse wateren en vruchtensappen” te identificeren en van waren met een andere commerciële herkomst te onderscheiden. Voor deze waren mist dit merk dus elk onderscheidend vermogen.
  
- 16 Met betrekking tot in de tweede plaats de diensten „restaurants, bars, snackbars” heeft het Gerecht in punt 36 van het bestreden arrest opgemerkt dat deze met name de verkoop van de waren „bieren, gazeuse wateren, vruchtensappen” beogen, en dat de omstandigheid dat het aangevraagde merk in de handel courant kan worden gebruikt voor de presentatie van deze waren, een concrete aanwijzing vormt dat dit merk ook voor de presentatie van deze diensten in de handel courant kan worden gebruikt, en met betrekking tot deze diensten dus elk onderscheidend vermogen mist.
  
- 17 Aangaande het tweede middel heeft het Gerecht in de punten 50 tot en met 54 van het bestreden arrest overwogen dat rekwirante niet heeft bewezen dat het aangevraagde merk als gevolg van het gebruik dat ervan is gemaakt in de gehele Gemeenschap onderscheidend vermogen heeft verkregen in de zin van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94.



## De hogere voorziening

18 In het kader van haar hogere voorziening voert rekwirante twee middelen aan en concludeert zij dat het het Hof behage:

- het bestreden arrest te vernietigen;
  
- de omstreden beslissing te vernietigen.

19 Het BHIM verzoekt het Hof, de hogere voorziening af te wijzen en rekwirante te verwijzen in de kosten.

*Het eerste middel: schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94*

Het eerste onderdeel, betreffende het in aanmerking nemen van de totaalindruk van het aangevraagde merk

20 Met het eerste onderdeel van haar eerste middel betoogt rekwirante dat het Gerecht in het kader van zijn beoordeling van het onderscheidend vermogen van het

aangevraagde merk niet, zoals het had moeten doen, de totaalindruk die dit merk oproept, heeft onderzocht, maar een onjuiste benadering heeft gevolgd, die erin bestond, dit merk te analyseren en de vorm van de fles, de aanwezigheid van het stukje citroen en de gebruikte kleuren afzonderlijk te onderzoeken.

- 21 Het BHIM antwoordt dat uit de punten 25 en 31 tot en met 36 van het bestreden arrest blijkt dat het Gerecht op basis van een onderzoek van dit merk in zijn geheel beschouwd tot de conclusie is gekomen dat het aangevraagde merk geen onderscheidend vermogen heeft voor de betrokken waren en diensten.
- 22 Zoals het Hof herhaaldelijk heeft vastgesteld en zoals het Gerecht overigens in herinnering heeft gebracht in punt 25 van het bestreden arrest, neemt de gemiddelde consument een merk gewoonlijk als een geheel waar en let hij niet op de verschillende details ervan. Om te beoordelen of een merk onderscheidend vermogen heeft, dient dus de door dit merk opgeroepen totaalindruk te worden onderzocht (zie met name arresten van 29 april 2004, Procter & Gamble/BHIM, C-468/01 P–C-472/01 P, Jurispr. blz. I-5141, punt 44, en 7 oktober 2004, Mag Instrument/BHIM, C-136/02 P, Jurispr. blz. I-9165, punt 20).
- 23 Dit impliceert evenwel niet dat de bevoegde autoriteit, die moet nagaan of het aangevraagde merk door het publiek kan worden opgevat als een aanduiding van de herkomst, niet eerst een achtereenvolgend onderzoek van de verschillende voor dit merk gebruikte elementen van de aanbiedingsvorm kan verrichten. Het kan voor die autoriteit immers nuttig zijn om tijdens de globale beoordeling elk bestanddeel van het betrokken merk te onderzoeken (zie met name arrest Procter & Gamble/BHIM, reeds aangehaald, punt 45).

- 24 In casu heeft het Gerecht, na in de punten 26 tot en met 29 van het bestreden arrest achtereenvolgens de in het aangevraagde merk weergegeven fles, het schijfje citroën en de gebruikte kleuren te hebben onderzocht, in punt 30 van dit arrest geconcludeerd dat dit merk is samengesteld uit bestanddelen die geen onderscheidend vermogen hebben met betrekking tot de waren „bieren, gazeuse wateren en vruchtensappen”.
- 25 In punt 31 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat „het feit dat een samengesteld merk [zoals het aangevraagde merk] slechts bestaat uit bestanddelen zonder onderscheidend vermogen met betrekking tot de betrokken waren of diensten, de conclusie [wettigt] dat dit merk ook in zijn geheel beschouwd gewoonlijk in de handel kan worden gebruikt voor de presentatie van deze waren of diensten”.
- 26 Zoals het Hof in zijn arrest van 16 september 2004, SAT.1/BHIM (C-329/02 P, Jurispr. blz. I-8317, punt 35) heeft geoordeeld, moet voor de beoordeling of een samengesteld merk elk onderscheidend vermogen mist, worden uitgegaan van de totaalindruk die de gemiddelde consument van dit merk heeft, en niet van de veronderstelling dat bestanddelen die afzonderlijk gezien onderscheidend vermogen missen, ook bij combinatie ervan dat vermogen niet kunnen hebben.
- 27 In die zaak, die betrekking had op de inschrijving van de woordcombinatie „SAT.2” als merk, heeft het Hof het arrest van het Gerecht SAT.1/BHIM (SAT.2), reeds

aangehaald, vernietigd op grond dat de weigering tot inschrijving van deze woordcombinatie was gebaseerd op die veronderstelling. Het Hof heeft namelijk vastgesteld dat het Gerecht de door de woordcombinatie gewekte totaalindruk slechts subsidiair had onderzocht en relevantie had ontzegd aan gegevens zoals het bestaan van een element van fantasie, die bij dat onderzoek in aanmerking moesten worden genomen (arrest Hof SAT.1/BHIM, reeds aangehaald, punt 35).

- 28 In het bestreden arrest heeft het Gerecht, na elk bestanddeel van het aangevraagde merk afzonderlijk te hebben onderzocht, eveneens overwogen dat ervan moet worden uitgegaan dat het merk elk onderscheidend vermogen mist. Anders dan bij de beoordeling in het arrest SAT.1/BHIM (SAT.2), reeds aangehaald, heeft het Gerecht zijn analyse evenwel voortgezet door grondig te onderzoeken of dit merk, in zijn geheel beschouwd, een dergelijk vermogen bezit.
- 29 Aldus heeft het in punt 32 van het bestreden arrest vastgesteld dat, „[w]at inzonderheid de structuur van het aangevraagde merk betreft, die wordt gekenmerkt door het in de flessenhals vastgeklemd schijfje citroen, [...] moeilijk een andere mogelijkheid [valt] te bedenken om deze bestanddelen in één driedimensionaal geheel samen te brengen”, alsmede dat „een drank die rechtstreeks uit de fles wordt gedronken, alleen op deze wijze met een stuk of een schijfje citroen op smaak [kan] worden gebracht” en dat bijgevolg „de wijze waarop de bestanddelen van het betrokken samengestelde merk zijn gecombineerd, dit merk geen onderscheidend vermogen kan verlenen”.
- 30 Daarnaast heeft het Gerecht in punt 33 van dit arrest geoordeeld: „De eventuele verschillen tussen de vorm en de kleur van het aangevraagde merk en de vorm en de kleuren van de flessen waarin de betrokken waren worden verpakt, kunnen niet

afdoen aan deze conclusie [met betrekking tot het ontbreken van onderscheidend vermogen van genoemd merk]”, want „[i]n zijn geheel beschouwd verschilt het aangevraagde merk niet wezenlijk van de in de handel gebruikelijke basisvormen voor de verpakking van de betrokken waren, maar blijkt het veeleer een variant van deze vormen te zijn”.

31 Ten slotte heeft het in punt 35 van genoemd arrest geconcludeerd: „Het aangevraagde merk stelt de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument dus niet in staat de waren waarop de merkaanvraag betrekking heeft, te identificeren en ze van die met een andere commerciële herkomst te onderscheiden.”

32 Hieruit volgt dat het Gerecht zijn beoordeling van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk correct heeft gebaseerd op de totaalindruk die door de vorm en de schikking van de kleuren van het aangevraagde merk wordt opgeroepen, zoals de in punt 22 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak eist.

33 Derhalve is het eerste onderdeel van het eerste middel ongegrond.

Het tweede onderdeel, betreffende het erkennen van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk

- 34 Met het tweede onderdeel van haar eerste middel betoogt rekwirante dat uit de stukken waarnaar de eerste kamer van beroep van het BHIM verwijst, blijkt dat het aangevraagde merk consumenten ten volle in staat stelt om de herkomst van de waren die met dit merk worden aangeduid, te herkennen.
- 35 Aangaande de in het aangevraagde merk weergegeven fles, die wordt gebruikt voor de verpakking van het bier CORONA, voert rekwirante drie argumenten aan. In de eerste plaats betoogt zij dat, behalve voor enkele Mexicaanse bieren waarvan de producenten in rechte zijn veroordeeld wegens inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten, voor de op de communautaire markt in de handel gebrachte bieren hetzij gebruik wordt gemaakt van brede flessen met stevige onderkant en een halslengte die kleiner is dan eenderde van de totale lengte, hetzij van flessen die, wanneer de vorm ervan analoog is aan die van de weergegeven fles, over het algemeen niet transparant zijn. Voorts vertoont de fles die traditioneel voor vruchtensappen wordt gebruikt, geen enkele gelijkenis met de weergegeven fles, behalve dat zij in wit glas wordt vervaardigd. Ten slotte is de gemiddelde consument er niet aan gewend dat 33-centiliter flessen worden gebruikt voor limonade, aangezien deze drank ter verkoop wordt aangeboden in flessen van 1 liter, zelfs van 1,5 liter.
- 36 Bovendien verlenen de extra elementen (stukje citroen en kleuren geel en groen) samen met deze bijzondere flesvorm het aangevraagde merk in zijn geheel in elk geval onderscheidend vermogen. In het bijzonder is het gebruik om een stukje citroen in de flessenhals te klemmen eigen aan de waren van rekwirante. Alleen het bier dat onder het merk SOL in de handel wordt gebracht, wordt aangeboden met een stukje citroen in de flessenhals, maar daarbij gaat het duidelijk om het overnemen van de traditie van het drinken van de waren van het merk CORONA.

37 Zo was volgens rekwirante het samengaan van deze bijzondere flesvorm, het stukje citroen en de geclaimde kleuren geel en groen, specifiek voor haar waren op de datum waarop zij haar aanvraag bij het BHIM heeft ingediend. De gemiddelde consument zou dus aan het aangevraagde merk de herkomst van de waren en diensten die hiermee worden aangeduid, kunnen herkennen.

38 Rekwirante voegt hieraan toe dat in elk geval niet kan worden volgehouden dat het volstrekt normaal is om vruchtensappen en limonade met een stukje citroen op smaak te brengen.

39 Het BHIM concludeert primair tot niet-ontvankelijkverklaring van het tweede onderdeel van het eerste middel van de hogere voorziening.

40 Enerzijds herhaalt rekwirante immers ten dele haar reeds in eerste aanleg gevoerde feitelijke betoog zonder concrete grieven te formuleren tegen het bestreden arrest. Een dergelijk middel is evenwel niets anders dan een vordering tot heronderzoek van het bij het Gerecht ingediende verzoekschrift, hetgeen volgens artikel 58 van het Statuut van het Hof van Justitie niet tot de bevoegdheid van het Hof behoort.

- 41 Anderzijds komt haar betoog neer op een betwisting van de feitelijke beoordeling door het Gerecht. Deze beoordeling vormt echter — behoudens het geval van een onjuiste opvatting van de feitelijke gegevens die aan het Gerecht zijn voorgelegd — geen rechtsvraag die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof in het kader van een hogere voorziening. Het BHIM stelt zich op het standpunt dat uit de door het Gerecht gedane vaststellingen niet blijkt van een onjuiste opvatting van de feiten die aan het Gerecht zijn voorgelegd. Overigens beroept rekwirante zich niet op een dergelijke onjuiste opvatting.
- 42 Dienaangaande volgt uit artikel 225 EG, artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie en artikel 112, lid 1, eerste alinea, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof dat een hogere voorziening duidelijk moet aangeven tegen welke onderdelen van het arrest waarvan de vernietiging wordt gevorderd, zij is gericht, en welke argumenten rechtens die vordering specifiek staven (zie met name arresten van 4 juli 2000, Bergaderm en Goupil/Commissie, C-352/98 P, Jurispr. blz. I-5291, punt 34, en 23 maart 2004, Ombudsman/Lamberts, C-234/02 P, Jurispr. blz. I-2803, punt 76).
- 43 Bovendien is volgens artikel 225 EG, juncto artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie hogere voorziening beperkt tot rechtsvragen. Het Gerecht is dus bij uitsluiting bevoegd om de relevante feiten vast te stellen en te beoordelen, alsook om de bewijselementen te beoordelen. De beoordeling van deze feiten en bewijselementen levert dus, behoudens het geval van een onjuiste opvatting daarvan, geen rechtsvraag op die als zodanig in hogere voorziening vatbaar is voor toetsing door het Hof (arrest Mag Instrument/BHIM, reeds aangehaald, punt 39).
- 44 In casu beperkt rekwirante zich in het tweede onderdeel van haar eerste middel tot de verklaring dat het Gerecht ten onrechte heeft geconcludeerd dat het



aangevraagde merk geen onderscheidend vermogen heeft, en preciseert zij niet hoe het Gerecht bij uitlegging en toepassing van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

45 Rekwirante verzoekt het Hof dus in werkelijkheid zijn eigen beoordeling van de feiten in de plaats te stellen van de beoordeling die het Gerecht in het kader van zijn onderzoek naar het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk heeft verricht.

46 Aangezien in casu niet blijkt van een onjuiste opvatting van de feiten en de bewijselementen door het Gerecht, moet het tweede onderdeel van het eerste middel niet-ontvankelijk worden verklaard om de in punt 43 van dit arrest genoemde redenen.

Het derde onderdeel, betreffende de motivering van de omstreden beslissing met betrekking tot de diensten „restaurants, bars en snackbars”

47 Met het derde onderdeel van haar eerste middel betoogt rekwirante dat de eerste kamer van beroep van het BHIM op geen enkele wijze aangeeft waarom het aangevraagde merk niet geschikt is om de door rekwirante aangeboden diensten „restaurants, bars en snackbars” te onderscheiden van door andere ondernemingen aangeboden diensten.

48 Het BHIM antwoordt dat met betrekking tot de weigering om het aangevraagde merk voor genoemde diensten in te schrijven, punt 36 van het bestreden arrest de beoordeling door het Gerecht rechtens afdoende motiveert.

- 49 Dienaangaande volgt, zoals in punt 42 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, uit artikel 225 EG, artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie en artikel 112, lid 1, eerste alinea, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, dat een hogere voorziening duidelijk moet aangeven tegen welke onderdelen van het arrest waarvan de vernietiging wordt gevorderd, zij is gericht, en welke argumenten rechtens die vordering specifiek staven.
- 50 Een hogere voorziening die slechts de reeds voor het Gerecht aangevoerde middelen en argumenten herhaalt, en zelfs geen argumenten naar voren brengt waarmee specifiek wordt aangegeven op welk punt het bestreden arrest op een onjuiste rechtsopvatting zou berusten, voldoet niet aan dit vereiste. Een dergelijke hogere voorziening beoogt immers in werkelijkheid slechts een nieuw onderzoek van het bij het Gerecht ingediende verzoek, iets waartoe het Hof niet bevoegd is (zie met name reeds aangehaalde arresten Bergaderm en Goupil/Commissie, punt 35, en Ombudsman/Lamberts, punt 77).
- 51 In casu beperkt rekwirante zich ertoe haar in eerste aanleg gevoerde betoog met betrekking tot het onvoldoende motiveren van de omstreden beslissing te herhalen, en preciseert zij niet in welk opzicht het Gerecht in het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.
- 52 Derhalve is het derde onderdeel van het eerste middel niet-ontvankelijk en moet dit middel in zijn geheel worden afgewezen.

*Het tweede middel: schending van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94*

- 53 Rekwirante betoogt dat, gelet op de stukken, voor het aangevraagde merk op ruime schaal, constant en voortdurend reclame is gemaakt, zodat het publiek dit merk volledig associeert met de onderneming van rekwirante.
- 54 Het BHIM verzoekt het Hof primair, bepaalde als bijlage bij het verzoekschrift gevoegde documenten niet-ontvankelijk te verklaren op grond dat zij noch voor de eerste kamer van beroep van het BHIM noch voor het Gerecht zijn overgelegd.
- 55 Voorts betoogt het BHIM dat rekwirante zich beperkt tot een samenvatting van de feiten die zij voor het Gerecht heeft aangedragen, zonder aan te voeren dat het Gerecht in het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, zodat het Hof niet bevoegd is, over dit middel te oordelen.
- 56 In dit verband beoogt de stelling van rekwirante dat uit de stukken blijkt dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen heeft verkregen door het gebruik dat

ervan is gemaakt, in werkelijkheid te bewerkstelligen dat het Hof zijn eigen beoordeling van de feiten in de plaats stelt van de beoordeling die het Gerecht in de punten 48 tot en met 54 van het bestreden arrest heeft verricht.

- 57 Aangezien in het kader van het onderhavige middel niet is gesteld dat het Gerecht de hem voorgelegde feiten of bewijselementen onjuist heeft opgevat, dient dit middel om de in punt 43 van dit arrest genoemde redenen niet-ontvankelijk te worden verklaard zonder dat het verzoek van het BHIM om bepaalde als bijlage bij het verzoekschrift gevoegde stukken buiten beschouwing te laten omdat zij noch voor de eerste kamer van beroep van het BHIM noch voor het Gerecht zijn overgelegd, behoeft te worden onderzocht.
- 58 Derhalve dient de hogere voorziening in haar geheel te worden afgewezen.

## **Kosten**

- 59 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van dit reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen voorzover dit is gevorderd. Aangezien rekwirante in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van het BHIM worden verwezen in de kosten.

Het Hof (Eerste kamer) verklaart:

- 1) **De hogere voorziening wordt afgewezen.**
  
- 2) **Eurocermex SA wordt verwezen in de kosten.**

ondertekeningen