



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

7 mei 2015*

„Hogere voorziening — Gemeenschapsmerk — Verordening (EG) nr. 207/2009 — Artikel 7, lid 1, onder b) — Absolute weigeringsgrond — Geen onderscheidend vermogen — Driedimensionaal teken bestaande in een cilindervormige fles”

In zaak C-445/13 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 2 augustus 2013,

Voss of Norway ASA, gevestigd te Oslo (Noorwegen), vertegenwoordigd door F. Jacobacci en B. La Tella, advocati,

rekwirante,

ondersteund door:

International Trademark Association, gevestigd te New York (Verenigde Staten), vertegenwoordigd door T. De Haan, avocat, F. Folmer en S. Klos, advocaten, en S. Helmer, solicitor,

andere partijen in de procedure:

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

verweerder in eerste aanleg,

Nordic Spirit AB (publ),

partij in de procedure voor de kamer van beroep van het BHIM,

wijst

HET HOF (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: S. Rodin, kamerpresident, A. Borg Barthet (rapporteur) en E. Levits, rechters,

advocaat-generaal: M. Szpunar,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

* Procestaal: Engels.

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

Arrest

- 1 Voss of Norway ASA (hierna: „Voss”) verzoekt het Hof om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie Voss of Norway/BHIM – Nordic Spirit (Cilindervormige fles) (T-178/11, EU:T:2013:272; hierna: „bestreden arrest”), waarbij het Gerecht heeft verworpen 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) (BHIM) van 12 januari 2011 (zaak R 785/2010-1) inzake een nietigheidsprocedure tussen Nordic Spirit AB (publ) (hierna: „Nordic Spirit”) en Voss (hierna: „litigieuze beslissing”).

Toepasselijke bepalingen

Verordening nr. 207/2009

- 2 Bij verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het gemeenschapsmerk (PB L 78, blz. 1), die op 13 april 2009 in werking is getreden, is verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1) ingetrokken en vervangen.
- 3 In artikel 7 van verordening nr. 207/2009, met als opschrift „Absolute weigeringsgronden”, is bepaald:
„1. Geweigerd wordt inschrijving van:
[...]
b) merken die elk onderscheidend vermogen missen;
[...].”
- 4 Artikel 52 van deze verordening, met als opschrift „Absolute nietigheidsgronden”, bepaalt in lid 1:
„Het gemeenschapsmerk wordt op vordering bij het Bureau of op reconventionele vordering in een inbreukprocedure nietig verklaard, wanneer
a) het is ingeschreven in strijd met artikel 7;
[...].”
- 5 Artikel 55, lid 2, van deze verordening luidt:
„In de mate waarin het nietig verklaard is, wordt het gemeenschapsmerk geacht van de aanvang af geen rechtsgevolgen als bedoeld in deze verordening te hebben gehad.”
- 6 Artikel 99 van diezelfde verordening bepaalt:
„1. De rechtbanken voor het gemeenschapsmerk beschouwen het gemeenschapsmerk als geldig, tenzij dit door de gedaagde bij een reconventionele vordering tot vervallenverklaring of nietigverklaring wordt bestreden.

2. De geldigheid van een gemeenschapsmerk kan niet worden aangevochten met een vordering tot vaststelling van niet-inbreuk.

3. In de in artikel 96, onder a) en c), bedoelde rechtsvorderingen kunnen het verval of de nietigheid van het gemeenschapsmerk op een andere wijze dan bij een reconventionele vordering alleen worden opgeworpen, indien de gedaagde stelt dat het gemeenschapsmerk vervallen kan worden verklaard wegens onvoldoende gebruik of nietig kan worden verklaard wegens een ouder recht van de gedaagde.”

Verordening nr. 2868/95

- 7 Regel 37 van 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), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 355/2009 van de Commissie van 31 maart 2009 (PB L 109, blz. 3), bepaalt:

„Een vordering bij het Bureau tot vervallen-, respectievelijk nietigverklaring van een gemeenschapsmerk overeenkomstig artikel [56 van verordening nr. 207/2009] behelst:

[...]

- b) met betrekking tot de gronden waarop de vordering berust:

[...]

- iv) een opgave van de feiten, bewijsmateriaal en argumenten die ter staving van deze gronden worden aangevoerd;

[...]”

Voorgeschiedenis van het geding en de litigieuze beslissing

- 8 Op 3 december 2004 heeft Voss krachtens verordening nr. 40/94 bij het BHIM het hierna weergegeven driedimensionale gemeenschapsmerk onder nummer 3156163 (hierna: „betwist merk”) doen inschrijven:



- 9 De waren waarvoor het betwiste merk is ingeschreven, behoren tot de klassen 32 en 33 in de zin van

de Overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, zoals herzien en gewijzigd. Zij zijn omschreven als volgt:

- klasse 32: Bieren; niet-alcoholische dranken; water;
 - klasse 33: Alcoholhoudende dranken (uitgezonderd bieren).
- 10 Op 17 juli 2008 heeft Nordic Spirit nietigverklaring van het betwiste merk gevorderd op grond van enerzijds artikel 51, lid 1, onder a), van verordening nr. 40/94, gelezen in samenhang met artikel 7, lid 1, onder a) tot en met e), i) tot en met iii), ervan, en anderzijds artikel 51, lid 1, onder b), van deze verordening.
 - 11 Bij beslissing van 10 maart 2010 heeft de nietigheidsafdeling van het BHIM deze vordering tot nietigverklaring in haar geheel afgewezen.
 - 12 Zij was met name van oordeel dat de vorm van het betwiste merk niet „gangbaar” op de markt voor dranken was en deze vorm wegens het contrast tussen de doorzichtige buik van de fles en de dop in hoge mate verschilde van de bestaande flessen en daarom kon dienen als merk.
 - 13 Op 6 mei 2010 heeft Nordic Spirit op grond van de artikelen 58 tot en met 64 van verordening nr. 207/2009 bij het BHIM beroep tegen deze beslissing van de nietigheidsafdeling ingesteld.
 - 14 Bij de litigieuze beslissing heeft de eerste kamer van beroep van het BHIM (hierna: „kamer van beroep”) deze beslissing vernietigd en de vordering tot nietigverklaring toegewezen.
 - 15 Zij was in wezen van oordeel dat gelet op de rechtspraak volgens welke consumenten in eerste instantie een loutere functie van verpakking toeschrijven aan flessen met de betrokken waren [arrest Devely/BHIM (Vorm van een plastic fles), T-129/04, EU:T:2006:84], moest worden aangenomen dat consumenten het etiket op de fles lezen om te weten wat de herkomst is van de waar en om die waar te onderscheiden van andere waren.
 - 16 De kamer van beroep was bovendien van mening dat geen enkel bewijs was geleverd tot staving van rekwirantes betoog dat de gemiddelde consument in staat is de vorm van de verpakking van de betrokken waren waar te nemen als een aanduiding van de commerciële herkomst ervan aangezien deze vorm voldoende kenmerken vertoont om zijn aandacht vast te houden.
 - 17 Deze kamer heeft voorts geoordeeld dat Voss geen enkel bewijs had aangedragen tot staving van haar stelling dat Nordic Spirit ten onrechte had aangevoerd dat flessen mineraal water of flessen met een andere drank onveranderlijk woord- en beeldelementen bevatten en de consumenten het om deze reden gewend waren om de commerciële herkomst van de betrokken waren niet op basis van het design van de fles maar op basis van deze elementen te identificeren.
 - 18 Ten slotte heeft deze kamer geoordeeld dat de betrokken vorm van de fles niet op significante wijze afweek van de vorm van andere verpakkingen die in de Europese Unie worden gebruikt voor alcoholische of niet-alcoholische dranken, maar slechts een variant daarop vormde.

Procedure voor het Gerecht en bestreden arrest

- 19 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 18 maart 2011, heeft Voss beroep tot vernietiging van de litigieuze beslissing ingesteld.
- 20 Rekwirante heeft in dat beroep vier middelen aangevoerd.

- 21 Het eerste middel betrof schending van artikel 75 van verordening nr. 207/2009 doordat de kamer van beroep in wezen haar redenering had gebaseerd op elementen die niet ter kennis van rekwirante waren gebracht en waartegen zij geen verweer had kunnen voeren.
- 22 Het tweede middel betrof schending van artikel 99 van verordening nr. 207/2009 en van regel 37, onder b), iv), van verordening nr. 2868/95 doordat de kamer van beroep ten onrechte de bewijslast van het onderscheidend vermogen van het betwiste merk bij rekwirante had gelegd hoewel dat merk was ingeschreven en dus werd vermoed geldig te zijn.
- 23 Het derde middel betrof schending van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 en onjuiste uitlegging van de rechtspraak inzake het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken doordat de kamer van beroep de test die in de rechtspraak is ontwikkeld ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van een driedimensionaal merk dat bestaat in de verpakking van een vloeistof en wordt gevormd door de uiterlijke verschijningsvorm van de waar zelf, waarbij moet worden beoordeeld of het merk op significante wijze afwijkt van de norm of wat gangbaar is in de betrokken sector, heeft vervangen door een andere test op basis van het belang dat moet worden gehecht aan de etiketten of de andere markeringspraktijken in die sector.
- 24 Het vierde middel ten slotte betrof schending van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 en onjuiste opvatting van de bewijzen van het bestaan van een significante afwijking van wat in de drankensector de norm of gangbaar is, doordat de kamer van beroep ten onrechte had geoordeeld dat het betwiste merk onderscheidend vermogen miste.
- 25 Ter terechtzitting voor het Gerecht heeft rekwirante evenwel verklaard van haar eerste middel af te zien.
- 26 Vooraf heeft het Gerecht vastgesteld dat de litigieuze beslissing steunt op een redenering die wordt gedragen door twee gescheiden en van elkaar onafhankelijke pijlers.
- 27 In punt 27 van het bestreden arrest heeft het Gerecht erop gewezen dat de kamer van beroep in de punten 18 tot en met 35 van de litigieuze beslissing, die overeenkomen met het gedeelte van de redenering dat volgens het Gerecht de „eerste pijler” vormt, in wezen heeft geoordeeld dat het algemeen bekend is dat dranken nagenoeg altijd in flessen, blikjes of andere verpakkingen met een etiket of een woord- of grafisch element worden verkocht, deze aanduidingen de consument in staat stellen de waren op de markt te onderscheiden en Voss haar stelling dat dit niet zo is, niet met bewijzen had gestaafd.
- 28 In punt 28 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat de kamer van beroep in de punten 36 tot en met 41 van de litigieuze beslissing, die overeenkomen met het gedeelte van de redenering dat het Gerecht heeft omschreven als de „tweede pijler”, een autonoom onderzoek van het onderscheidend vermogen van het betwiste merk heeft verricht en, kort gezegd, tot de slotsom is gekomen dat de betrokken fles niet op significante wijze afwijkt van de vorm van andere flessen op de markt voor alcoholische en niet-alcoholische dranken en daarop slechts een variant is, zodat het betwiste merk niet op significante wijze afwijkt van de norm of wat gangbaar is in de betrokken sector.
- 29 In punt 29 van het bestreden arrest heeft het Gerecht gepreciseerd dat de partijen in antwoord op een vraag die daarover is gesteld ter terechtzitting, hadden bevestigd dat de litigieuze beslissing berust op een redenering die steunt op twee gescheiden en van elkaar onafhankelijke pijlers. Voorts heeft het Gerecht in punt 30 van het bestreden arrest aangegeven dat Voss ter terechtzitting had verduidelijkt dat haar tweede middel enkel tegen de eerste pijler was gericht.
- 30 Het Gerecht heeft het derde middel onderzocht voor zover dat was gericht tegen de tweede pijler, alsook het vierde middel.

- 31 Het Gerecht heeft, in de eerste plaats, het derde middel afgewezen voor zover dat was gericht tegen deze tweede pijler.
- 32 In punt 55 van het bestreden arrest heeft het Gerecht met name geoordeeld dat het betwiste merk bestaat uit een combinatie van elementen en dat elk element daarvan, dat in de handel gewoonlijk kan worden gebruikt als verpakking voor de in de inschrijvingsaanvraag opgegeven waren, voor deze waren onderscheidend vermogen mist.
- 33 Aangaande de driedimensionale vorm van het betwiste merk heeft het Gerecht in punt 51 van het bestreden arrest geoordeeld dat algemeen bekend is dat het merendeel van de op de markt beschikbare flessen een cilindervormig deel bevat. Daaruit heeft het Gerecht afgeleid dat het voor de gemiddelde consument normaal is dat flessen voor alcoholische en niet-alcoholische dranken doorgaans deze vorm hebben. Het Gerecht heeft daaruit geconcludeerd dat de omstandigheid dat de betrokken fles „perfect cilindervormig” is, ook al kan dit tot op zekere hoogte blijk van originaliteit geven, niet kan worden beschouwd als een significante afwijking van de norm of wat gangbaar is in de betrokken sector.
- 34 Met betrekking tot de ondoorzichtige dop heeft het Gerecht in punt 52 van het bestreden arrest geoordeeld dat dit element moeilijk kan worden beschouwd als een significante afwijking van de norm of wat gangbaar is in deze sector, aangezien algemeen bekend is dat zeer veel flessen worden gesloten met een dop in een materiaal dat en een kleur die verschilt van wat wordt gebruikt voor de buik van de fles.
- 35 Aangaande de diameter van de dop, die even groot is als de diameter van de fles, heeft het Gerecht in punt 53 van het bestreden arrest geoordeeld dat die diameter slechts een variant op de bestaande vormen is en niet kan worden beschouwd als een significante afwijking van de norm of wat gangbaar is in deze sector, ook al wordt aangenomen dat dit element tot op zekere hoogte blijk van originaliteit geeft.
- 36 In punt 57 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat uit het feit dat een samengesteld merk uitsluitend bestaat uit elementen zonder onderscheidend vermogen voor de betrokken waren, in de regel kan worden geconcludeerd dat dit merk, in zijn geheel beschouwd, onderscheidend vermogen mist. Bovendien, aldus het Gerecht, kan deze conclusie slechts worden ontkracht ingeval concrete aanwijzingen zoals met name de wijze waarop deze verschillende elementen worden gecombineerd, erop duiden dat dit samengestelde merk, in zijn geheel beschouwd, meer weergeeft dan de som van de elementen ervan.
- 37 In punt 58 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat in casu geen dergelijke aanwijzingen voorhanden zijn aangezien de wijze waarop de elementen van het als het betwiste merk ingeschreven driedimensionale teken worden gecombineerd, niet meer weergeeft dan de som van de elementen waaruit dit merk bestaat, namelijk een fles met een ondoorzichtige dop, naar het evenbeeld van de meeste flessen die op de betrokken markt bestemd zijn om alcoholische of niet-alcoholische dranken te bevatten.
- 38 Daaruit heeft het Gerecht in punt 59 van het bestreden arrest afgeleid dat de kamer van beroep geen blijk van een onjuiste opvatting had gegeven door te oordelen dat de gemiddelde consument van de Unie het betwiste merk, in zijn geheel beschouwd, waarneemt als louter een variant op de vorm van de waren waarvoor inschrijving van dat merk is aangevraagd.
- 39 In punt 60 van het bestreden arrest luidt de conclusie van het Gerecht dat de kamer van beroep in de punten 36 en volgende van de litigieuze beslissing concreet had toegepast de in de rechtspraak ontwikkelde test ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van driedimensionale tekens,

waarbij dient te worden onderzocht of het betrokken teken op significante wijze afwijkt van de norm of wat gangbaar is in de betrokken sector wanneer het gaat om de verpakking van een vloeistof en dit teken bestaat in de uiterlijke verschijningsvorm van de waar zelf.

- 40 In de tweede plaats heeft het Gerecht in de punten 62 tot en met 91 van het bestreden arrest het vierde middel dat Voss had aangevoerd ter onderbouwing van haar beroep, van de hand gewezen. De kamer van beroep heeft volgens het Gerecht immers terecht geoordeeld dat het betwiste merk onderscheidend vermogen mist en niet daadwerkelijk verschilt van de verpakkingsvormen die doorgaans voor de betrokken waar in de drankensector worden gebruikt doch veeleer een variant op die vormen is.
- 41 Het Gerecht heeft tevens geoordeeld dat aan deze conclusie niet kon worden afgedaan door rekwirantes argumenten.
- 42 Aangaande in het bijzonder het argument van Voss dat de kamer van beroep, door een cilindervorm te vergelijken met een cilindervormige doorsnede, de bewijzen van het dossier onjuist heeft opgevat aangezien een cilindervormige doorsnede uit wiskundig oogpunt niet bestaat, heeft het Gerecht geoordeeld dat er geen reden kon zijn om aan te nemen dat deze kamer in punt 37 van de litigieuze beslissing aan de uitdrukking „cylindrical section” een wiskundige betekenis heeft willen geven in de zin van de „weergave van een doorsnede van een meetkundige vorm”. Volgens het Gerecht moet het woord „section” daarentegen worden opgevat als „een van de min of meer onderscheiden delen waarin iets is of kan worden opgedeeld of waaruit iets bestaat” („any of the more or less distinct parts into which something is or may be divided or from which it is made up”, *Oxford Dictionary*).
- 43 In de punten 92 tot en met 96 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat het tweede middel alsook het derde middel niet kunnen slagen voor zover het derde middel was gericht tegen de eerste pijler van de redenering waarop de litigieuze beslissing steunt.
- 44 Het heeft immers geoordeeld dat volgens vaste rechtspraak, wanneer het dictum van een beslissing van het BHIM berust op een redenering die wordt gedragen door verschillende pijlers, waarbij elke pijler op zich volstaat om dit dictum te rechtvaardigen, deze handeling in beginsel slechts kan worden vernietigd indien elk van deze pijlers onrechtmatig is. Ook al zouden de middelen gericht tegen de eerste pijler van de redenering waarop de litigieuze beslissing berust gegrond zijn, dit zou, volgens het Gerecht, echter geen invloed hebben op het dictum van deze beslissing aangezien de tweede pijler van deze redenering niet onrechtmatig is.
- 45 Dienaangaande heeft het Gerecht in punt 95 van het bestreden arrest gepreciseerd dat „ook al zou de kamer van beroep ten onrechte hebben geoordeeld dat algemeen bekend is dat dranken nagenoeg altijd worden verkocht in flessen met een etiket of een woord- of grafisch element, deze aanduidingen de consument in staat stellen de waren op de markt te onderscheiden en [rekwirante] haar stelling dat dit niet zo is, niet met bewijzen heeft gestaafd, deze overwegingen geen invloed hebben op de conclusie op basis van de in de punten 46 tot en met 91 [van het bestreden arrest] rechtmatig bevonden beoordelingen waarbij wordt vastgesteld dat het betwiste merk onderscheidend vermogen mist”.
- 46 Gelet op al het voorgaande heeft het Gerecht het door Voss bij het Gerecht ingestelde beroep verworpen.

Conclusies van de partijen voor het Hof

- 47 Voss verzoekt het Hof:
- het bestreden arrest te vernietigen en

— het BHIM te verwijzen in de kosten.

48 Het BHIM verzoekt het Hof:

— de hogere voorziening af te wijzen en

— Voss te verwijzen in de kosten.

49 De International Trademark Association (hierna: „INTA”), die bij beschikking van de president van het Hof Voss of Norway/BHIM (C-445/13 P, EU:C:2014:202) is toegelaten tot interventie aan de zijde van Voss, verzoekt het Hof:

— het bestreden arrest te vernietigen en

— te beslissen dat zij haar eigen kosten zal dragen.

Hogere voorziening

50 Ter onderbouwing van haar hogere voorziening voert Voss zes middelen aan.

Eerste middel

Argumenten van partijen

51 Met haar eerste middel verwijt rekwirante het Gerecht het tweede middel ter onderbouwing van haar beroep in eerste aanleg niet te hebben onderzocht; met dat tweede middel had rekwirante gesteld dat de kamer van beroep de bewijslast van het onderscheidend vermogen van het betwiste merk ten onrechte bij haar had gelegd hoewel het betwiste merk was ingeschreven en werd vermoed geldig te zijn.

52 Dienaangaande stelt zij dat het Gerecht dit tweede middel heeft afgewezen uitsluitend omdat het willekeurig heeft aangenomen dat dit middel gericht was tegen de eerste pijler van de redenering waarop de litigieuze beslissing rust, hoewel dat middel duidelijk gericht was tegen de tweede pijler, zoals omschreven in punt 28 van het bestreden arrest.

53 Het BHIM betwist rekwirantes betoog en concludeert tot afwijzing van dit eerste middel.

Beoordeling door het Hof

54 Voss verwijt het Gerecht in wezen wijziging van de omschrijving van het onderscheid tussen de twee pijlers van de redenering in de litigieuze beslissing zoals dat onderscheid ter terechtzitting voor het Gerecht was overeengekomen.

55 Volgens rekwirante zijn de eerste en de tweede pijler in de punten 27 en 28 van het bestreden arrest omgekeerd omschreven ten opzichte van de omschrijving zoals die ter terechtzitting voor het Gerecht was overeengekomen.

56 Bijgevolg heeft het Gerecht blijk van een onjuiste rechtsopvatting gegeven door het tweede middel dat Voss ter onderbouwing van haar beroep in eerste aanleg had aangevoerd, namelijk dat de kamer van beroep de bewijslast van het onderscheidend vermogen van het betwiste merk ten onrechte bij haar had gelegd, niet te onderzoeken.

- 57 In dit verband dient te worden opgemerkt dat, zoals blijkt uit het proces-verbaal van de terechtzitting voor het Gerecht, waarvan aan rekwirante bij fax van 13 maart 2013 is kennisgegeven, rekwirante heeft erkend dat de litigieuze beslissing gebaseerd was op een redenering met twee onafhankelijke pijlers, waarbij de eerste is uiteengezet in de punten 18 tot en met 35 en de tweede in de punten 36 tot en met 41 van de litigieuze beslissing, en dat haar tweede middel niet was gericht tegen de redenering in de punten 36 tot en met 41.
- 58 Ook al zou het tweede middel dat voor het Gerecht is aangevoerd, zoals rekwirante stelt, gericht zijn tegen die tweede pijler, bovendien zij vastgesteld dat, zoals blijkt uit de punten 28 en 50 van het bestreden arrest, de kamer van beroep in de punten 36 tot en met 41 van de litigieuze beslissing het onderscheidend vermogen van het betwiste merk autonoom heeft onderzocht en de bewijslast van het onderscheidend vermogen niet bij Voss heeft gelegd.
- 59 Derhalve moet rekwirantes eerste middel in hogere voorziening ongegrond worden verklaard en dus worden afgewezen.

Tweede middel

Argumenten van partijen

- 60 Met haar tweede middel verwijt rekwirante het Gerecht schending van artikel 99 van verordening nr. 207/2009 en van regel 37, onder b), iv), van verordening nr. 2868/95 doordat het in de punten 57 en 58 van het bestreden arrest de bewijslast, die uitsluitend rustte op Nordic Spirit als eiseres tot nietigverklaring van het betwiste merk, heeft omgekeerd door rekwirante te verplichten het onderscheidend vermogen van dat merk te bewijzen, ofschoon Nordic Spirit geen enkel bewijs van het ontbreken van onderscheidend vermogen van dat merk had overgelegd.
- 61 Volgens Voss heeft de door het Gerecht in punt 57 van het bestreden arrest aangehaalde rechtspraak – namelijk dat uit het feit dat een samengesteld merk uitsluitend bestaat uit elementen zonder onderscheidend vermogen voor de betrokken waren, in de regel kan worden geconcludeerd dat dit merk, in zijn geheel beschouwd, onderscheidend vermogen mist, tenzij „concrete aanwijzingen zoals met name de wijze waarop deze verschillende elementen worden gecombineerd, erop duiden dat het samengestelde merk, in zijn geheel beschouwd, meer weergeeft dan de som van de elementen ervan” – betrekking op aanvragen tot inschrijving van een gemeenschapsmerk en geldt deze rechtspraak niet voor ingeschreven merken, die – zoals het betwiste merk – worden vermoed geldig te zijn.
- 62 De INTA stelt op basis van de artikelen 52, 55 en 99 van verordening nr. 207/2009, waaruit voortvloeit dat ingeschreven gemeenschapsmerken worden vermoed geldig te zijn, alsmede op basis van regel 37, onder b), iv), van verordening nr. 2868/95 dat het Gerecht de bewijslast van het onderscheidend vermogen van het betrokken teken ten onrechte heeft omgekeerd.
- 63 Wanneer de aanvraag voor een gemeenschapsmerk wordt toegewezen, wordt het ingeschreven merk, aldus deze vereniging, behoudens tegenbewijs vermoed geldig te zijn en van de aanvrager kan niet worden verlangd dat hij nogmaals de geldigheid van zijn merk aantoon, tenzij de partij die nietigverklaring van dat merk vordert, feiten en bewijzen heeft aangedragen waaruit het tegendeel blijkt.
- 64 In casu heeft de eiseres tot nietigverklaring van het betwiste merk voor het BHIM geen controleerbare feiten aangevoerd of bewijzen overgelegd. Daaruit leidt de INTA af dat het Gerecht de verordeningen nr. 207/2009 en nr. 2868/95 heeft geschonden door niet de vernietiging uit te spreken van de beslissing van de kamer van beroep, die had geoordeeld dat de verklaring van Voss dat consumenten

in staat zijn de commerciële herkomst van de waren te bepalen door naar de vorm van de verpakking ervan te kijken, niet door bewijzen was gestaafd en dus niet voldoende was „om de eerbiediging van de in de rechtspraak omschreven normen te waarborgen”.

- 65 Het BHIM betwist rekwirantes stelling dat het oordeel van het Gerecht leidt tot een onjuiste verdeling van de bewijslast van het onderscheidend vermogen van het betrokken teken en stelt dat, tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald in verordening nr. 207/2009, de absolute weigeringsgronden worden toegepast volgens hetzelfde criterium, voor zowel merken waarvan inschrijving is aangevraagd als reeds ingeschreven merken.

Beoordeling door het Hof

- 66 Voor zover het Gerecht wordt verweten in de punten 57 en 58 van het bestreden arrest de bewijslast te hebben omgekeerd door rekwirante te verplichten het onderscheidend vermogen van het betwiste merk aan te tonen ofschoon Nordic Spirit geen bewijzen van het ontbreken van het onderscheidend vermogen van dat merk had overgelegd, moet het tweede middel in hogere voorziening ongegrond worden verklaard.
- 67 In de punten 51 tot en met 58 van het bestreden arrest heeft het Gerecht immers autonoom onderzocht of het betwiste merk onderscheidend vermogen bezit.
- 68 Nadat het Gerecht, na afloop van het afzonderlijk onderzoek van elk van de bestanddelen van het betwiste merk, had geoordeeld dat dit merk bestond uit een combinatie van elementen waarbij elk element onderscheidend vermogen mist voor de waren waarvoor het merk was ingeschreven, heeft het in punt 57 van het bestreden arrest erop gewezen dat uit dit gegeven „in de regel kan worden geconcludeerd dat dit merk, in zijn geheel beschouwd, onderscheidend vermogen mist” tenzij „concrete aanwijzingen zoals met name de wijze waarop deze verschillende elementen worden gecombineerd, erop duiden dat het samengestelde merk, in zijn geheel beschouwd, meer weergeeft dan de som van de elementen ervan”.
- 69 In punt 58 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat „[i]n casu [...] geen dergelijke aanwijzingen voorhanden [waren]”. In dit verband heeft het opgemerkt dat „het betwiste merk wordt gekenmerkt door de combinatie van een driedimensionale vorm van een doorzichtige cilindervormige fles en een ondoorzichtige dop met dezelfde diameter als de eigenlijke fles [en dat] [d]e wijze waarop deze elementen worden gecombineerd [...] in casu niet meer [weergeeft] dan de som van de elementen waaruit het betwiste merk bestaat, namelijk een fles met een ondoorzichtige dop, naar het evenbeeld van de meeste flessen die op de [...] markt bestemd zijn om alcoholische of niet-alcoholische dranken te bevatten, aangezien een dergelijke vorm in de handel gewoonlijk kan worden gebruikt als verpakking voor de in de inschrijvingsaanvraag opgegeven waren”.
- 70 Het Gerecht heeft aldus zelf onderzocht of concrete aanwijzingen voorhanden waren die erop wezen dat het samengestelde merk, in zijn geheel beschouwd, meer weergeeft dan de som van de elementen ervan, en anders dan de INTA en rekwirante stellen, heeft het de bewijslast van het bestaan van dergelijke aanwijzingen niet bij rekwirante gelegd.
- 71 Derhalve dient te worden vastgesteld dat het betoog van Voss en de INTA steunt op een onjuiste lezing van het bestreden arrest en bijgevolg moet worden afgewezen.
- 72 Aangaande het argument van de INTA dat het Gerecht de verordeningen nr. 207/2009 en nr. 2868/95 heeft geschonden door niet de vernietiging uit te spreken van de litigieuze beslissing, waarin is geoordeeld dat geen enkel bewijs was geleverd tot staving van rekwirantes betoog dat de gemiddelde consument in staat is de vorm van de verpakking van de betrokken waren waar te nemen als een

aanduiding van de commerciële herkomst ervan, moet worden opgemerkt, zoals blijkt uit punt 12 van het bestreden arrest, dat dit oordeel van de kamer van beroep in punt 31 van deze beslissing is weergegeven.

- 73 Zoals blijkt uit punt 27 van het bestreden arrest, maakt dit oordeel bijgevolg deel uit van de eerste pijler van de redenering waarop de litigieuze beslissing berust, zoals die is omschreven door het Gerecht. In punt 96 van het bestreden arrest heeft het Gerecht evenwel geoordeeld dat de tegen deze pijler gerichte middelen niet kunnen slagen.
- 74 Bijgevolg kan de INTA niet op goede gronden stellen dat het Gerecht de litigieuze beslissing had moeten vernietigen voor zover de kamer van beroep daarbij had geoordeeld dat geen enkel bewijs was geleverd tot staving van de verklaringen van Voss dat de gemiddelde consument in staat is de vorm van de verpakking van de betrokken waren waar te nemen als een aanduiding van de commerciële herkomst ervan.
- 75 Gelet op de voorgaande overwegingen dient het tweede middel in hogere voorziening ongegrond te worden verklaard.

Derde middel

Argumenten van partijen

- 76 Met haar derde middel stelt Voss dat het Gerecht artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 heeft geschonden door te oordelen dat de vorm van de betrokken fles onderscheidend vermogen mist, zonder vooraf te omschrijven wat in de betrokken sector de norm of gangbaar is.
- 77 De INTA stelt bovendien dat het Gerecht niet op wettige wijze kon concluderen dat rekwirantes fles niet op significante wijze afwijkt van de norm of wat gangbaar is in de betrokken sector, aangezien het in punt 72 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat „niet was aangetoond dat op de markt andere soortgelijke flessen bestonden”, dat kon worden verondersteld dat deze fles „uniek in haar soort” was en in punt 51 van dat arrest dat deze fles „tot op zekere hoogte blijk van originaliteit” gaf.
- 78 Voorts heeft het Gerecht blijk van een onjuiste rechtsopvatting gegeven door de begrippen „gewone variant” en „significante afwijking” te stellen tegenover de geldende normen en gebruiken. Dienaangaande heeft het Gerecht, aldus de INTA, de grenzen overschreden zoals die zijn gesteld in de rechtspraak van het Hof, volgens welke als enige doorslaggevende factor geldt dat een als merk ingeschreven driedimensionale vorm in die mate afwijkt van de vormen die gewoonlijk of normaliter in de betrokken sector worden gebruikt voor de betrokken waren, dat de consumenten eraan een betekenis kunnen geven.
- 79 Ten slotte stelt de INTA dat het Gerecht blijk van een onjuiste rechtsopvatting heeft gegeven door slechts elementen van een vorm, in plaats van de ingeschreven vorm in zijn geheel, te vergelijken met in de betrokken sector gebruikelijke of gangbare vormelementen.
- 80 Het BHIM betwist dit betoog en stelt dat dit derde middel ongegrond moet worden verklaard.

Beoordeling door het Hof

- 81 Volgens vaste rechtspraak heeft alleen een merk dat op significante wijze afwijkt van de norm of wat gangbaar is in de betrokken sector, en derhalve de essentiële functie van herkomstaanduiding vervult, onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 (arresten *Mag Instrument/BHIM*, C-136/02 P, EU:C:2004:592, punt 31, en *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli/BHIM*, C-98/11 P, EU:C:2012:307, punt 42).
- 82 In casu heeft het Gerecht in de punten 51 tot en met 53 van het bestreden arrest het onderscheidend vermogen van het betwiste merk beoordeeld op basis van de norm of wat gangbaar is in de sector van alcoholische en niet-alcoholische dranken.
- 83 In punt 51 van dat arrest heeft het Gerecht allereerst met betrekking tot de driedimensionale vorm van het betwiste merk geoordeeld „dat algemeen bekend is dat het merendeel van de op de markt beschikbare flessen een cilindervormig deel bevat”.
- 84 In punt 52 van dat arrest heeft het Gerecht vervolgens met betrekking tot de ondoorzichtige dop geoordeeld „dat algemeen bekend is dat zeer veel flessen worden gesloten met een dop in een materiaal dat en een kleur die verschilt van wat wordt gebruikt voor de buik van de fles”.
- 85 Ten slotte heeft het Gerecht in punt 53 van dat arrest geoordeeld dat de diameter van de dop, die even groot is als de diameter van de fles, „slechts een variant op de bestaande vormen is en niet kan worden beschouwd als een significante afwijking van de norm of wat gangbaar is in deze sector, ook al wordt aangenomen dat dit element tot op zekere hoogte blijk van originaliteit geeft”.
- 86 Bijgevolg heeft het Gerecht het onderscheidend vermogen van de elementen van het betrokken driedimensionale teken onderzocht aan de hand van de norm in de betrokken sector en op basis van algemeen bekende feiten.
- 87 Derhalve kunnen Voss en de INTA niet op goede gronden aanvoeren dat het Gerecht heeft nagelaten te omschrijven wat de norm of gangbaar is in de sector van de waren waarvoor het betwiste merk is ingeschreven.
- 88 Met betrekking tot het argument van de INTA, dat het Gerecht blijk van een onjuiste rechtsopvatting heeft gegeven door de begrippen „gewone variant” en „significante afwijking” te stellen tegenover de geldende normen en gebruiken, in plaats van te onderzoeken of het betwiste merk in die mate verschilt van de vormen die gewoonlijk of normaliter in de betrokken sector worden gebruikt dat de consumenten een betekenis eraan kunnen geven, zij eraan herinnerd dat het onderscheidend vermogen van een merk in de zin van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 inhoudt dat het merk zich ertoe leent, de waren waarvoor de inschrijving is aangevraagd, als afkomstig van een bepaalde onderneming te identificeren en dus deze waren van die van andere ondernemingen te onderscheiden (arrest *Freixenet/BHIM*, C-344/10 P en C-345/10 P, EU:C:2011:680, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 89 Dit onderscheidend vermogen moet worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving is aangevraagd, en op basis van de perceptie ervan door het relevante publiek (arrest *Freixenet/BHIM*, C-344/10 P en C-345/10 P, EU:C:2011:680, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 90 Volgens vaste rechtspraak verschillen de criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken bestaande in de verschijningsvorm van de waar zelf, niet van die welke voor andere categorieën van merken gelden (arresten *Mag Instrument/BHIM*, C-136/02 P, EU:C:2004:592, punt 30, en *Freixenet/BHIM*, C-344/10 P en C-345/10 P, EU:C:2011:680, punt 45). Bij de toepassing van deze criteria is de perceptie door het relevante publiek in het geval van een driedimensionaal

merk bestaande in de verschijningsvorm van de waar zelf, evenwel niet noodzakelijk dezelfde als bij een woord- of beeldmerk dat bestaat in een van het uiterlijk van de erdoor aangeduide waar onafhankelijk teken. De gemiddelde consument is immers niet gewend om de herkomst van de waren bij gebreke van enig grafisch of tekstueel element af te leiden uit de vorm ervan of uit die van de verpakking, en in het geval van een dergelijk driedimensionaal merk zou het dus moeilijker kunnen zijn om het onderscheidend vermogen vast te stellen dan in het geval van een woord- of beeldmerk (arresten *Mag Instrument/BHIM*, C-136/02 P, EU:C:2004:592, punt 30, en *Freixenet/BHIM*, C-344/10 P en C-345/10 P, EU:C:2011:680, punt 46).

- 91 In deze omstandigheden wordt de kans groter dat de als merk aangevraagde vorm van een waar elk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 naarmate die vorm een grotere gelijkenis vertoont met de meest waarschijnlijke vorm van de betrokken waar. Alleen een merk dat op significante wijze afwijkt van de norm of wat gangbaar is in de betrokken sector, en derhalve de essentiële functie van herkomstaanduiding vervult, bezit onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 (arresten *Mag Instrument/BHIM*, C-136/02 P, EU:C:2004:592, punt 31, en *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli/BHIM*, C-98/11 P, EU:C:2012:307, punt 42).
- 92 Wanneer een driedimensionaal merk dus bestaat in de vorm van de waar waarvoor inschrijving wordt aangevraagd, wettigt de enkele omstandigheid dat deze vorm een „variant” is op een van de gebruikelijke vormen van dit type waar, niet de conclusie dat het merk geen onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009. In dat geval moet nog steeds worden nagegaan of een dergelijk merk het de normaal geïnformeerde, redelijk omzichtige en oplettende, gemiddelde consument mogelijk maakt de betrokken waar zonder analytisch onderzoek en zonder bijzondere oplettendheid van die van andere ondernemingen te onderscheiden (arrest *Mag Instrument/BHIM*, C-136/02 P, EU:C:2004:592, punt 32).
- 93 In casu heeft het Gerecht, na in de punten 37 tot en met 44 van het bestreden arrest te hebben herinnerd aan de toepasselijke rechtspraak, in de punten 51 tot en met 58 ervan onderzocht of het betwiste merk op significante wijze afwijkt van de norm of wat gangbaar is in de betrokken sector.
- 94 In punt 59 van het bestreden arrest is het Gerecht tot de slotsom gekomen dat de kamer van beroep geen blijk van een onjuiste opvatting heeft gegeven door te oordelen dat de gemiddelde consument van de Unie het betwiste merk, in zijn geheel beschouwd, slechts waarneemt als een variant op de vorm van de waren waarvoor inschrijving van dat merk is aangevraagd. Vervolgens heeft het in punt 62 van het bestreden arrest geoordeeld dat het betwiste merk, zoals dat door het relevante publiek wordt waargenomen, niet geschikt is om de door dat merk aangeduide waren te individualiseren en te onderscheiden van waren met een andere commerciële herkomst.
- 95 Uit voorgaande overwegingen volgt dat het Gerecht de in de toepasselijke rechtspraak omschreven criteria correct heeft geïdentificeerd en toegepast.
- 96 Voor zover de INTA het Gerecht verwijt te hebben geoordeeld dat *rekwirantes fles* niet op significante wijze afwijkt van de norm of wat gangbaar is in de betrokken sector, zij bovendien vastgesteld dat dit onderzoek een feitelijke beoordeling vormt.
- 97 Dienaangaande zij in herinnering gebracht dat overeenkomstig artikel 256, lid 1, VWEU en artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, de hogere voorziening beperkt is tot rechtsvragen. Het Gerecht is immers 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 *Louis Vuitton Malletier/BHIM*, C-97/12 P, EU:C:2014:324, punt 61).

- 98 Vastgesteld zij dat de INTA ter ondersteuning van deze grief evenwel geen argumenten heeft aangedragen die kunnen aantonen dat het Gerecht de bewijselementen onjuist zou hebben opgevat.
- 99 Het argument dat het Gerecht blijk van een onjuiste rechtsopvatting heeft gegeven door slechts elementen van een vorm te vergelijken met vormelementen die in de betrokken sector gebruikelijk of gangbaar zijn, in plaats van de ingeschreven vorm in zijn geheel te vergelijken met wat in deze sector de norm of gangbaar is, moet in het kader van het vierde middel worden onderzocht.
- 100 Gelet op voorgaande overwegingen moet het derde middel in hogere voorziening ten dele ongegrond en ten dele niet-ontvankelijk worden verklaard.

Vierde middel

Argumenten van partijen

- 101 Met haar vierde middel verwijt Voss het Gerecht schending van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 door bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het betwiste merk elk element van het betrokken driedimensionaal teken afzonderlijk te hebben beoordeeld zonder evenwel dat teken in zijn geheel te onderzoeken.
- 102 Volgens rekwirante heeft het Gerecht, na de elementen van dat driedimensionale teken in vijf punten van het bestreden arrest afzonderlijk te hebben onderzocht, enkel verklaard dat de wijze waarop deze elementen worden gecombineerd, „niet meer weergeeft dan de som van de elementen waaruit het betwiste merk bestaat”, hetgeen volgens Voss niet een door de rechtspraak vereist grondig onderzoek van de door het merk opgeroepen totaalindruk vormt.
- 103 Het BHIM voert aan dat het Gerecht het recht en de rechtspraak inzake de wijze van beoordeling van het onderscheidend vermogen van een driedimensionaal teken correct heeft toegepast.

Beoordeling door het Hof

- 104 Met dit middel voert rekwirante aan dat het Gerecht bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het betwiste merk niet zoals het hoort de door dat merk opgeroepen totaalindruk heeft onderzocht.
- 105 In dit verband is in de vaste rechtspraak steeds benadrukt dat de gemiddelde consument een merk gewoonlijk als een geheel waarneemt en niet let op de verschillende details ervan. Om te beoordelen of een merk onderscheidend vermogen bezit, dient derhalve de door dit merk opgeroepen totaalindruk te worden onderzocht (zie met name arrest Eurocermex/BHIM, C-286/04 P, EU:C:2005:422, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 106 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 Eurocermex/BHIM, C-286/04 P, EU:C:2005:422, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 107 In punt 55 van het bestreden arrest heeft het Gerecht, na afloop van het onderzoek van elk element van het betwiste merk afzonderlijk, geoordeeld dat dit merk „bestaat uit een combinatie van elementen en dat elk element daarvan, dat in de handel gewoonlijk kan worden gebruikt als

verpakking voor de in de inschrijvingsaanvraag opgegeven waren, voor deze waren onderscheidend vermogen mist". Het Gerecht heeft vervolgens onderzocht of dat merk, in zijn geheel beschouwd, onderscheidend vermogen bezit of mist.

- 108 Aldus heeft het Gerecht in punt 58 van het bestreden arrest vastgesteld dat „de wijze waarop [de driedimensionale vorm van een doorzichtige, cilindervormige fles en de ondoorzichtige dop met dezelfde diameter als de eigenlijke fles] in casu worden gecombineerd, niet meer weergeeft dan de som van de elementen waaruit [het betwiste] merk bestaat, namelijk een fles met een ondoorzichtige dop, naar het evenbeeld van de meeste flessen die op de markt bestemd zijn om alcoholische of niet-alcoholische dranken te bevatten”, dat „een dergelijke vorm immers in de handel gewoonlijk kan worden gebruikt als verpakking voor de in de inschrijvingsaanvraag opgegeven waren” en dat bijgevolg „de wijze waarop de elementen van het samengestelde merk worden gecombineerd, dat merk evenmin onderscheidend vermogen kan verlenen”. In punt 62 van het bestreden arrest is het Gerecht tot de slotsom gekomen dat „het betwiste merk, zoals dat door het relevante publiek wordt waargenomen, niet geschikt is om de door dit merk aangeduide waren te individualiseren en te onderscheiden van waren met een andere commerciële herkomst”.
- 109 Hieruit volgt dat het Gerecht zijn beoordeling van het onderscheidend vermogen van het betwiste merk correct heeft gebaseerd op de totaalindruk die door de vorm en de schikking van de elementen van dat merk wordt opgeroepen, zoals de in punt 105 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak eist.
- 110 Bovendien kan het Gerecht niet worden verweten de door het betwiste merk opgeroepen totaalindruk niet voldoende grondig te hebben onderzocht aangezien de betrokken driedimensionale vorm bestaat uit twee elementen, namelijk een cilindervormige basis en een ondoorzichtige dop met dezelfde diameter als die cilinder, en moeilijk een andere mogelijkheid valt te bedenken om deze bestanddelen in één driedimensionaal geheel samen te brengen (zie in die zin arrest Eurocermex/BHIM, C-286/04 P, EU:C:2005:422, punt 29).
- 111 Derhalve dient het vierde middel in hogere voorziening ongegrond te worden verklaard.

Vijfde middel

Argumenten van partijen

- 112 Met haar vijfde middel stelt Voss dat het Gerecht, zoals de kamer van beroep, de bewijselementen van het dossier onjuist heeft opgevat door de perfecte cilindervorm van het driedimensionale teken te vergelijken met een tweedimensionale „cilindervormige doorsnede”. Aangezien, volgens rekwirante, een „cilindervormige doorsnede” uit wiskundig oogpunt niet bestaat, hebben het Gerecht en de kamer van beroep met deze uitdrukking in werkelijkheid een „cirkelvormige doorsnede” willen aanduiden. Aldus heeft het Gerecht een driedimensionaal teken vergeleken met een tweedimensionaal kenmerk dat typisch is voor de meeste flessen, zodat zijn oordeel van de norm of wat gangbaar in de betrokken sector is, in zijn geheel onjuist is.
- 113 Het BHIM voert aan dat dit middel ongegrond is doordat het berust op een onjuiste uitlegging van het bestreden arrest.
- 114 Volgens het BHIM heeft het Gerecht niet geoordeeld dat een cirkelvormig deel het enige gemeenschappelijke punt van het overgrote deel van de flessen is, maar dat het merendeel van de flessen een cilindervormig „deel”, in de zin van punt 66 van het bestreden arrest, bevat ook al zijn andere delen niet cilindervormig, bijvoorbeeld wanneer de fles bovenaan versmalt in een hals of in het midden gebogen is.

115 Bovendien heeft het Gerecht, anders dan Voss stelt, zijn onderzoek van het omstreden driedimensionale teken niet beperkt tot een vergelijking van de vorm ervan met een tweedimensionaal kenmerk.

Beoordeling door het Hof

116 Vastgesteld zij dat het betoog van Voss dat het Gerecht in zijn verklaring in punt 67 van het bestreden arrest dat het merendeel van de op de markt beschikbare flessen een „cilindervormige doorsnede” heeft, met deze uitdrukking een „cirkelvormige doorsnede” heeft bedoeld, berust op een onjuiste lezing van dat arrest.

117 Na in punt 65 van het bestreden arrest eraan te hebben herinnerd dat „de kamer van beroep [in punt 37 van de litigieuze beslissing] heeft vastgesteld dat ‚het merendeel van de op de markt beschikbare flessen een „cylindrical section” heeft””, heeft het Gerecht in het volgende punt van dat arrest geoordeeld dat „er geen reden kon zijn om aan te nemen dat de kamer van beroep in de context van de litigieuze beslissing aan deze uitdrukking een mathematische betekenis heeft willen geven in de zin van de ‚weergave van een doorsnede van een meetkundige vorm”” en dat „[dit] woord daarentegen moet worden opgevat als ‚een van de min of meer onderscheiden delen waarin iets is of kan worden opgedeeld of waaruit iets bestaat’ (‚any of the more or less distinct parts into which something is or may be divided or from which it is made up’, *Oxford Dictionary*)”.

118 Het Gerecht heeft dus geoordeeld dat het woord „section” zoals gebruikt door de kamer van beroep in punt 37 van de litigieuze beslissing moet worden begrepen als een „deel”, daar het merendeel van de flessen volgens het Gerecht een cilindervormig deel heeft.

119 Daaruit volgt dat, anders dan rekwirante stelt, het Gerecht zijn onderzoek van het betrokken driedimensionale teken niet heeft beperkt tot een vergelijking van de vorm ervan met een tweedimensionaal kenmerk.

120 Derhalve dient het vijfde middel in hogere voorziening ongegrond te worden verklaard.

Zesde middel

Argumenten van partijen

121 Voss verwijt het Gerecht te hebben geoordeeld dat het betwiste merk, doordat het bestaat uit elementen die elk afzonderlijk onderscheidend vermogen missen, in zijn geheel beschouwd, onderscheidend vermogen mist. Volgens rekwirante heeft een dergelijke redenering tot gevolg dat de verpakking van een waar, zowel in haar geheel beschouwd als in combinatie met de bestanddelen ervan, geen onderscheidend vermogen kan hebben, hetgeen indruist tegen de door verordening nr. 207/2009 nagestreefde doelstelling.

122 Volgens rekwirante heeft het Gerecht bovendien blijk van een onjuiste rechtsopvatting gegeven door het criterium dat het Hof heeft ontwikkeld voor samengestelde woordmerken, namelijk dat „een combinatie van elementen die elk onderscheidend vermogen missen, onderscheidend vermogen kan bezitten op voorwaarde dat deze combinatie meer weergeeft dan de loutere som van de elementen ervan”, te hebben toegepast op driedimensionale merken.

123 Het BHIM stelt dat dit middel ongegrond moet worden verklaard.

Beoordeling door het Hof

- 124 Het Hof heeft reeds geoordeeld met betrekking tot een driedimensionaal teken dat het onderscheidend vermogen ten dele mag worden onderzocht voor elk van de elementen ervan afzonderlijk, maar deze beoordeling moet in elk geval gebaseerd zijn op de door het merk bij het relevante publiek opgeroepen totaalindruk en niet op het vermoeden dat elementen die afzonderlijk beschouwd onderscheidend vermogen missen, ook bij combinatie ervan dat vermogen niet kunnen hebben. De omstandigheid alleen dat elk element afzonderlijk onderscheidend vermogen mist, betekent immers nog niet dat de combinatie ervan geen onderscheidend vermogen kan hebben (beschikking Timehouse/BHIM, C-453/11 P, EU:C:2012:291, punt 40).
- 125 In casu heeft het Gerecht in punt 57 van het bestreden arrest weliswaar geoordeeld dat „uit het feit dat een samengesteld merk uitsluitend bestaat uit elementen zonder onderscheidend vermogen voor de betrokken waren, in de regel kan worden geconcludeerd dat dit merk, in zijn geheel beschouwd, onderscheidend vermogen mist”.
- 126 Toch heeft het onmiddellijk daarop gepreciseerd dat deze conclusie kan worden ontkracht ingeval concrete aanwijzingen zoals met name de wijze waarop deze verschillende elementen worden gecombineerd, erop duiden dat dit samengestelde merk, in zijn geheel beschouwd, meer weergeeft dan de som van de elementen ervan.
- 127 Voor zover Voss met haar zesde middel het Gerecht verwijt te hebben geoordeeld dat het betwiste merk, doordat het bestaat uit elementen zonder onderscheidend vermogen, in zijn geheel beschouwd onderscheidend vermogen mist, moet dit middel bijgevolg worden afgewezen daar het berust op een onjuiste lezing van het bestreden arrest.
- 128 Aangaande rekwirantes betoog dat het Gerecht blijk van een onjuiste rechtsopvatting heeft gegeven door de rechtspraak volgens welke een combinatie van elementen die elk onderscheidend vermogen missen, onderscheidend vermogen kan bezitten op voorwaarde dat deze combinatie meer weergeeft dan de loutere som van de elementen ervan, toe te passen op het betwiste merk, zij eraan herinnerd dat, zoals blijkt uit de punten 107 tot en met 109 van het onderhavige arrest, het Gerecht zijn beoordeling van het onderscheidend vermogen van het betwiste merk correct heeft gebaseerd op de totaalindruk die door de vorm en de schikking van de elementen van dat merk wordt opgeroepen, zoals de in de punten 105 en 124 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak eist.
- 129 Derhalve dient het zesde middel ongegrond te worden verklaard en bijgevolg dient de hogere voorziening te worden afgewezen.

Kosten

- 130 Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering, dat ingevolge artikel 184, lid 1, van dit Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen voor zover dat is gevorderd. Aangezien Voss in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van het BHIM te worden verwezen in de kosten.
- 131 Volgens artikel 140, lid 3, van dat Reglement, dat krachtens artikel 184, lid 1, ook van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, kan het Hof beslissen dat een andere interveniënte dan de in artikel 140, leden 1 en 2, ervan bedoelde, haar eigen kosten zal dragen. Bijgevolg zal de INTA haar eigen kosten dragen.

Het Hof (Zesde kamer) verklaart voor recht:

- 1) **De hogere voorziening wordt afgewezen.**
- 2) **Voss of Norway ASA wordt verwezen in de kosten.**
- 3) **De International Trademark Association draagt haar eigen kosten.**

ondertekeningen