



## Jurisprudentie

ARREST VAN HET GERECHT (Negende kamer)

17 mei 2018\*

„Gemeenschapsmodel – Nietigheidsprocedure – Ingeschreven gemeenschapsmodel dat fietsmanden weergeeft – Nietigheidsgrond – Niet-ontvankelijkheid van de vordering tot nietigverklaring – Artikel 52, lid 3, en artikel 86, lid 5, van verordening (EG) nr. 6/2002 – Openbaarmaking van het oudere model – Eigen karakter – Verschillende algemene indruk – Artikel 6 en artikel 25, lid 1, onder b), van verordening nr. 6/2002”

In zaak T-760/16,

**Basil BV**, gevestigd te Silvolde (Nederland), vertegenwoordigd door N. Weber en J. von der Thüsen, advocaten,

verzoekster,

tegen

**Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO)**, vertegenwoordigd door S. Hanne en D. Walicka als gemachtigden,

verweerder,

andere partij in de procedure voor de kamer van beroep van het EUIPO, interveniënte voor het Gerecht:

**Artex SpA**, gevestigd te San Zeno di Cassola (Italië), vertegenwoordigd door J. Vogtmeier, advocaat,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de derde kamer van beroep van het EUIPO van 7 juli 2016 (zaak R 535/2015-3) inzake een nietigheidsprocedure tussen Artex en Basil,

wijst

HET GERECHT (Negende kamer),

samengesteld als volgt: S. Gervasoni (rapporteur), president, K. Kowalik-Bańczyk en C. Mac Eochaidh, rechters,

griffier: J. Plingers, administrateur,

gezien het op 4 november 2016 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 12 januari 2017 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van het EUIPO,

\* Procestaal: Duits.

gezien de op 16 januari 2017 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van interveniënte,

na de terechtzitting op 7 december 2017,

het navolgende

## Arrest

### Voorgeschiedenis van het geding

- 1 Op 13 februari 2004 heeft verzoekster, Basil BV, bij het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO) een aanvraag tot inschrijving van een gemeenschapsmodel ingediend krachtens verordening (EG) nr. 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende gemeenschapsmodellen (PB 2002, L 3, blz. 1).
- 2 Het model waarvan de inschrijving werd aangevraagd (hierna: „litigieus model”) is hieronder weergegeven:





- 3 Het litigieuze model werd geregistreerd onder nummer 142245-0001. De inschrijving werd gepubliceerd in *Gemeenschapsmodellenblad* nr. 47/2004 van 15 juni 2004. Deze inschrijving is sindsdien vernieuwd tot en met 13 februari 2019.
- 4 Het litigieuze model is bestemd om te worden toegepast op „fietsmandjes” van klasse 03-01 in de zin van de Overeenkomst van Locarno van 8 oktober 1968 tot instelling van een internationale classificatie voor tekeningen en modellen van nijverheid, zoals gewijzigd.
- 5 Op 17 juni 2013 heeft interveniënte, Artex SpA, op grond van artikel 52 van verordening nr. 6/2002 een vordering tot nietigverklaring van het litigieuze model ingediend bij het EUIPO. De vordering tot nietigverklaring was gestoeld op artikel 25, lid 1, onder b), van verordening nr. 6/2002.

- 6 In haar vordering tot nietigverklaring heeft interveniënte met name aangevoerd dat het litigieuze model geen eigen karakter bezat in de zin van artikel 6 van verordening nr. 6/2002, en ter staving van haar betoog meerdere documenten overgelegd ten bewijze van de openbaarmaking van een ouder model (hierna: „ouder model”), met name:
- een van haar catalogi met een afbeelding van een fietsmand, met het artikelnummer 34.54.50, de afmetingen van het product in kwestie en een beschrijving ervan, te weten „fijnmazige fietsmand voor bagagedrager Speedy”, in vier talen; deze afbeelding en de bijbehorende gegevens worden hieronder weergegeven:



- meerdere facturen, daterend van 2000 tot en met 2002, betreffende de verkoop aan bedrijven van fietsmanden met de naam Speedy;
- een catalogus uit 2001 en drie catalogi uit 2002 afkomstig van verschillende Italiaanse ondernemingen, met daarin de hieronder weergegeven afbeelding van een fietsmand:



- een aan haar geadresseerde factuur en afleverbon van 20 juli 2000 afkomstig van een Thaise onderneming;
  - een reproductie van de stand van een onderneming waarin een fietsmand werd tentoongesteld, evenals een factuur voor een beurs in Keulen (Duitsland) in 2002.
- 7 Bij beslissing van 13 januari 2015 heeft de nietigheidsafdeling, na de vordering tot nietigverklaring ontvankelijk te hebben verklaard, het litigieuze model nietig verklaard op grond dat het geen eigen karakter bezat.
- 8 Op 11 maart 2015 heeft verzoekster beroep ingesteld tegen de beslissing van de nietigheidsafdeling.
- 9 Bij beslissing van 7 juli 2016 (hierna: „bestreden beslissing”) heeft de derde kamer van beroep van het EUIPO het beroep verworpen. Deze kamer was in wezen van oordeel dat, ten eerste, de door interveniënte in casu ingestelde vordering tot nietigverklaring ontvankelijk was, anders dan verzoekster aanvoerde, ten tweede het oudere model openbaar was gemaakt vóór de datum van indiening van de

aanvraag tot inschrijving van het litigieuze model, te weten 13 februari 2004, en ten derde de nietigheidsafdeling terecht het litigieuze model nietig had verklaard op grond dat het geen eigen karakter bezat.

### **Procedure en conclusies van partijen**

- 10 Het Gerecht heeft bij wege van maatregel tot organisatie van de procesgang vragen gesteld aan de partijen, die binnen de gestelde termijn hierop hebben geantwoord.
- 11 Verzoekster vraagt het Gerecht:
  - de bestreden beslissing te vernietigen;
  - het EUIPO en in voorkomend geval de andere partijen te verwijzen in de kosten.
- 12 Het EUIPO en interveniënte concluderen tot:
  - verwerping van het beroep;
  - verwijzing van verzoekster in de kosten.

### **In rechte**

- 13 Ter ondersteuning van haar beroep voert verzoekster drie middelen aan: ten eerste, schending van artikel 52, lid 3, van verordening nr. 6/2002, betreffende de niet-ontvankelijkheid, onder bepaalde voorwaarden, van vorderingen tot nietigverklaring; ten tweede, schending van artikel 7 van verordening nr. 6/2002, betreffende de openbaarmaking van modellen, en, ten derde, schending van artikel 6 van verordening nr. 6/2002, betreffende het eigen karakter van modellen.

#### ***Eerste middel: schending van artikel 52, lid 3, van verordening nr. 6/2002***

- 14 Verzoekster voert in wezen aan dat het EUIPO de door interveniënte ingestelde vordering tot nietigverklaring niet-ontvankelijk had moeten verklaren door toepassing te geven aan artikel 52, lid 3, van verordening nr. 6/2002, of anders aan artikel 86, lid 5, van diezelfde verordening.
- 15 Verzoekster baseert zich hierbij op het bestaan van een beslissing van een kamer van beroep, die dateert van vóór de bestreden beslissing, waarbij deze kamer van beroep reeds een vordering tot nietigverklaring van het litigieuze model had afgewezen. Zij benadrukt dat deze eerdere nietigheidsprocedure werd gevoerd door de onderneming die samen met interveniënte de vordering heeft ingesteld.
- 16 Het EUIPO en interveniënte betwisten deze argumenten.
- 17 In de eerste plaats dient in dit verband in herinnering te worden gebracht dat artikel 52, lid 3, van verordening nr. 6/2002 bepaalt dat een bij het EUIPO ingestelde vordering tot nietigverklaring niet-ontvankelijk is, als op een vordering met hetzelfde onderwerp en op dezelfde grond al door een rechtbank voor het gemeenschapsmodel aangaande dezelfde partijen een in kracht van gewijsde gegane beslissing is gegeven.
- 18 De bepalingen van artikel 52, lid 3, van verordening nr. 6/2002 zijn in casu echter niet van toepassing.

- 19 Ten eerste bepaalt artikel 80 van verordening nr. 6/2002, met als opschrift „Rechtbanken voor het gemeenschapsmodel”, in lid 1 dat de lidstaten op hun grondgebied een aantal nationale rechterlijke instanties van eerste en tweede aanleg aanwijzen, de „rechtbanken voor het gemeenschapsmodel”, die de hun bij deze verordening opgedragen taken vervullen. Uit het bepaalde in dat artikel volgt dus dat een rechtbank voor het gemeenschapsmodel noodzakelijkerwijs een nationale rechterlijke instantie van een lidstaat is.
- 20 Aldus is artikel 52, lid 3, van verordening nr. 6/2002 niet van toepassing wanneer het EUIPO reeds uitspraak heeft gedaan, maar alleen wanneer een nationale rechterlijke instantie van een lidstaat reeds uitspraak heeft gedaan.
- 21 Ten tweede toont verzoekster niet aan dat de partij die in de onderhavige zaak de vordering tot nietigverklaring van het litigieuze model heeft ingediend, dezelfde partij is als die welke in de eerdere zaak de vordering tot nietigverklaring van het litigieuze model heeft ingediend.
- 22 Op basis van het feit dat de twee zaken in hoge mate verbonden zijn en er een nauwe samenwerking bestaat tussen de twee partijen die, in elk van beide zaken, de vordering tot nietigverklaring hebben ingediend, wat met name blijkt uit de identiteit van hun vertegenwoordigers en hun gelijklopende argumenten, kan immers niet worden geconcludeerd dat de partijen dezelfde zijn.
- 23 In dit verband heeft interveniënte verklaard, zonder dat dit ter terechtzitting werd betwist, dat de onderneming die de eerdere vordering tot nietigverklaring heeft ingesteld, louter een klant van haar was, wat niet voldoende is om haar en deze onderneming tot een en dezelfde partij te maken.
- 24 Bovendien leidt de in punt 22 genoemde omstandigheid evenmin tot de conclusie dat de betrokken vorderingen tot nietigverklaring misbruik opleveren.
- 25 Ten slotte heeft verzoekster, aangaande het argument dat de kamer van beroep haar recht om voldoende te worden gehoord over het vermeende misbruik door interveniënte heeft geschonden, geen enkel bewijs overgelegd waaruit blijkt dat de kamer van beroep haar niet de gelegenheid zou hebben geboden om dienaangaande haar opmerkingen kenbaar te maken.
- 26 Voor zover verzoekster schending van het recht op een eerlijk proces aanvoert op grond van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en artikel 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950, moet voor het overige worden gepreciseerd dat het Gerecht heeft geoordeeld dat dit recht niet geldt met betrekking tot de kamers van beroep van het EUIPO, omdat de procedure voor de kamers van beroep geen rechterlijke maar een administratieve procedure is [arresten van 20 april 2005, *Krüger/BHIM – Calpis (CALPICO)*, T-273/02, EU:T:2005:134, punt 62, en 12 december 2014, *Comptoir d'Épicure/BHIM – A-Rosa Akademie (da rosa)*, T-405/13, niet gepubliceerd, EU:T:2014:1072, punt 71; zie eveneens in die zin arrest van 12 december 2002, *Procter & Gamble/BHIM (Vorm van een stuk zeep)*, T-63/01, EU:T:2002:317, punt 23].
- 27 In de tweede plaats gelden de bepalingen van artikel 86, lid 5, van verordening nr. 6/2002, volgens welke een reconventionele vordering tot nietigverklaring van een ingeschreven gemeenschapsmodel niet mag worden ingesteld indien het EUIPO reeds een beslissing heeft genomen die in kracht van gewijsde is gegaan en die hetzelfde voorwerp en dezelfde partijen betreft en op dezelfde gronden berust, niet met betrekking tot de procedures voor het EUIPO en met name zijn kamers van beroep, maar met betrekking tot de procedures voor de rechtbanken voor het gemeenschapsmodel, die, zoals in punt 19 hierboven is uiteengezet, nationale rechterlijke instanties zijn.



- 28 Hoewel de bepalingen van artikel 52, lid 3, en artikel 86, lid 5, van verordening nr. 6/2002 strekken tot voorkoming van eventuele conflicten ter zake van de nietigheid van een model tussen de beslissingen van het EUIPO en die van de rechtbanken voor het gemeenschapsmodel, kan uit diezelfde bepalingen niet worden afgeleid dat verordening nr. 6/2002 eenzelfde vorm van conflictpreventie zou instellen met betrekking tot de beslissingen van het EUIPO onderling.
- 29 In de derde plaats is een analoge toepassing van artikel 52, lid 3, van verordening nr. 6/2002 op de gevallen waarin het EUIPO reeds uitspraak heeft gedaan op een vordering tot nietigverklaring, uitgesloten.
- 30 Het staat immers niet vast dat die bepaling een leemte bevat die onverenigbaar is met een algemeen rechtsbeginsel en die door een analoge toepassing kan worden opgevuld (zie in die zin arrest van 12 december 1985, Krohn, 165/84, EU:C:1985:507, punten 13 en 14).
- 31 Verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het Uniemerk (PB 2009, L 78, blz. 1), zoals gewijzigd [vervangen door verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerk (PB 2017, L 154, blz. 1)], en inzonderheid artikel 56, lid 3, ervan (thans artikel 63 van verordening 2017/1001), waarnaar verzoekster verwijst in haar verzoekschrift (hoewel zij door een schrijffout, die zij ter terechtzitting heeft bevestigd, artikel 60, lid 3, van verordening nr. 6/2002 heeft vermeld), bepaalt, in de versie gewijzigd bij verordening (EU) nr. 2424/2015 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 (PB 2015, L 341, blz. 21), inderdaad dat een vordering tot nietigverklaring niet-ontvankelijk is wanneer op een vordering met hetzelfde voorwerp, berustend op dezelfde grond en aangaande dezelfde partijen, door het EUIPO of door een rechtbank voor het Uniemerk uitspraak ten gronde is gedaan bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing.
- 32 Zo de wetgever het inzake Uniemerken noodzakelijk heeft geacht om in een uitdrukkelijk voorschrift te bepalen dat het gezag van eerdere beslissingen van het EUIPO ertoe kan leiden dat een vordering tot nietigverklaring zonder onderzoek ten gronde wordt afgewezen, dan zou een dergelijke uitdrukkelijke bepaling evenwel ook inzake modellen noodzakelijk zijn geweest. Het is dus niet mogelijk om het ontbreken van een dergelijke bepaling op te vangen door artikel 52, lid 3, van verordening nr. 6/2002 naar analogie toe te passen op de beslissingen van het EUIPO.
- 33 Bovendien is een uitdrukkelijke tekstuele bepaling des te meer noodzakelijk om bepalingen die bedoeld zijn om te worden toegepast op rechterlijke beslissingen die „in kracht van gewijsde zijn gegaan”, naar analogie toe te passen op de beslissingen van het EUIPO daar volgens vaste rechtspraak de procedures voor het EUIPO van administratieve en niet van rechterlijke aard zijn [arrest van 15 juli 2015, TVR Automotive/BHIM – TVR Italia (TVR ITALIA), T-398/13, EU:T:2015:503, punt 38; zie eveneens in die zin arrest van 12 december 2002, Vorm van een stuk zeep, T-63/01, EU:T:2002:317, punten 22 en 23].
- 34 Hieraan dient te worden toegevoegd dat, inzake gemeenschapsmodellen, het onderzoek ten gronde van de inschrijvingsaanvraag krachtens artikel 47, lid 1, van verordening nr. 6/2002 beperkt is tot het onderzoek of deze aanvraag overeenstemt met de omschrijving van een model van artikel 3, onder a), van deze verordening, dan wel strijdig is met de openbare orde. Voor het overige zijn de vormvereisten vervat in artikel 45 van verordening nr. 6/2002 van toepassing. Daarentegen vindt ingevolge de artikelen 7 en 8 van verordening nr. 207/2009 (thans de artikelen 7 en 8 van verordening 2017/1001) vóór de inschrijving van een merk een materiële toetsing van de geldigheid van dat merk plaats, die wat artikel 8 van verordening nr. 207/2009 betreft, steunt op een oppositieprocedure. Bijgevolg neemt, gezien de mate waarin de geldigheid van modellen voorafgaand aan inschrijving ervan wordt getoetst, de nietigheidsprocedure, die deze geldigheidstoetsing na inschrijving mogelijk maakt, noodzakelijkerwijs een andere plaats in binnen de systematiek van verordening nr. 6/2002 in vergelijking met de systematiek van verordening nr. 207/2009, die voorziet in een andere mate van

toetsing. Daarom is het des te moeilijker om, uitgaande van de bepalingen van artikel 56, lid 3, van verordening nr. 207/2009, artikel 52, lid 3, van verordening nr. 6/2002 naar analogie toe te passen op de beslissingen van het EUIPO.

35 Gelet op voorgaande overwegingen moet het onderhavige middel worden afgewezen.

***Tweede middel: schending van artikel 7 van verordening nr. 6/2002***

36 Met haar tweede middel verwijt verzoekster de kamer van beroep artikel 7 van verordening nr. 6/2002 te hebben geschonden door te erkennen dat het oudere model openbaar was gemaakt. Dit middel omvat meerdere grieven. De eerste grief betreft de te late indiening bij het EUIPO van de vertaling van het door interveniënte overgelegde bewijsmateriaal tot vaststelling van de openbaarmaking van het oudere model, de tweede grief is gebaseerd op het ontbreken van bewijskracht van de bewijselementen op basis waarvan de kamer van beroep heeft vastgesteld dat het oudere model eerder openbaar zou zijn gemaakt dan het litigieuze model, en de derde grief betreft de onjuiste bepaling van de relevante ingewijden door de kamer van beroep.

*Te late indiening van de vertaling van het door interveniënte voor het EUIPO overgelegde bewijsmateriaal*

37 Verzoekster, die in haar verzoekschrift aanvoerde dat het door interveniënte overgelegde bewijsmateriaal tot vaststelling van de openbaarmaking van het oudere model pas na het verstrijken van de termijn van artikel 29, lid 5, van verordening (EG) nr. 2245/2002 van de Commissie van 21 oktober 2002 tot uitvoering van verordening nr. 6/2002 (PB 2002, L 341, blz. 28) is vertaald in de taal van de nietigheidsprocedure, heeft, zoals blijkt uit het proces-verbaal van de terechtzitting, deze grief ingetrokken, zodat daarop geen uitspraak meer hoeft te worden gedaan.

*Ontbreken van bewijskracht van de elementen op basis waarvan de kamer van beroep heeft vastgesteld dat het oudere model eerder openbaar is gemaakt*

38 Verzoekster stelt in wezen dat het bewijsmateriaal waarop de kamer van beroep zich heeft gebaseerd, het niet mogelijk maakte vast te stellen dat het oudere model openbaar is gemaakt vóór indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze model, te weten op 13 februari 2004. Zo kon volgens haar op basis van de catalogus van interveniënte, de facturen, de reproductie van de stand en de andere door interveniënte overgelegde catalogi de eerdere openbaarmaking niet met zekerheid worden vastgesteld.

39 Het EUIPO en interveniënte concluderen tot afwijzing van de onderhavige grief.

40 Overeenkomstig artikel 7 van verordening nr. 6/2002 wordt een model voor de toepassing van de artikelen 5 en 6 geacht voor het publiek beschikbaar te zijn gesteld, indien dit gepubliceerd is na inschrijving of op andere wijze, of tentoongesteld, in de handel gebracht of anderszins openbaar is gemaakt vóór de datum van indiening van de inschrijvingsaanvraag, tenzij deze feiten bij een normale gang van zaken redelijkerwijs niet ter kennis konden zijn gekomen van ingewijden in de betrokken sector die in de Europese Unie werkzaam zijn. Het model wordt, nog steeds overeenkomstig artikel 7 van verordening nr. 6/2002, echter niet geacht voor het publiek beschikbaar te zijn gesteld, louter omdat het onder uitdrukkelijke of stilzwijgende voorwaarde van geheimhouding aan een derde bekendgemaakt is.

41 Verordening nr. 2245/2002 preciseert niet welk bewijs de partij die om nietigverklaring verzoekt, moet overleggen om openbaarmaking van het oudere model aan te tonen. Meer specifiek bepaalt artikel 28, lid 1, onder b), v), van verordening nr. 2245/2002 enkel dat, indien de vordering tot nietigverklaring is



gebaseerd op, in het bijzonder, het ontbreken van eigen karakter van het gemeenschapsmodel waarvoor bescherming wordt gevraagd, deze vordering de vermelding en de reproductie van het model van de verzoeker tot nietigverklaring dat een beletsel kan vormen voor het eigen karakter van het gemeenschapsmodel waarvoor bescherming wordt gevraagd, en documenten waaruit de eerdere openbaarmaking van het oudere model blijkt, dient te bevatten. Bovendien schrijft verordening nr. 6/2002 noch verordening nr. 2245/2002 voor in welke vorm de verzoeker tot nietigverklaring het bewijsmateriaal moet aanleveren om aan te tonen dat zijn model openbaar is gemaakt vóór de datum van indiening van de aanvraag tot inschrijving van het model waarvoor bescherming wordt gevraagd. Zo bepaalt artikel 28, lid 1, onder b), v) en vi), van verordening nr. 2245/2002 enkel dat de vordering tot nietigverklaring „documenten waaruit het bestaan van [het oudere model] blijkt” bevat, evenals „een opgave van de feiten, het bewijsmateriaal en de argumenten die ter staving [ervan] worden aangevoerd”. Evenzo voorziet artikel 65, lid 1, van verordening nr. 6/2002 enkel in een niet-limitatieve lijst van mogelijke bewijsmiddelen in de procedures voor het EUIPO. Bijgevolg is de partij die nietigverklaring vordert, vrij in de keuze van het bewijsmateriaal dat zij nuttig acht om aan het EUIPO over te leggen ter staving van haar vordering tot nietigverklaring [arrest van 14 juli 2016, Thun 1794/EUIPO – Adekor (Decoratieve grafische symbolen), T-420/15, niet gepubliceerd, EU:T:2016:410, punt 26].

- 42 Daarnaast kan de openbaarmaking van een ouder model niet op basis van waarschijnlijkheden of vermoedens worden aangetoond, maar enkel aan de hand van concrete en objectieve elementen die een daadwerkelijke openbaarmaking van het oudere model op de markt bewijzen. Verder moeten de door de verzoeker tot nietigverklaring aangeleverde bewijselementen in hun onderling verband worden beoordeeld. Hoewel bepaalde van deze elementen op zich onvoldoende kunnen zijn om de openbaarmaking van een ouder model aan te tonen, valt immers niet uit te sluiten dat zij, wanneer zij in verband worden gebracht of in samenhang worden gelezen met andere documenten of informatie, bijdragen tot het bewijs van de openbaarmaking. Tot slot moet bij de beoordeling van de bewijskracht van een document worden gekeken naar de waarschijnlijkheid en de waarachtigheid van de erin vervatte informatie. Daarbij dient met name rekening te worden gehouden met de herkomst van het stuk, de omstandigheden waarin het tot stand is gekomen en degene tot wie het is gericht, en voorts moet worden onderzocht of het stuk – gelet op zijn inhoud – redelijk en geloofwaardig overkomt (arrest van 14 juli 2016, Decoratieve grafische symbolen, T-420/15, niet gepubliceerd, EU:T:2016:410, punt 27).
- 43 In het onderhavige geval heeft de kamer van beroep opgemerkt dat interveniënte een catalogus had meegedeeld, waarvan een origineel is overgelegd. Deze catalogus bevatte de afbeelding van een fietsmand met de naam Speedy. Bij deze afbeelding hoorde het artikelnummer 34.54.50. Interveniente heeft eveneens meer dan 100 facturen overgelegd, geadresseerd aan verscheidene ondernemingen die met name in Italië zijn gevestigd. Deze facturen dateerden van 2000 tot en met 2002 en betroffen de verkoop van meer dan 25 000 manden waarvoor zowel artikelnummer 34.54.50 als de naam Speedy was opgegeven.
- 44 De kamer van beroep heeft aangegeven dat een soortgelijke mand als de in punt 43 hierboven omschreven fietsmand tevens voorkwam in vier catalogi van andere ondernemingen, daterend van 2001 en 2002, en was afgebeeld in de reproductie van een bedrijfsstand op een beurs in Keulen in 2002.
- 45 Op basis van deze elementen – in hun geheel beschouwd – heeft de kamer van beroep terecht kunnen concluderen dat het oudere model in het onderhavige geval openbaar is gemaakt.
- 46 Aan voorgaande conclusie kan niet worden afgedaan door de argumenten van verzoekster.
- 47 Verzoekster uit immers enkel twijfels of voorbehouden betreffende, met name, de datum en de verspreiding van de in punt 43 hierboven genoemde catalogus alsook betreffende het bestaan zelf van de in punt 44 hierboven bedoelde catalogi, betreffende het verband tussen het artikelnummer dat

voorkomt in de in punt 43 hierboven genoemde catalogus en het identieke nummer op de eveneens in punt 43 hierboven genoemde facturen, of betreffende het feit dat de betrokken catalogi zouden zijn verspreid of dat de daarin weergegeven producten zouden zijn vervaardigd.

- 48 Deze twijfels volstaan niet ter weerlegging van het door interveniënte aangedragen geheel van overeenstemmende aanwijzingen, op basis waarvan de kamer van beroep heeft geoordeeld dat sprake was van openbaarmaking.
- 49 Voorts dient, aangaande verzoeksters argument dat geen getuige is opgeroepen, eraan te worden herinnerd dat de partij die nietigverklaring vordert, vrij is in de keuze van het bewijsmateriaal dat zij nuttig acht om aan het EUIPO over te leggen ter staving van haar vordering tot nietigverklaring (zie punt 41 hierboven).
- 50 Tevens dient, aangaande de argumenten dat de door de kamer van beroep in aanmerking genomen elementen onvoldoende bewijskrachtig zijn, in herinnering te worden gebracht dat bij het onderzoek van de openbaarmaking van een model een algehele beoordeling is geboden waarbij rekening wordt gehouden met alle factoren die van belang zijn voor het concrete geval (zie punt 42 hierboven).
- 51 Voorts zij opgemerkt dat verzoeksters bewering dat het in de betrokken sector gebruikelijk is om identieke artikelnummers te gebruiken voor het voortbrengsel van het eerdere model en voor het voortbrengsel van het volgende model, op geen enkele manier is aangetoond.
- 52 Bovendien geeft het EUIPO op overtuigende wijze aan dat deze bewering, ook al kan die opgaan voor een artikelnaam, onrealistisch is voor het artikelnummer, want het gebruik van eenzelfde artikelnummer voor de voortbrengselen van opeenvolgende modellen zou elk onderscheid tussen deze voortbrengselen bij de follow-up van de verkoop, bij de boekhouding of bij vragen omtrent de garantie onmogelijk maken.
- 53 Overigens zijn verzoeksters beweringen dat de door interveniënte overgelegde documenten mogelijk zijn vervalst, niet bewezen.
- 54 Aangaande, tot slot, verzoeksters beroep op een eerdere beslissing van een van de kamers van beroep van het EUIPO, voor zover deze grief geen deel uitmaakt van het eerste middel, dat in punt 35 hierboven is afgewezen, maar een verwijzing inhoudt naar de beslissingspraktijk van de kamers van beroep van het EUIPO, volgt uit vaste rechtspraak dat de beslissingen die deze kamers krachtens verordening nr. 207/2009 nemen ter zake van de inschrijving van een teken als Uniemerkt, op een gebonden en niet op een discretionaire bevoegdheid berusten. De rechtmatigheid van deze beslissingen moet dan ook alleen op basis van deze verordening worden beoordeeld en niet op basis van een aan die beslissingen voorafgaande praktijk. Het staat vast dat het EUIPO, gelet op de beginselen van gelijke behandeling en behoorlijk bestuur, bij het onderzoek van een aanvraag tot inschrijving van een Uniemerkt rekening moet houden met beslissingen die inzake soortgelijke aanvragen reeds zijn genomen, en zeer aandachtig moet onderzoeken of al dan niet een soortgelijke beslissing moet worden genomen. Hieraan is evenwel toegevoegd dat het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van behoorlijk bestuur samen met het wettigheidsbeginsel moeten worden geëerbiedigd. Dientengevolge kan de persoon die om inschrijving van een teken als merk verzoekt, zich niet met succes beroepen op een eventuele onrechtmatigheid die zou zijn begaan ten gunste van een derde, teneinde eenzelfde beslissing te verkrijgen. Het is bovendien juist om redenen van rechtszekerheid en behoorlijk bestuur dat elke merkaanvraag strikt en volledig moet worden onderzocht om te vermijden dat merken ten onrechte worden ingeschreven. Dit onderzoek moet in elk concreet geval gebeuren. Of een teken als merk wordt ingeschreven, hangt immers af van de specifieke criteria die gelden naargelang van de feitelijke omstandigheden van elk afzonderlijk geval en aan de hand waarvan moet worden nagegaan of een weigeringsgrond op het betrokken teken van

toepassing is [zie arrest van 16 februari 2017, Antrax It/EUIPO – Vasco Group (Thermosifons voor verwarmingsradiatoren), T-828/14 en T-829/14, EU:T:2017:87, punt 93 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

- 55 De in punt 54 hierboven in herinnering gebrachte rechtspraak betreffende het stelsel van het Uniemerk geldt mutatis mutandis voor het onderzoek van vorderingen tot nietigverklaring van modellen (arrest van 16 februari 2017, Thermosifons voor verwarmingsradiatoren, T-828/14 en T-829/14, EU:T:2017:87, punt 93).
- 56 In het onderhavige geval heeft de kamer van beroep, zoals blijkt uit de punten 43 tot en met 45 hierboven, terecht geconcludeerd dat het oudere model openbaar is gemaakt. Om deze conclusie te weerleggen kan verzoekster zich dus niet met succes beroepen op een eerdere beslissing van het EUIPO.
- 57 Hoe dan ook onderscheidt een aantal factoren de onderhavige zaak van de zaak waarop verzoekster zich beroept. Zo heeft interveniënte een beduidend groter aantal facturen overgelegd dan de partij die in die zaak om nietigverklaring had verzocht. Bovendien verwezen deze facturen naar de benaming van het oudere model en naar een artikelnummer, die beide voorkwamen in de originele catalogus waarin dit model werd voorgesteld. Tot slot zijn ook andere catalogi afkomstig van andere ondernemingen overgelegd.
- 58 Het is dan ook terecht dat de kamer van beroep in punt 29 van de bestreden beslissing heeft geconcludeerd dat op basis van deze elementen de twee zaken in voldoende mate van elkaar konden worden onderscheiden om te rechtvaardigen dat in elke zaak andere conclusies werden getrokken.
- 59 Uit het voorgaande volgt dat deze grief moet worden afgewezen.

*Onjuiste bepaling van de relevante ingewijden*

- 60 Verzoekster betoogt in wezen dat de kamer van beroep de relevante ingewijden niet juist heeft bepaald.
- 61 Verzoekster voert als eerste argument aan dat de kamer van beroep ten onrechte heeft geoordeeld dat handelaars behoorden tot de ingewijden.
- 62 Verzoeksters tweede argument is gebaseerd op het feit dat de kamer van beroep zich niet afdoende heeft uitgesproken over de vraag of een aanzienlijk deel van de ingewijden wel de mogelijkheid had om kennis te nemen van het litigieuze model, en aldus haar recht om gehoord te worden heeft geschonden.
- 63 Het EUIPO en interveniënte concluderen tot afwijzing van de grief in haar geheel.
- 64 Wat verzoeksters eerste argument betreft, heeft het Hof reeds geoordeeld dat artikel 11, lid 2, van verordening nr. 6/2002, dat bepaalt dat een model wordt geacht binnen de Unie voor het publiek beschikbaar te zijn gesteld indien het gepubliceerd is, tentoongesteld, in de handel gebracht, of anderszins openbaar gemaakt is, en wel op zodanige wijze dat deze feiten bij een normale gang van zaken redelijkerwijs ter kennis konden zijn gekomen van ingewijden in de betrokken sector die in de Unie werkzaam zijn, aldus moet worden uitgelegd dat een niet-ingeschreven model bij een normale gang van zaken redelijkerwijs ter kennis kan zijn gekomen van ingewijden in de betrokken sector die in de Unie werkzaam zijn, wanneer afbeeldingen van dit model zijn gedistribueerd aan handelaars die actief zijn in deze sector (arrest van 13 februari 2014, H. Gautzsch Großhandel, C-479/12, EU:C:2014:75, punt 30). Deze uitlegging geldt naar analogie voor artikel 7, lid 1, van verordening

nr. 6/2002, dat in soortgelijke bewoordingen is opgesteld als artikel 11, lid 2, van deze verordening en eveneens ertoe strekt te bepalen welke factoren relevant zijn om al dan niet het bestaan te erkennen van een openbaarmaking op grond waarvan een niet-ingeschreven model kan worden beschermd.

- 65 Derhalve kan niet met het eerste argument worden ingestemd.
- 66 Wat verzoeksters tweede argument betreft, dient eraan te worden herinnerd dat een model wordt geacht voor het publiek beschikbaar te zijn gesteld zodra de partij die de openbaarmaking aanvoert, het bewijs heeft geleverd van de feiten die deze openbaarmaking opleveren. Voor de weerlegging van dit vermoeden dient de partij die de openbaarmaking betwist, rechtens genoegzaam aan te tonen dat de omstandigheden van het concrete geval redelijkerwijs eraan in de weg konden staan dat deze feiten ter kennis zijn gekomen van ingewijden in de betrokken sector bij een normale gang van zaken [arrest van 21 mei 2015, *Senz Technologies/BHIM – Impliva (Paraplu's)*, T-22/13 en T-23/13, EU:T:2015:310, punt 26].
- 67 In het onderhavige geval heeft interveniënte, zoals in punt 45 hierboven is vermeld, de openbaarmaking van het oudere model rechtens genoegzaam aangetoond. Verzoekster levert echter niet het bewijs dat de omstandigheden van het concrete geval eraan in de weg stonden dat de feiten die deze openbaarmaking opleveren ter kennis zijn gekomen van ingewijden in de betrokken sector. Aangezien het aan verzoekster is om dit aan te tonen en zij niet heeft bewezen dat zij dit voor de kamer van beroep heeft gedaan, kan zij zich dus niet met succes beroepen op het feit dat deze kamer zich niet op dit punt heeft uitgesproken, en evenmin schending van haar recht om voldoende te worden gehoord aanvoeren.
- 68 Ten overvloede zij opgemerkt dat het argument inzake schending van het recht om te worden gehoord, onvoldoende is uitgewerkt om de gegrondheid ervan te kunnen beoordelen. Het moet dus in ieder geval worden afgewezen.
- 69 Voor zover verzoekster schending van het recht op een eerlijk proces aanvoert op grond van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten en artikel 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, dient ook dit argument te worden afgewezen gelet op de in punt 26 hierboven uiteengezette overwegingen.
- 70 Het tweede argument dient dus, evenals de derde grief, in zijn geheel te worden afgewezen.
- 71 Gezien de bovenstaande overwegingen dient te worden geconcludeerd dat de kamer van beroep terecht heeft vastgesteld dat het oudere model openbaar is gemaakt vóór de datum van indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze model, te weten 13 februari 2004.
- 72 Bijgevolg moet het onderhavige middel in zijn geheel worden afgewezen.

***Derde middel: schending van artikel 6 van verordening nr. 6/2002***

- 73 Verzoekster stelt dat de kamer van beroep artikel 6 van verordening nr. 6/2002 heeft geschonden door te oordelen dat het litigieuze model geen eigen karakter bezat.
- 74 Verzoekster voert hiertoe aan dat de elementen die de twee conflicterende modellen van elkaar onderscheiden, te weten twee horizontale strepen op de bodem van de mand en een rechthoek aan de achterzijde, door de geïnformeerde gebruiker worden waargenomen en diens algemene indruk van het litigieuze model domineren.
- 75 Het EUIPO en interveniënte concluderen tot afwijzing van het onderhavige middel.

- 76 Uit de bewoordingen van artikel 6, lid 1, onder b), van verordening nr. 6/2002 blijkt dat het eigen karakter bij een ingeschreven gemeenschapsmodel moet worden beoordeeld op basis van de algemene indruk die dit model wekt bij de geïnformeerde gebruiker. De algemene indruk die bij die gebruiker wordt gewekt, moet verschillen van die welke wordt gewekt door alle andere modellen die voor het publiek beschikbaar zijn gesteld vóór de datum van indiening van de aanvraag om inschrijving of, wanneer aanspraak op voorrang wordt gemaakt, vóór de datum van voorrang. Artikel 6, lid 2, van verordening nr. 6/2002 voegt daaraan toe dat bij die beoordeling rekening moet worden gehouden met de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het model [arrest van 29 oktober 2015, Roca Sanitario/BHIM – Villeroy & Boch (Waterkraan met één hendel), T-334/14, niet gepubliceerd, EU:T:2015:817, punt 15].
- 77 Volgens de rechtspraak vloeit het eigen karakter van een model voort uit een totaalindruk die, wat de geïnformeerde gebruiker betreft, verschilt of geen „djà vu”-effect heeft ten opzichte van alle oudere modellen, zonder dat rekening wordt gehouden met de verschillen die onvoldoende duidelijk zijn om die totaalindruk te beïnvloeden, ook al betreffen die verschillen niet enkel onbelangrijke details, maar met inaanmerkingneming van de verschillen die voldoende duidelijk zijn om een verschillende totaalindruk te wekken (arrest van 29 oktober 2015, Waterkraan met één hendel, T-334/14, niet gepubliceerd, EU:T:2015:817, punt 16).
- 78 Bij de beoordeling van het eigen karakter van een model ten opzichte van alle oudere modellen moet rekening worden gehouden met de aard van het voortbrengsel waarop het model wordt toegepast of waarin het is verwerkt en in het bijzonder met de bedrijfstak waarmee het verbonden is (zie overweging 14 van verordening nr. 6/2002), met de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het model, met een eventuele verzadiging van de stand van de techniek, die van dien aard kan zijn dat de geïnformeerde gebruiker gevoeliger is geworden voor de verschillen tussen de vergeleken modellen, alsook met de wijze waarop het betrokken voortbrengsel wordt gebruikt, in het bijzonder op basis van de normale bedieningswijze ervan op dat moment (arrest van 29 oktober 2015, Waterkraan met één hendel, T-334/14, niet gepubliceerd, EU:T:2015:817, punt 17).
- 79 Tot slot moet bij de beoordeling van het eigen karakter van een model ook rekening worden gehouden met de wijze waarop het wordt waargenomen door de geïnformeerde gebruiker. Volgens vaste rechtspraak is de geïnformeerde gebruiker in hoge mate oplettend en beschikt hij over een bepaalde kennis van de stand van de techniek, dat wil zeggen van de oudere modellen betreffende het betrokken voortbrengsel die op de datum van indiening van de aanvraag voor het litigieuze model of – in voorkomend geval – op de datum van de voorrang waarop aanspraak wordt gemaakt, beschikbaar waren gesteld (zie arrest van 29 oktober 2015, Waterkraan met één hendel, T-334/14, niet gepubliceerd, EU:T:2015:817, punt 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 80 In het onderhavige geval is, wat overigens door verzoekster niet wordt betwist, de geïnformeerde gebruiker door de kamer van beroep terecht gedefinieerd als een persoon die vertrouwd is met fietsmanden en die, zonder een ontwerper of een technisch deskundige te zijn, bekend is met de verschillende in de betrokken sector bestaande modellen en beschikt over een zekere kennis van de elementen waaruit deze modellen over het algemeen bestaan (punt 32 van de bestreden beslissing).
- 81 Bovendien heeft de kamer van beroep eveneens terecht geoordeeld, zonder dat dit door verzoekster wordt betwist, dat de vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van fietsmanden beperkt was door technische vereisten, aangezien een fietsmand moet worden bevestigd aan de fiets en objecten moet kunnen vervoeren zonder dat ze eruit vallen terwijl de fiets rijdt, maar dat de ontwerper kan kiezen uit een breed scala aan kleuren, materialen (bijvoorbeeld plastic, metaal, rotan of stof) en mandvormen (rond, ovaal of vierkant) (punt 33 van de bestreden beslissing).



- 82 De kamer van beroep heeft vervolgens erop gewezen, zonder blijk te geven van een onjuiste opvatting, dat de betrokken manden op zijn minst overeenkwamen wat betreft een aantal kenmerken (punt 35 van de bestreden beslissing), te weten het feit dat:
- het materiaal van de beide manden bestond uit een fijnmazig metalen rooster;
  - beide fietsmanden rechthoekig waren;
  - de bovenranden van de twee zijkanten naar voren hielden;
  - de voorzijde half zo hoog was als de achterzijde;
  - de rand rondom de gehele mand opliep aan de laagste kleinere zijde.
- 83 De kamer van beroep heeft eveneens terecht geconstateerd dat de conflicterende modellen verschilden in het feit dat het litigieuze model twee elementen had die het oudere model niet vertoonde, te weten twee horizontale strepen op de bodem en een rechthoek aan de kleine achterzijde (punt 36 van de bestreden beslissing).
- 84 De kamer van beroep heeft geoordeeld dat de twee horizontale strepen op de bodem van het litigieuze model door de geïnformeerde gebruiker werden waargenomen als een versterking van de mand. Zij heeft tevens gemeend dat de rechthoek aan de kleine achterzijde van het litigieuze model werd gezien als een naambordje, deze eigenschappen niet het totaalbeeld van de fietsmand domineerden en de gebruiker in de conflicterende modellen dus dezelfde vorm, hetzelfde materiaal en dezelfde esthetische kwaliteiten zag. De conclusie van de kamer van beroep luidde dat de conflicterende modellen dezelfde algemene indruk opwekten en hun beperkte verschillen niet voldoende waren om het eigen karakter van het litigieuze model vast te stellen (punt 37 van de bestreden beslissing).
- 85 Gelet op alle overwegingen in de voorgaande punten, die moeten worden onderschreven, dient te worden vastgesteld dat de kamer van beroep op grond van de door haar in aanmerking genomen elementen terecht heeft geconcludeerd dat de conflicterende modellen dezelfde algemene indruk opwekten bij de geïnformeerde gebruiker en het litigieuze model geen eigen karakter bezat.
- 86 Verzoekster voert in haar verzoekschrift geen enkel argument aan dat de in punt 85 hierboven geformuleerde conclusie zou kunnen weerleggen.
- 87 Het onderhavige middel moet dus worden afgewezen.
- 88 Hieraan dient aangaande de argumenten die zijn voorgedragen in de procedure voor het EUIPO, waarnaar verzoekster met name in de punten 61, 66 en 82 van haar verzoekschrift verwijst, te worden toegevoegd dat ofschoon het verzoekschrift op specifieke punten kan worden gestaafd en aangevuld door verwijzingen naar uittreksels uit bijgevoegde stukken, de bijlagen louter dienen als bewijsmiddel en documentatie. De bijlagen kunnen derhalve niet worden gebruikt om een in het verzoekschrift summier uiteengezet middel uit te werken door bezwaren of argumenten aan te voeren die daarin niet zijn genoemd (arrest van 30 januari 2007, France Télécom/Commissie, T-340/03, EU:T:2007:22, punt 167). Deze argumenten moeten derhalve niet-ontvankelijk worden verklaard.
- 89 Uit al het voorgaande volgt dat het beroep moet worden verworpen.



## Kosten

- <sup>90</sup> Volgens artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van het EUIPO en van interveniënte te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT (Negende kamer),

rechtdoende, verklaart:

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

Gervasoni

Kowalik-Bańczyk

Mac Eochaidh

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 17 mei 2018.

ondertekeningen