



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Tiende kamer)

4 juli 2019 *

„Hogere voorziening – Uniemark – Verordening (EG) nr. 207/2009 – Oppositieprocedure – Artikel 8, lid 1, onder b) – Aanvraag tot inschrijving van het beeldmerk dat het wordelement „FI” bevat – Oppositie door de houder van het beeldmerk dat het wordelement „fly.de” bevat – Afwijzing – Overeenstemmende tekens – Aanduiding in standardschrift in het *Uniemarkenblad* – Verwarringsgevaar”

In zaak C-99/18 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 12 februari 2018,

FTI Touristik GmbH, gevestigd te München (Duitsland), vertegenwoordigd door A. Parr, Rechtsanwältin,

rekwirante,

andere partijen in de procedure:

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

verweerder in eerste aanleg,

Harald Prantner, wonende te Hamburg (Duitsland),

Daniel Giersch, wonende te Monaco (Monaco),

vertegenwoordigd door S. Eble, Rechtsanwalt,

interveniënten in eerste aanleg,

wijst HET HOF (Tiende kamer),

samengesteld als volgt: C. Lycourgos, kamerpresident, M. Ilešič (rapporteur) en I. Jarukaitis, rechters,

advocaat-generaal: G. Pitruzzella,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

* Procestaal: Duits.

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

Arrest

- 1 Met haar hogere voorziening verzoekt FTI Touristik GmbH om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 30 november 2017, FTI Touristik/EUIPO – Prantner en Giersch (Fl) (T-475/16, niet gepubliceerd, EU:T:2017:856; hierna: „bestreden arrest”), waarbij het Gerecht haar beroep tot vernietiging van de beslissing van de vijfde kamer van beroep van het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO) van 16 juni 2016 (zaak R 480/2015-5) inzake een oppositieprocedure tussen FTI Touristik enerzijds en Harald Prantner en Daniel Giersch anderzijds (hierna: „litigieuze beslissing”) heeft verworpen.

Toepasselijke bepalingen

- 2 Verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het Uniemerk (PB 2009, L 78, blz. 1) is gewijzigd bij verordening (EU) 2015/2424 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 (PB 2015, L 341, blz. 21), die op 23 maart 2016 in werking is getreden. Met ingang van 1 oktober 2017 is verordening nr. 207/2009, zoals gewijzigd, ingetrokken en 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). Gelet op de datum waarop de betrokken merkaanvraag in casu is ingediend, namelijk op 7 oktober 2013, welke datum beslissend is ter vaststelling van het toepasselijke materiële recht, gelden voor de onderhavige zaak de materiële bepalingen van verordening nr. 207/2009.
- 3 Artikel 8, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 luidde:

„Na oppositie door de houder van een ouder merk wordt inschrijving van het aangevraagde merk geweigerd:

[...]

- b) wanneer het gelijk is aan of overeenstemt met het oudere merk en betrekking heeft op dezelfde of soortgelijke waren of diensten, indien daardoor verwarring bij het publiek kan ontstaan op het grondgebied waarop het oudere merk beschermd wordt; verwarring omvat het gevaar van associatie met het oudere merk.”

Voorgeschiedenis van het geding en litigieuze beslissing

- 4 De voorgeschiedenis van het geding en de litigieuze beslissing zijn in de punten 1 tot en met 15 van het bestreden arrest uiteengezet als volgt:

„1. Op 7 oktober 2013 hebben interveniënten, [...] Prantner en [...] Giersch bij het [EUIPO] een Uniemerkaanvraag ingediend krachtens verordening [nr. 207/2009].

2. Het merk waarvan inschrijving is aangevraagd, betreft het volgende beeldteken:



3. De waren en diensten waarvoor de merkaanvraag werd ingediend, behoren tot de klassen 16, 39 en 43 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 voor elk van deze klassen omschreven als volgt:

- klasse 16: ‚Drukwerken; foto’s; schrijfbehoeften; verpakkingsmateriaal; publicaties en uitgaven; boeken; handboeken; pamfletten; nieuwsbrieven; albums; kranten; tijdschriften en periodieken; plaatsbewijzen; vouchers; coupons en reisdocumenten; passen; etiketten en labels; aanplakbiljetten; briefkaarten; kalenders; agenda’s en dagboeken; leermiddelen’;
- klasse 39: ‚Transport; organisatie van reizen; reisinlichtingen; ter beschikking stellen van parkeerfaciliteiten voor voertuigen; transport van goederen, personen en reizigers door de lucht, over land, over zee en per spoor; luchtvaart- en verschepingsdiensten; incheckdiensten op luchthavens; het organiseren van vervoer van passagiers, goederen en reizen over land en over het water; luchtvaartdiensten; bagagevervoer; verwerking van ladingen en vrachtdiensten; organisatie, beheer en voorziening van faciliteiten voor cruises, rondreizen, excursies en korte vakanties; het charteren van luchtvaartuigen; verhuur en huren van luchtvaartuigen, personenauto’s en boten; taxidiensten; busdiensten; chauffeursdiensten; busvervoer; treindiensten; luchthaventransferdiensten; parkeerdiensten op luchthavens; vliegtuigparkeerdiensten; reizigersbegeleiding; dienstverlening van een reisbureau; advisering, consultancy en informatie met betrekking tot alle voornoemde diensten; terbeschikkingstelling van informatie met betrekking tot vervoersdiensten; on line ter beschikking stellen van reisinformatie; het boeken van reizen via computerdatabases of het internet’;
- klasse 43: ‚Het verstrekken van voedsel en dranken, tijdelijke huisvesting; dienstverlening op het gebied van restaurants en bars; catering; verschaffing van vakantieaccommodatie; boekingen en reserveringen voor restaurants en vakantiehuisvesting; diensten van hotels en/of restaurants; reserveringsdiensten in verband met de exploitatie van hotels’.

4. De Uniemerkaanvraag is in het *Uniemerkenblad* nr. 225/2013 van 26 november 2013 gepubliceerd.

5. Op 26 februari 2014 heeft verzoekster, FTI Touristik [...], op grond van artikel 41 van verordening nr. 207/2009 (thans artikel 46 van verordening 2017/1001) oppositie ingesteld tegen de inschrijving van het aangevraagde merk voor de hierboven in punt 3 bedoelde waren en diensten.

6. De oppositie was gebaseerd op het volgende oudere Uniebeeldmerk:



Dit merk duidt waren en diensten aan van de klassen 16, 39, 41 en 43, die voor elk deze klassen worden omschreven als volgt:

- klasse 16: ‚Drukwerken, met name catalogussen, prospectussen, informatiemateriaal; kantoorartikelen (uitgezonderd meubelen); leermiddelen en onderwijsmateriaal, voor zover begrepen in klasse 16; globes, atlassen; papier, karton en hieruit vervaardigde producten (voor zover begrepen in klasse 16); schrijfbehoeften; plastic materialen voor verpakking, waaronder plastic zakjes of tassen, voor zover begrepen in klasse 16, hoezen van plastic, met name voor reisbescheiden’;
- klasse 39: ‚Transport, waaronder bemiddeling en verhuur van transportmiddelen; planning, organisatie, boeking en bemiddeling van reizen, ook met behulp van elektronische inrichtingen; dienstverlening inzake toerisme; stadsrondleidingen en begeleiding van reizigers; inlichtingen op het gebied van transport en reizen, ook met behulp van elektronische inrichtingen’;
- klasse 41: ‚Opvoeding; opleiding; animatie en ontspanning; sportieve en culturele activiteiten; diensten op het gebied van vrijetijdsbesteding; publicatie en uitgave van drukwerken alsmede van daarmee samenhangende elektronische media (met inbegrip van cd-rom en cd-i); verhuur van films, bespeelde video’s, film-, radio-, televisietoestellen, sporttoestellen; het organiseren en houden van conferenties, congressen, symposia, vergaderingen en seminars’;
- klasse 43: ‚Reservering van accommodatie; dienstverlening op het gebied van huisvesting; diensten op het gebied van restauratie (het verstrekken van voedsel en dranken) en tijdelijke huisvesting; bemiddeling bij tijdelijke huisvesting en restauratie (het verstrekken van voedsel en dranken) in hotels en restaurants waaronder het bemiddelen bij vakantiewoningen en vakantiehuizen’.

7. Ter staving van de oppositie werd de in artikel 8, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 [thans artikel 8, lid 1, onder b), van verordening 2017/1001] bedoelde grond aangevoerd.

8. Op 3 februari 2015 heeft de oppositieafdeling de oppositie toegewezen en de merkaanvraag voor alle betrokken waren en diensten afgewezen.

9. Op 26 februari 2015 hebben interveniënten bij het EUIPO beroep ingesteld tegen de beslissing van de oppositieafdeling krachtens de artikelen 58 tot en met 64 van verordening nr. 207/2009 (thans de artikelen 66 tot en met 71 van verordening 2017/1001).

10. Bij de [litigieuze beslissing] heeft de vijfde kamer van beroep van het EUIPO de beslissing van de oppositieafdeling vernietigd.

11. Allereerst heeft zij in punt 19 van de [litigieuze] beslissing opgemerkt dat de betrokken waren en diensten bestemd waren zowel voor het grote publiek als voor een gespecialiseerd publiek, en dat moest worden gekeken naar het publiek met het minst hoge aandachtsniveau, namelijk het grote publiek met een gemiddeld aandachtsniveau. Vervolgens heeft zij in punt 20 van de [litigieuze] beslissing geoordeeld dat het relevante grondgebied voor de beoordeling van het verwarringsgevaar de gehele Europese Unie was, alvorens te preciseren dat de oppositie moest worden toegewezen zelfs indien er slechts in één lidstaat verwarringsgevaar bestond.

12. Wat de vergelijking van de waren en diensten betreft, heeft de [vijfde] kamer van beroep [van het EUIPO] in punt 25 van de [litigieuze] beslissing ingestemd met de voor haar niet betwiste conclusie van de oppositieafdeling, zoals weergegeven in punt 24 van de [litigieuze] beslissing, dat de betrokken waren en diensten deels dezelfde en deels soortgelijk waren. Aldus heeft zij vastgesteld dat de door het aangevraagde merk aangeduide waren van klasse 16 en de door het oudere merk aangeduide waren van die klasse dezelfde waren. Evenzo heeft zij geoordeeld dat de door het aangevraagde merk aangeduide diensten van klasse 39 en de door het oudere merk aangeduide diensten van die klasse dezelfde waren, met uitzondering van de diensten bestaande in ,ter beschikking stellen van parkeerfaciliteiten voor voertuigen; parkeerdiensten op luchthavens; vliegtuigparkeerdiensten', die als analoog aan de dienst ,transport' van het oudere merk zijn aangemerkt. Ten slotte heeft zij geoordeeld dat alle diensten van klasse 43 van het aangevraagde merk dezelfde waren als die van dezelfde klasse van het oudere merk, met uitzondering van ,boekingen en reserveringen voor restaurants en vakantiehuisvesting', die soortgelijk zijn aan ,diensten op het gebied van restauratie (het verstrekken van voedsel en dranken) en tijdelijke huisvesting'.

13. De [vijfde] kamer van beroep [van het EUIPO] heeft ook de conflicterende tekens onderzocht en heeft in punt 32 van de [litigieuze] beslissing geoordeeld dat deze tekens op visueel vlak geenszins overeenstemden. Op fonetisch vlak heeft zij in de punten 33 en 34 van de [litigieuze] beslissing in wezen geoordeeld dat de conflicterende tekens voor het publiek dat de Engelse term ,fly' niet kende, niet overeenstemden. Voor de consument die het Engelse woord ,fly' kende, was er sprake van een fonetische overeenstemming op voorwaarde dat het aangevraagde merk in verband werd gebracht met het woord ,fly'. Dit leek echter weinig waarschijnlijk, omdat er een groot verschil bestond tussen de letter ,y' en het gestileerde hart in het aangevraagde merk en omdat het voorts niet gebruikelijk was om de letter ,y' door het symbool van een hart te vervangen. Op begripsmatig vlak heeft zij in de punten 35 en 36 van de [litigieuze] beslissing in wezen geoordeeld dat de conflicterende tekens niet overeenstemden voor het publiek dat de Engelse term ,fly' niet kende. Voor de consument die het Engelse woord ,fly' kende en begreep, bestond er een begripsmatige overeenstemming op voorwaarde dat hij het woord ,fly' herkende in het aangevraagde merk. Dit leek echter weinig waarschijnlijk om dezelfde redenen als die welke zijn uiteengezet in het kader van de beoordeling van de fonetische overeenstemming.

14. De [vijfde] kamer van beroep [van het EUIPO] heeft in punt 40 van de [litigieuze] beslissing geoordeeld dat het oudere merk een gemiddeld intrinsiek onderscheidend vermogen had voor de niet-Engelstalige consument en een zwak intrinsiek onderscheidend vermogen voor het Engelstalige publiek.

15. Wat het onderzoek van het gevaar voor verwarring van de conflicterende tekens betreft, heeft de [vijfde] kamer van beroep [van het EUIPO] in punt 47 van de [litigieuze] beslissing geoordeeld dat er geen verwarringsgevaar was. Zij heeft in dit verband in punt 46 van de [litigieuze] beslissing opgemerkt dat, gelet op het zuiver beschrijvende karakter van het gemeenschappelijke bestanddeel, de fonetische, begripsmatige en vooral visuele verschillen tussen de tekens volstonden om met zekerheid verwarringsgevaar uit te sluiten, ook voor dezelfde waren en diensten."

Beroep voor het Gerecht

- 5 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 26 augustus 2016, heeft rekwirante beroep tot vernietiging van de litigieuze beslissing ingesteld. Daartoe heeft zij één middel aangevoerd, te weten schending van artikel 8, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009. Verzoekster heeft in wezen betoogd dat de vijfde kamer van beroep van het EUIPO de visuele, fonetische en begripsmatige overeenstemming van de conflicterende tekens onjuist heeft beoordeeld en dat deze kamer van beroep ten onrechte een zwak onderscheidend vermogen aan het oudere merk heeft toegekend voor het Engelstalige publiek, zodat er geen enkel verwarringsgevaar tussen de conflicterende tekens zou bestaan.

- 6 Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht, ten eerste, met betrekking tot de vergelijking van de conflicterende tekens geoordeeld dat de vijfde kamer van beroep van het EUIPO op goede gronden tot de conclusie was gekomen dat het aangevraagde merk en het oudere merk visueel, fonetisch en begripsmatig niet overeenstemden. Ten tweede, wat het onderscheidend vermogen van het oudere merk betreft, heeft het Gerecht geoordeeld dat deze kamer van beroep op goede gronden had geoordeeld dat het oudere merk voor het niet-Engelstalige publiek een gemiddeld onderscheidend vermogen en voor het Engelstalige publiek een zwak onderscheidend vermogen heeft. Ten derde heeft het Gerecht met betrekking tot het verwarringsgevaar geoordeeld dat rekwirante niet had aangetoond dat die kamer van beroep ten onrechte had geoordeeld dat er geen gevaar voor verwarring van het aangevraagde merk met het oudere merk bestond. Het Gerecht heeft derhalve het enige middel afgewezen en het beroep in zijn geheel verworpen.

Conclusies van partijen in hogere voorziening

- 7 FTI Touristik verzoekt het Hof om:
- vernietiging van het bestreden arrest en
 - verwijzing van het EUIPO in de kosten.
- 8 Het EUIPO verzoekt het Hof om:
- afwijzing van de hogere voorziening en
 - verwijzing van FTI Touristik in de kosten.
- 9 Prantner en Giersch verzoeken het Hof, de hogere voorziening af te wijzen.

Hogere voorziening

- 10 In hogere voorziening voert rekwirante één middel aan, te weten schending van artikel 8, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009, dat uit vier onderdelen bestaat. In het kader van het eerste onderdeel van het enige middel verwijt zij het Gerecht ook dat het zijn motiveringsplicht niet is nagekomen.

Eerste onderdeel van het enige middel

- 11 Met het eerste onderdeel van het enige middel stelt rekwirante dat het Gerecht in het kader van de beoordeling van het bestaan van verwarringsgevaar een methodologische fout heeft gemaakt door bij zijn onderzoek van de overeenstemming van de betrokken tekens geen rekening te houden met de aanduiding van het aangevraagde merk in standaardschrift zoals deze in het *Uniemerkenblad* staat. Het Gerecht is in die context ook zijn motiveringsplicht niet nagekomen door rekwirantes argument inzake die aanduiding niet te onderzoeken.
- 12 Het EUIPO is van mening dat het eerste onderdeel van het enige middel niet-ontvankelijk is, omdat het een poging is van rekwirante om feitelijke vragen aan het Hof voor te leggen. Dit onderdeel is hoe dan ook ongegrond.
- 13 Wat de ontvankelijkheid van het eerste onderdeel van het enige middel betreft, zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het verwarringsgevaar bij het publiek globaal dient te worden beoordeeld, met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval. Ook al betreft de beoordeling van deze omstandigheden een feitenkwestie die niet onder het toezicht van het Hof valt,

levert de niet-inaanmerkingneming van alle betrokken omstandigheden een onjuiste rechtsopvatting op waartegen op zich kan worden opgekomen voor het Hof in het kader van een hogere voorziening (arrest van 16 juni 2011, *Union Investment Privatfonds/UniCredito Italiano*, C-317/10 P, EU:C:2011:405, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 14 Voorts is de vraag naar de omvang van de motiveringsplicht een rechtsvraag die in het kader van een hogere voorziening vatbaar is voor toetsing door het Hof (arrest van 28 juni 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commissie*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punt 453).
- 15 Hieruit volgt dat het eerste onderdeel van het enige middel ontvankelijk is.
- 16 Wat de gegrondheid van dit onderdeel betreft, moet de gestelde niet-nakoming door het Gerecht van zijn motiveringsplicht meteen van de hand worden gewezen.
- 17 In dit verband zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de ingevolge artikel 36 en artikel 53, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie op het Gerecht rustende motiveringsplicht niet inhoudt dat het Gerecht bij zijn redenering alle door de partijen bij het geding uiteengezette argumenten één voor één uitputtend dient te behandelen. De motivering kan ook impliciet zijn, mits de belanghebbenden de redenen kunnen kennen waarop het Gerecht zich baseert en het Hof over voldoende elementen beschikt om zijn toezicht in het kader van een hogere voorziening uit te oefenen (arrest van 20 september 2016, *Mallis e.a./Commissie en ECB*, C-105/15 P–C-109/15 P, EU:C:2016:702, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 18 In casu moet worden vastgesteld dat uit punt 43 van het bestreden arrest blijkt dat „[w] at de in het *Uniemerkenblad* gepubliceerde [aanduiding] van het aangevraagde merk in standardschrift betreft, te weten ‚fly‘, moet worden opgemerkt dat deze [aanduiding] niet bepalend is voor de beoordeling, in het kader van een oppositieprocedure, van de door samengestelde merken opgeroepen fonetische indruk”.
- 19 Hieruit volgt dat het Gerecht, anders dan rekwirante stelt, door te oordelen dat die aanduiding niet bepalend is voor de beoordeling van de betrokken fonetische indruk, impliciet maar noodzakelijkerwijs heeft geoordeeld dat die aanduiding geen aanwijzing vormt voor de wijze waarop het relevante publiek het betrokken merk waarneemt.
- 20 Een dergelijke beoordeling berust verder niet op een onjuiste rechtsopvatting. Zoals het Gerecht in punt 21 van het bestreden arrest in herinnering heeft gebracht, volgt immers uit vaste rechtspraak dat het verwarringsgevaar globaal dient te worden beoordeeld met inachtneming van de wijze waarop het relevante publiek de betrokken tekens en waren of diensten waarneemt, en rekening houdend met alle relevante factoren van het concrete geval, in het bijzonder de onderlinge samenhang tussen de overeenstemming van de tekens en de soortgelijkheid van de waren of diensten waarop zij betrekking hebben.
- 21 Zoals het Gerecht in wezen heeft geoordeeld in punt 43 van het bestreden arrest, dat in punt 18 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, is de aanduiding in standardschrift van een beeldmerk in het *Uniemerkenblad* – of deze nu overeenstemt met de bedoeling van de aanvrager van het betrokken merk of met de vermelding door het EUIPO in dat Blad – irrelevant voor de beoordeling van de fonetische perceptie door het relevante publiek van de betrokken tekens, die niet samenvallen met de aanduiding ervan in standardschrift in dat Blad.
- 22 Bijgevolg moet het eerste onderdeel van het enige middel worden afgewezen.

Tweede onderdeel van het enige middel

- 23 Met het tweede onderdeel van het enige middel voert rekwirante aan dat het Gerecht, net als de vijfde kamer van beroep van het EUIPO, een methodologische fout heeft gemaakt bij de beoordeling van het bestaan van verwarringsgevaar. In dit verband is het weliswaar mogelijk dat fonetische overeenstemmingen worden gecompenseerd door visuele verschillen, zodat ondanks een fonetische overeenstemming geen verwarringsgevaar bestaat, maar een dergelijke compensatie moet worden onderzocht in het licht van de beoordeling van het bestaan van verwarringsgevaar. Indien een dergelijk onderzoek al in het stadium van de vergelijking van de tekens zou worden verricht, zou overeenstemming van de merken immers op zich uitgesloten zijn, zonder dat rekening kan worden gehouden met andere factoren die van invloed zijn op het verwarringsgevaar, zoals het onderscheidend vermogen van het betrokken merk of de gelijkheid of soortgelijkheid van de betrokken waren en diensten.
- 24 Het EUIPO voert aan dat het tweede onderdeel van het enige middel niet-ontvankelijk is, aangezien het niet het bestreden arrest betreft, maar de litigieuze beslissing. Hoe dan ook is dit onderdeel moeilijk te begrijpen en ongegrond.
- 25 Wat de ontvankelijkheid van het tweede onderdeel van het enige middel betreft, dient te worden opgemerkt dat, anders dan het EUIPO aanvoert, rekwirante in haar hogere voorziening niet alleen de rechtmatigheid van de litigieuze beslissing betwist, maar ook stelt dat het Gerecht in punt 64 van het bestreden arrest, zonder passende rechtvaardiging te geven, tot de conclusie is gekomen dat de conflicterende tekens niet overeenstemden, waardoor zij in het kader van de beoordeling van het verwarringsgevaar een onjuiste methode heeft toegepast. Het tweede onderdeel van het enige middel is dus ontvankelijk.
- 26 Wat de gegrondheid van dit onderdeel betreft, moet worden vastgesteld dat dit onderdeel berust op een onjuiste lezing van het bestreden arrest.
- 27 In dit verband volstaat het op te merken dat het Gerecht in punt 64 van het bestreden arrest heeft vastgesteld dat „verzoeksters betoog inzake het verwarringsgevaar berust op de onjuiste idee dat de [vijfde] kamer van beroep [van het EUIPO] had moeten oordelen dat de conflicterende tekens in hoge mate overeenstemden aangezien zij voor de meeste consumenten het woordelement ‚fly’ gemeen hebben”, waarbij het Gerecht dienaangaande verwijst naar de punten 26 tot en met 57 van dat arrest. In punt 65 van dat arrest heeft het Gerecht daaruit afgeleid dat rekwirante niet had aangetoond dat deze kamer van beroep ten onrechte had geoordeeld dat er geen verwarringsgevaar in de zin van artikel 8, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 bestond. Aldus heeft het Gerecht zich in punt 64 van het bestreden arrest in wezen beperkt tot de vaststelling dat de kamer van beroep op goede gronden kon oordelen dat er in casu geen verwarringsgevaar bestond.
- 28 Voorts blijkt evenmin uit die punten 26 tot en met 57, en in het bijzonder uit de punten 30 tot en met 36, van het bestreden arrest, die betrekking hebben op de visuele overeenstemming van de conflicterende tekens, uit de punten 41 tot en met 44 van dit arrest, die de fonetische overeenstemming van deze tekens betreffen, en uit de punten 49 tot en met 51 van dit arrest, die zien op de begripsmatige overeenstemming van deze tekens, dat het Gerecht zich in het kader van zijn beoordeling van de overeenstemming van de betrokken tekens heeft gebaseerd op een „compensatie” van de fonetische overeenstemming van de betrokken tekens door het visuele verschil tussen die tekens.
- 29 Bijgevolg moet het tweede onderdeel van het enige middel worden afgewezen.

Derde onderdeel van het enige middel

- 30 Met het derde onderdeel van het enige middel komt rekwirante op tegen de beoordeling in punt 42 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht heeft geoordeeld dat, aangezien het oudere merk het element „de” bevat, er geen fonetische overeenstemming tussen de betrokken tekens bestaat omdat het oudere merk door dit element steeds in meerdere lettergrepen wordt uitgesproken. Aldus heeft het Gerecht aan dit element een dominerend karakter toegekend in de door het oudere merk opgeroepen totaalindruk, terwijl een domeinextensie slechts een functionele betekenis heeft en daaraan in beginsel dus geen dergelijk karakter kan worden toegeschreven.
- 31 Het EUIPO voert aan dat het derde onderdeel van het enige middel ongegrond is.
- 32 Opgemerkt zij dat het Gerecht in punt 42 van het bestreden arrest heeft uiteengezet dat „[h]et niet waarschijnlijk is dat het relevante publiek de letter ‚y’ in het beeldelement van het aangevraagde merk herkent. Zoals blijkt uit punt 34 hierboven, bestaat er een groot verschil tussen de letter ‚y’ en het symbool van het hart in het aangevraagde merk en is het voorts niet gebruikelijk om de letter ‚y’ te vervangen door een dergelijk symbool. Zelfs als de consument, zoals verzoekster betoogt, de letter ‚y’ in het symbool van het gestileerde hart herkent, wordt de fonetische overeenstemming van de wordelementen ‚fly’ in elk van de conflicterende tekens afgezwakt door de aanwezigheid van het wordelement ‚de’ in het oudere merk. Verzoekster voert geen enkel argument aan dat kan afdoen aan de beoordeling die de [vijfde] kamer van beroep [van het EUIPO] in punt 33 van de [litigieuze] beslissing heeft verricht met betrekking tot de uitspraak van dit wordelement en volgens welke het oudere merk altijd in meerdere lettergrepen zal worden uitgesproken, waarbij het exacte aantal ervan afhangt van de taalkundige regels van elke nationale taal”.
- 33 Zoals blijkt uit punt 42 van het bestreden arrest, is de beoordeling van het Gerecht gebaseerd op de vaststelling dat er een groot verschil bestaat tussen de letter „y” en het symbool van het hart in het aangevraagde merk en voorts dat het niet gebruikelijk is de letter „y” te vervangen door een dergelijk symbool, zodat het niet waarschijnlijk is dat het relevante publiek de letter „y” in het beeldelement van het aangevraagde merk zal herkennen. Aangezien rekwirante in casu geen onjuiste opvatting van de feiten aanvoert, levert een dergelijke beoordeling geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof in het kader van een hogere voorziening (zie met name arrest van 2 september 2010, Calvin Klein Trademark Trust/BHIM, C-254/09 P, EU:C:2010:488, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 34 In dit verband heeft het Gerecht slechts ten overvloede, in het geval dat de consument de letter „y” herkent in het symbool van het gestileerde hart, geoordeeld dat de fonetische overeenstemming van de wordelementen „fly” in elk van de conflicterende tekens wordt afgezwakt door de aanwezigheid van het wordelement „de” in het oudere merk.
- 35 Grieven tegen ten overvloede aangevoerde overwegingen van het bestreden arrest kunnen echter niet tot vernietiging van dat arrest leiden (arrest van 6 september 2017, Intel/Commissie, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 36 Hieruit volgt dat het derde onderdeel van het enige middel niet ter zake dienend is.

Vierde onderdeel van het enige middel

- 37 Met het vierde onderdeel van het enige middel stelt rekwirante dat het hartsymbool in het aangevraagde merk door interveniënten in eerste aanleg zeer zeker wordt bedoeld als de letter „y”, aangezien in al hun andere Uniemerken het hartsymbool, zoals in casu, de letter „y” vervangt. Ook uit de door de houder van het aangevraagde merk geëxploiteerde website blijkt dat hij met het hartsymbool de vervanging van de letter „y” beoogt.

- 38 Het EUIPO betwist de ontvankelijkheid van het vierde onderdeel van het enige middel, dat een louter feitelijke uiteenzetting is. Dit onderdeel is hoe dan ook ongegrond.
- 39 Er zij aan herinnerd 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 alleen rechtsvragen kan betreffen. Het Gerecht is dus bij uitsluiting bevoegd om de relevante feiten vast te stellen en te beoordelen alsook om de bewijsstukken te beoordelen. De beoordeling van de feiten en bewijsstukken levert – behoudens het geval van een onjuiste opvatting ervan – dus geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof in het kader van een hogere voorziening (zie met name arrest van 2 september 2010, Calvin Klein Trademark Trust/BHIM, C-254/09 P, EU:C:2010:488, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 40 In casu moet worden vastgesteld dat rekwirante zich met het vierde onderdeel van het enige middel beperkt tot het in vraag stellen van de feitelijke analyse die het Gerecht in punt 42 van het bestreden arrest heeft verricht.
- 41 Het vierde onderdeel van het enige middel is derhalve niet-ontvankelijk.
- 42 Gelet op een en ander moet de hogere voorziening in haar geheel worden afgewezen.

Kosten

- 43 Ingevolge artikel 137 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, dat krachtens artikel 184, lid 1, ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt ten aanzien van de proceskosten beslist in het arrest of de beschikking waardoor een einde komt aan het geding. Ingevolge artikel 138, lid 1, van dat Reglement, dat krachtens artikel 184, lid 1, ervan eveneens 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.
- 44 Aangezien rekwirante in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van het EUIPO te worden verwezen in haar eigen kosten en in die van het EUIPO. Prantner en Giersch, die geen vordering inzake de kosten hebben geformuleerd, dragen hun eigen kosten.

Het Hof (Tiende kamer) verklaart:

- 1) De hogere voorziening wordt afgewezen.**
- 2) FTI Touristik GmbH wordt verwezen in haar eigen kosten en in die van het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO).**
- 3) Harald Prantner en Daniel Giersch dragen hun eigen kosten.**

ondertekeningen