

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)  
29 april 2004 \*

In zaak T-399/02,

**Eurocermex SA**, gevestigd te Evere (België), vertegenwoordigd door A. Bertrand en T. Reisch, advocaten,

verzoekster,

tegen

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

verweerder,

betreffende een verzoek tot vernietiging van de beslissing van de eerste kamer van beroep van het BHIM van 21 oktober 2002 (zaak R 188/2002-1) inzake een aanvraag tot inschrijving van een driedimensionaal merk (fles met lange hals waarin een schijfje citroen is vastgeklemd) als gemeenschapsmerk,

\* Procestaal: Frans.

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: J. Pirrung, kamerpresident, A. W. H. Meij en N. J. Forwood, rechters,  
griffier: J. Palacio González, administrateur,

gezien het op 31 december 2002 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 24 april 2003 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

na de terechtzitting op 25 november 2003,

het navolgende

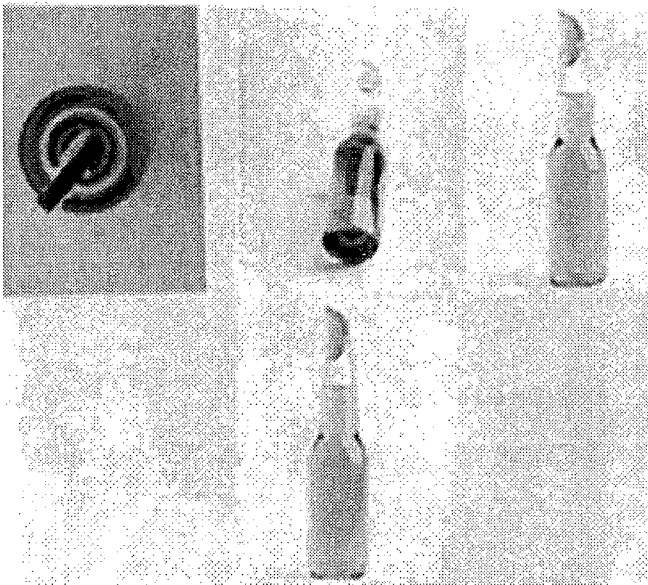
**Arrest**

**Voorgeschiedenis van het geschil**

Op 27 november 1998 diende verzoekster, die het Mexicaanse bier CORONA in de handel brengt en verdeelt op het Europees grondgebied, bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) een aanvraag tot inschrijving van een gemeenschapsmerk in krachtens verorde-

ning (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), zoals gewijzigd.

- 2 Het merk waarvan de inschrijving wordt aangevraagd, is een driedimensionale vorm waarvoor de kleuren geel en groen worden geclaimd. Volgens de in de bijlage bij de merkaanvraag verstrekte grafische voorstelling (hierna in zwart-wit weergegeven), bestaat het merk uit een doorzichtige, met een gele vloeistof gevulde fles met een lange hals waarin een schijfje citroen met groene schil is vastgeklemd.



- 3 De waren en diensten waarvoor de inschrijving van het merk is aangevraagd, behoren tot de klassen 16, 25, 32 en 42 in de zin van de overeenkomst van Nice

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

- klasse 16: „Papier, karton en hieruit vervaardigde producten; drukwerken, boekbinderswaren, foto's; schrijfbehoeften; kleefstoffen voor kantoorgebruik of voor de huishouding; kantoorartikelen (uitgezonderd meubelen); plastic materialen voor verpakking, voorzover niet begrepen in andere klassen; drukletters; clichés”;
  
- klasse 25: „Allerlei soorten kleding, blouses, allerlei soorten korte broeken; allerlei soorten schoeisel; allerlei soorten hoofddeksels”;
  
- klasse 32: „Bieren, minerale en gazeuse wateren, vruchtensappen”;
  
- klasse 42: „Restaurants, bars, snackbars”.

4 Bij brief van 18 oktober 1999 heeft de onderzoekster verzoekster laten weten dat het aangevraagde merk haars inziens elk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

- 5 Bij brief van 17 februari 2000, die op 22 februari 2000 per fax is verzonden, heeft verzoekster haar opmerkingen hieromtrent ingediend en betoogd dat het woordmerk CORONA algemeen bekend is. In de brief wordt verwezen naar ingesloten bijlagen, waaronder een artikel met het opschrift „La bière mexicaine” uit het dagblad *Le Monde* van 31 augustus 1997. Deze bijlagen behoren nochtans niet tot de door de kamer van beroep aan het Gerecht toegezonden stukken.
  
- 6 Bij brief van 25 september 2001 heeft de onderzoekster herhaald dat het aangevraagde merk haars inziens elk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, en heeft zij verzoekster uitgenodigd binnen een termijn van twee maanden met bewijzen aannemelijk te maken dat het merk onderscheidend vermogen heeft verkregen door het gebruik ervan.
  
- 7 Bij beslissing van 21 december 2001 heeft de onderzoekster de merkaanvraag krachtens artikel 38 van verordening nr. 40/94 afgewezen voor de waren en diensten van de klassen 32 en 42, op grond dat het aangevraagde merk elk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94. Zij stelde vast dat verzoekster niet binnen de daartoe gestelde termijn met bewijzen aannemelijk had gemaakt dat het merk onderscheidend vermogen had verkregen door het gebruik ervan.
  
- 8 Op 20 februari 2002 heeft verzoekster krachtens artikel 59 van verordening nr. 40/94 bij het BHIM beroep ingesteld tegen de beslissing van de onderzoekster. Bij beslissing van 21 oktober 2002, die op 24 oktober 2002 aan verzoekster is betekend (hierna: „bestreden beslissing”), heeft de eerste kamer van beroep de beslissing van de onderzoekster gedeeltelijk vernietigd, voorzover deze de merkaanvraag met betrekking tot de waren „minerale wateren” van klasse 32 had afgewezen. Het beroep is verworpen voor het overige.

## Conclusies van partijen

9 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

- de bestreden beslissing te herzien door de beslissing van de onderzoekster te vernietigen met betrekking tot de waren en diensten „bieren, gazeuse wateren, vruchtensappen; restaurants, bars, snackbars”, en de zaak voor verdere afdoening naar de onderzoekster terug te verwijzen;
  
- het BHIM te verwijzen in de kosten.

10 Het BHIM concludeert dat het het Gerecht behage:

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

## In rechte

11 Ter ondersteuning van haar beroep voert verzoekster twee middelen aan: schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, en schending van artikel 7, lid 3, van dezelfde verordening.

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

### Argumenten van partijen

- 12 Verzoekster bekritiseert de analyse van de kamer van beroep volgens welke de consument zowel voor bieren als voor gazeuse wateren en vruchtensappen gewend is aan de flessenvorm die als merk is aangevraagd. Volgens verzoekster worden alleen enkele Mexicaanse bieren in flessen met deze vorm verkocht, terwijl de in Europa verkochte bieren, met uitzondering van enkele tegen de verkoop waarvan met succes in rechte is opgekomen wegens namaak, worden aangeboden in flessen waarvan de vorm totaal verschillend is van die van het aangevraagde merk.
  
- 13 Wat de vruchtensappen betreft, stelt verzoekster dat de gebruikelijke fles voor deze dranken zich van de betrokken fles met name onderscheidt door haar verschillende formaat en minder lange hals. Wat de gazeuse wateren betreft, is de consument niet gewend aan flessen van 33 cl, zoals de litigieuze fles, aangezien deze dranken normaliter in flessen van 75 cl of één liter worden verkocht.
  
- 14 Ten slotte stelt verzoekster, onder verwijzing naar een persbericht, dat het feit dat een stuk citroen in de hals van de fles is vastgeklemd, het aangevraagde merk bijzonder maakt, zodat het relevante publiek aan de hand daarvan de commerciële herkomst van de ermee aangeduide waren kan kennen. Verzoekster voegt hieraan toe dat de kamer van beroep geen rechtvaardigingsgronden heeft aangevoerd voor haar standpunt met betrekking tot de vruchtensappen en gazeuse wateren, aangezien het niet gebruikelijk is om dergelijke dranken met een stuk citroen op smaak te brengen.

- 15 Het BHIM merkt op dat de vorm van de fles die als merk is aangevraagd, de meest voor de hand liggende vorm is. Wat meer bepaald de langere hals van de betrokken fles betreft, stelt het BHIM aan de hand van enkele voorbeelden dat tal van bieren in dergelijke flessen worden verkocht. Volgens het BHIM is het in de flessenhals vastgekleemde schijfje citroen slechts een banale toevoeging, die bij bepaalde soorten bier overigens gebruikelijk is. Het BHIM komt tot de slotsom dat elk van de verschillende bestanddelen van het aangevraagde merk, afzonderlijk bezien, gewoonlijk wordt gebruikt bij het in de handel brengen van de betrokken waren, en dat concrete aanwijzingen erop duiden dat deze bestanddelen, ook in hun geheel beschouwd, gebruikelijk zijn of kunnen zijn in de betrokken bedrijfssector.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 16 Volgens artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 wordt de inschrijving geweigerd van „merken die elk onderscheidend vermogen missen”.
- 17 Het onderscheidend vermogen als bedoeld in deze bepaling betekent dat het merk zich leent om de waar waarvoor de inschrijving wordt aangevraagd, als afkomstig van een bepaalde onderneming te identificeren en dus om deze waar van die van andere ondernemingen te onderscheiden (arresten Hof van 18 juni 2002, Philips, C-299/99, Jurispr. blz. I-5475, punt 35, en 8 april 2003, Linde e.a., C-53/01 tot en met C-55/01, Jurispr. blz. I-3161, punt 40).
- 18 De in artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 bedoelde merken zijn met name die welke vanuit het oogpunt van het relevante publiek gewoonlijk in de handel worden gebruikt voor de voorstelling van de betrokken waren of diensten,



of waarvoor er op zijn minst concrete aanwijzingen bestaan waaruit kan worden opgemaakt dat de merken op deze wijze kunnen worden gebruikt [arresten Gerecht van 2 juli 2002, SAT.1/BHIM (SAT.2), T-323/00, Jurispr. blz. II-2839, punt 37, en 5 maart 2003, Unilever/BHIM (ovaal tablet), T-194/01, Jurispr. blz. II-383, punt 39].

- 19 Het onderscheidend vermogen van een merk moet worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving van het merk is aangevraagd, en de perceptie van de betrokken kringen, die doorgaans bestaan uit de consumenten van die waren of diensten (arrest Linde e.a., punt 17 hierboven, punt 41), meer bepaald de vermoedelijke perceptie van een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument van de betrokken categorie waren of diensten (zie mutatis mutandis arresten Hof van 16 juli 1998, Gut Springenheide en Tusky, C-210/96, Jurispr. blz. I-4657, punt 31, en Philips, punt 17 hierboven, punt 63).
  
- 20 Voor het aangevraagde merk bestaat het in aanmerking komende publiek uit alle eindconsumenten. De bieren, gazeuse wateren en vruchtensappen zijn immers voor courant gebruik bestemd. Hetzelfde geldt voor de diensten waarop de merkaanvraag betrekking heeft.
  
- 21 Met betrekking tot de waren waarvoor inschrijving van het merk in casu is geweigerd, namelijk bieren, gazeuse wateren en vruchtensappen, bestaat het aangevraagde merk uit de verpakking, namelijk de fles, alsmede uit een accessoire bij deze verpakking, namelijk een schijfje citroen. Aangezien dranken – zoals alle vloeistoffen – geen eigen vorm hebben en alleen in een verpakking, die de vorm van de waar bepaalt, kunnen worden verkocht, moet deze verpakking bij de beoordeling van een aanvraag tot inschrijving van een merk worden gelijkgesteld met de vorm van de waar.

- 22 Dienaangaande volgt uit de rechtspraak dat de criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken bestaande uit de vorm van de waar, niet verschillen van de voor andere categorieën merken te hanteren criteria. Artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 maakt immers geen onderscheid tussen de verschillende categorieën merken bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen ervan [zie, wat de vorm van waren betreft, arrest ovaal tablet, punt 18 hierboven, punt 44, alsmede, inzake artikel 3, lid 1, sub b, van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB 1989, L 40, blz. 1), arrest Linde e.a., punt 17 hierboven, punten 42-49].
- 23 Niettemin is de perceptie van het relevante publiek in het geval van een driedimensionaal merk bestaande uit de verpakking van de waar, niet noodzakelijkerwijs dezelfde als in het geval van een woordmerk, beeldmerk of driedimensionaal merk in de vorm van een teken dat niet samenvalt met het uiterlijk van de erdoor aangeduide waren. De gemiddelde consument is immers niet gewend om de herkomst van waren, bij ontbreken van enig grafisch of tekstueel element, af te leiden uit de vorm van de verpakking ervan, zodat het moeilijk kan zijn om het onderscheidend vermogen van een dergelijk driedimensionaal merk aan te tonen (zie mutatis mutandis arrest Linde e.a., punt 17 hierboven, punt 48, arrest Hof van 6 mei 2003, Libertel, C-104/01, Jurispr. blz. I-3793, punt 65, en arrest ovaal tablet, punt 18 hierboven, punt 45).
- 24 Aangezien de verpakking van vloeibare waren noodzakelijk is voor het in de handel brengen ervan, wordt zij door de gemiddelde consument in de eerste plaats gewoon in de hoedanigheid van verpakking gepercipieerd. Een driedimensionaal merk bestaande uit een dergelijke verpakking heeft slechts onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, indien het de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument van de betrokken waar in staat stelt om zonder analytisch of vergelijkend onderzoek en zonder bijzondere oplettendheid de betrokken waar van die van andere ondernemingen te onderscheiden.

- 25 Aangezien verzoekster om inschrijving van een merk met verschillende bestanddelen (samengesteld merk) heeft verzocht, moet het aangevraagde merk, ter beoordeling van het onderscheidend vermogen ervan, in zijn geheel worden beschouwd. Dit is echter niet onverenigbaar met een achtereenvolgend onderzoek van de verschillende bestanddelen ervan (arrest ovaal tablet, punt 18 hierboven, punt 54).
- 26 Wat om te beginnen de driedimensionale vorm van het aangevraagde merk betreft, zij vastgesteld dat deze bestaat uit een glazen fles waarvan het bovenste gedeelte enigszins afgeknot is en die een langgerekte hals heeft.
- 27 Dienaangaande heeft de kamer van beroep in punt 13 van de bestreden beslissing op goede gronden uiteengezet dat tal van bieren, maar ook gazeuse wateren en vruchtensappen, worden verkocht in flessen waarvan de vormen sterk gelijken op die van de betrokken fles. Het BHIM heeft bij zijn memorie van antwoord diverse afbeeldingen van bierflessen gevoegd die deze vaststelling staven. Verzoekster heeft daarentegen geen enkel bewijs aangedragen voor haar stelling dat met succes in rechte is opgekomen tegen het gebruik van dergelijke flessen voor Europese bieren. Wat de gazeuse wateren en de vruchtensappen betreft, is het algemeen bekend dat deze dranken in flessen van diverse afmetingen worden verkocht, en niet uitsluitend in flessen van 75 cl of één liter, zoals verzoekster stelt. Bovendien zijn de vormen van deze flessen zeer uiteenlopend. Voor de presentatie van alle betrokken waren is de driedimensionale vorm van de betrokken fles dus gebruikelijk of zou hij althans gebruikelijk kunnen zijn.
- 28 Wat vervolgens het schijfje groene citroen betreft, blijkt rechtens afdoende uit de verwijzingen naar de internetpagina's in de voetnoot bij punt 15 van de bestreden beslissing, alsmede uit de aanvullende inlichtingen in de bijlage bij de memorie van antwoord van het BHIM, dat dit bestanddeel in de handel courant wordt gebruikt bij de presentatie van bieren. Wat de andere betrokken waren betreft, is het algemeen bekend dat in de handel bij de presentatie van allerlei soorten voedingsmiddelen courant citroenen worden gebruikt. Zo worden vaak schijfjes

of stukken citroen aan gazeuse wateren en andere niet-alcoholische dranken toegevoegd op het ogenblik dat deze worden geconsumeerd; ook de groene citroen wordt op deze wijze gebruikt. Deze omstandigheden zijn concrete aanwijzingen die erop duiden dat de citroen en de groene citroen in de handel gebruikelijk kunnen zijn bij de presentatie van de betrokken waren.

- 29 De geclaimde kleuren zijn, blijkens de grafische voorstelling van het aangevraagde merk, die van de gele inhoud van de fles — die zelf doorzichtig is — en van de groene schil en het licht geelgroene vruchtvlees van het schijfje citroen. Het geel stemt overeen met de kleur van het bier en van bepaalde gazeuse wateren, namelijk limonades, en de twee groene tinten op de voorstelling van het merk stemmen overeen met de natuurlijke kleur van de schil en van het vruchtvlees van groene citroenen. Bovendien zijn geel en groen basiskleuren die in de handel courant worden gebruikt bij de presentatie van allerlei soorten voedingsmiddelen, met name dranken.
- 30 Het aangevraagde merk is derhalve samengesteld uit bestanddelen die elk afzonderlijk courant in de handel kunnen worden gebruikt bij de presentatie van de in de merkaanvraag bedoelde waren, en dus met betrekking tot deze waren geen onderscheidend vermogen hebben.
- 31 Volgens de rechtspraak wettigt het feit dat een samengesteld merk slechts bestaat uit bestanddelen zonder onderscheidend vermogen met betrekking tot de betrokken waren of diensten, de conclusie dat dit merk ook in zijn geheel beschouwd gewoonlijk in de handel kan worden gebruikt voor de presentatie van deze waren of diensten (arrest SAT.2, punt 18 hierboven, punt 49). Een dergelijke conclusie kan alleen worden ontkracht wanneer concrete aanwijzingen, zoals inzonderheid de wijze waarop de verschillende bestanddelen zijn gecombineerd, erop duiden dat het samengestelde merk, in zijn geheel beschouwd, méér weergeeft dan de som van de bestanddelen ervan (zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer bij arrest Hof van 12 februari 2004, Koninklijke KPN Nederland, C-363/99, Jurispr. blz.I-1619, punt 65).

- 32 In casu lijken dergelijke aanwijzingen niet te bestaan. Het aangevraagde merk, dat in wezen bestaat uit de combinatie van een driedimensionale vorm van een fles met, enerzijds, de kleuren geel en groen, en anderzijds een schijfje groene citroen, kan immers in de handel courant worden gebruikt bij de presentatie van de waren waarop de merkaanvraag betrekking heeft. Wat inzonderheid de structuur van het aangevraagde merk betreft, die wordt gekenmerkt door het in een flessenhals vastgeklemd schijfje citroen, valt moeilijk een andere mogelijkheid te bedenken om deze bestanddelen in één driedimensionaal geheel samen te brengen. Bovendien kan een drank die rechtstreeks uit de fles wordt gedronken, alleen op deze wijze met een stuk of een schijfje citroen op smaak worden gebracht. Hieruit volgt dat de wijze waarop de bestanddelen van het betrokken samengestelde merk zijn gecombineerd, dit merk geen onderscheidend vermogen kan verlenen.
- 33 De eventuele verschillen tussen de vorm en de kleur van het aangevraagde merk en de vorm en de kleur van andere flessen waarin de betrokken waren worden verpakt, kunnen niet afdoen aan deze conclusie. In zijn geheel beschouwd, verschilt het aangevraagde merk immers niet wezenlijk van de in de handel gebruikelijke basisvormen voor de verpakking van de betrokken waren, maar blijkt het veeleer een variant van deze vormen te zijn.
- 34 De gemiddelde consument maakt evenwel geen gedetailleerde analyse van de vorm en de kleur van de verpakking van de betrokken dranken, en besteedt er eerder weinig aandacht aan.
- 35 Het aangevraagde merk stelt de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument dus niet in de staat de waren waarop de merkaanvraag betrekking heeft, te identificeren en ze van die met een andere commerciële herkomst te onderscheiden. Voor deze waren mist dit merk dus elk onderscheidend vermogen.

- 36 Met betrekking tot de diensten waarop de merkaanvraag betrekking heeft, namelijk restaurants, bars en snackbars, zij opgemerkt dat deze met name de verkoop van de betrokken waren beogen. Zoals hierboven is vastgesteld, kan het aangevraagde merk in de handel courant worden gebruikt voor de presentatie van deze waren. Deze omstandigheid is evenwel een concrete aanwijzing dat dit merk ook voor de presentatie van deze diensten in de handel courant kan worden gebruikt. Het mist dus elk onderscheidend vermogen met betrekking tot deze diensten.
- 37 Het middel inzake schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, moet derhalve worden afgewezen.

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

#### Argumenten van partijen

- 38 Verzoekster stelt dat zij het aangevraagde merk intensief heeft gebruikt bij de verkoop van het bier CORONA op het gehele grondgebied van de Gemeenschap, en dat dit merk uitgebreid, ernstig, permanent en op volgehouden wijze is gepromoot. Volgens verzoekster kunnen de betrokken waren daardoor op grond van het merk als van haar onderneming afkomstige producten worden geïdentificeerd.
- 39 Tot staving van deze stelling voegt verzoekster bij haar verzoekschrift een aantal bewijselementen: in de eerste plaats, de stukken die zij reeds bij haar schriftelijke uiteenzetting van de gronden van haar op 19 april 2002 bij het BHIM ingestelde

beroep had gevoegd; in de tweede plaats, het in het dagblad *Le Monde* verschenen artikel met het opschrift „La bière mexicaine”, waarnaar zij reeds tijdens de procedure voor de onderzoekster had verwezen; in de derde plaats, vijf foto’s van flessen, en in de vierde plaats een artikel met het opschrift „Dossier-bières”.

- 40 Volgens het BHIM vormen de elementen die verzoekster tijdens de procedure voor de kamer van beroep heeft aangedragen, geen voldoende bewijs dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen heeft verkregen door het gebruik ervan, en mag geen rekening worden gehouden met de bewijselementen die voor het eerst in het verzoekschrift voor het Gerecht zijn aangedragen.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 41 Volgens artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 staan de absolute weigeringsgronden van artikel 7, lid 1, sub b tot en met d, van dezelfde verordening, niet in de weg aan de inschrijving van een merk dat als gevolg van het gebruik dat ervan is gemaakt, onderscheidend vermogen heeft verkregen voor de waren of diensten waarvoor de inschrijving is aangevraagd. In het door artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 bedoelde geval is het feit dat het relevante publiek het teken dat het betrokken merk vormt, daadwerkelijk opvat als een aanduiding van de commerciële herkomst van een waar of dienst, het resultaat van een economische inspanning van de aanvrager van het merk. In deze omstandigheden mag worden afgeweken van de aan lid 1, sub b tot en met d, van hetzelfde artikel ten grondslag liggende overwegingen van algemeen belang, volgens welke de in deze bepalingen bedoelde merken door eenieder ongestoord moeten kunnen worden gebruikt om te verhinderen dat een ongerechtvaardigd mededingingsvoordeel wordt verleend aan één enkele marktdeelnemer (arrest SAT.2, punt 18 hierboven, punt 36).
- 42 In de eerste plaats volgt uit de rechtspraak betreffende de uitlegging van artikel 3, lid 3, van richtlijn 89/104, waarvan de normatieve inhoud in wezen dezelfde is als

die van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94, dat onderscheidend vermogen door gebruik van het merk slechts kan worden verkregen indien ten minste een aanzienlijk deel van het relevante publiek de betrokken waren of diensten op basis van het merk als van een bepaalde onderneming afkomstig identificeert. De omstandigheden waaronder die voorwaarde voor verkrijging van onderscheidend vermogen door gebruik als vervuld kan worden beschouwd, kunnen echter niet uitsluitend op basis van algemene en abstracte gegevens, zoals bepaalde percentages, worden vastgesteld (zie in die zin arresten Hof van 4 mei 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 en C-109/97, Jurispr. blz. I-2779, punt 52, en Philips, punt 17 hierboven, punt 61).

- 43 In de tweede plaats kan de inschrijving van een merk op grond van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 alleen worden verkregen, indien wordt aangetoond dat het merk door het gebruik dat ervan is gemaakt, onderscheidend vermogen heeft verkregen in het wezenlijke deel van de Gemeenschap waar het onderscheidend vermogen miste in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, c en d, van deze verordening [arrest Gerecht van 30 maart 2000, Ford Motor/BHIM (OPTIONS), T-91/99, Jurispr. blz. II-1925, punt 27].
- 44 In de derde plaats moet bij de beoordeling, in een concreet geval, van door gebruik verkregen onderscheidend vermogen met name rekening worden gehouden met factoren zoals het marktaandeel van het merk, de intensiteit, de geografische spreiding en de duur van het gebruik van dit merk, alsmede de omvang van de reclamekosten die de onderneming voor het merk heeft gemaakt. Ten bewijze hiervan kunnen met name verklaringen van kamers van koophandel en industrie of van andere beroepsverenigingen, alsmede opinieonderzoeken worden aangevoerd (zie in die zin arresten Windsurfing Chiemsee, punt 42 hierboven, punten 51 en 53, en Philips, punt 17 hierboven, punt 60).
- 45 In de vierde plaats moet het onderscheidend vermogen als gevolg van gebruik vóór de indiening van de merkaanvraag zijn verkregen [arrest Gerecht van 12 december 2002, eCopy/BHIM (ECOPY), T-247/01, Jurispr. blz. II-5301, punt 36].



46 Tegen de achtergrond van deze overwegingen moet worden onderzocht of de kamer van beroep in casu inbreuk heeft gemaakt op artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 door te oordelen dat het aangevraagde merk niet op grond van deze bepaling kon worden ingeschreven.

47 In de bestreden beslissing is niet aangegeven in welk deel van de Gemeenschap het aangevraagde merk onderscheidend vermogen mist. In gevallen als het onderhavige, waarin het niet om een woordmerk gaat, moet evenwel worden aangenomen dat de beoordeling van het onderscheidend vermogen voor de gehele Gemeenschap geldt, tenzij concrete aanwijzingen op het tegendeel duiden. Aangezien uit de stukken niet kan worden opgemaakt dat dit laatste in casu het geval is, moet worden aangenomen dat het aangevraagde merk in de gehele Gemeenschap onder de absolute weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 valt. Dit merk kan dus alleen worden ingeschreven op grond van artikel 7, lid 3, van bedoelde verordening, indien het onderscheidend vermogen door gebruik heeft verkregen in de gehele Gemeenschap.

48 Tijdens de administratieve procedure voor het BHIM heeft verzoekster inderdaad in haar schriftelijke uiteenzetting van de gronden van haar beroep van 19 april 2002 gesteld, dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen door gebruik had verkregen in de gehele Gemeenschap, en heeft zij het jaarverslag van 1999 inzake de verkopen en exporten door de Mexicaanse vennootschap Grupo Modelo SA de CV, alsmede reclamemateriaal en foto's van flessen overgelegd.

49 Onderzocht moet dus worden of de kamer van beroep op goede gronden heeft vastgesteld dat de aan haar overgelegde bewijsstukken niet aantoonen dat het aangevraagde merk op het ogenblik van de aanvraag onderscheidend vermogen door het gebruik had verkregen.

- 50 Wat, om te beginnen, het verslag van 1999 inzake de verkopen en exporten van de Mexicaanse vennootschap Grupo Modelo SA de CV betreft, heeft het BHIM terecht opgemerkt dat niet alle daarin afgebeelde flessen overeenstemmen met die van het aangevraagde merk, en dat op elk van hen een etiket is aangebracht met de vermelding van woorden als „corona”, „corona extra”, „coronita” of „estrella”. Bij de voorstelling, op de bladzijden 4 en 5 van dit document, van de in de jaren 1990 tot en met 1999 behaalde financiële resultaten, wordt geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende merken van die vennootschap, en evenmin tussen de diverse geografische markten. Waar dit document het heeft over de Europese markt, wordt slechts op algemene en beknopte wijze uiteengezet dat de positie van de merken van de vennootschap Grupo Modelo SA de CV in Frankrijk, Italië, België, Duitsland, Griekenland en andere landen in 1999 is verstevigd, dat in Oostenrijk aanzienlijke groeicijfers zijn opgetekend, en dat in het Verenigd Koninkrijk een groter marktaandeel is verworven. Met betrekking tot de Spaanse markt vermeldt het document, zakelijk weergegeven, dat veel reclame is gemaakt en dat de verkoop in vergelijking met 1998 met 12% is gestegen, zodat de positie van het merk Coronita, dat het grootste aandeel heeft op de markt van de ingevoerde bieren, is verstevigd. In dit document wordt daarentegen niet gepreciseerd welk marktaandeel het aangevraagde merk vertegenwoordigt, en in welke mate dit merk door de betrokken onderneming is gepromoot. Uit dit document kan dus niet worden afgeleid dat ten minste een aanzienlijk deel van het relevante publiek in de Gemeenschap op basis van het aangevraagde merk de commerciële herkomst van de betrokken waren en diensten identificeert.
- 51 Hetzelfde geldt voor het door verzoekster overgelegde reclamemateriaal, aangezien daaruit niets concreets kan worden opgemaakt omtrent de in punt 44 van het onderhavige arrest genoemde factoren. Bovendien levert dit materiaal geen enkel bewijs van het gebruik van het aangevraagde merk. In alle overgelegde afbeeldingen worden de vorm en de geclaimde kleuren immers tezamen met verzoeksters woordmerken afgebeeld. Dit materiaal bewijst dus niet dat het in aanmerking komende publiek op basis van het aangevraagde merk als zodanig, en los van de woord- en beeldmerken die er in de reclameboodschappen en bij de verkoop aan zijn toegevoegd, de commerciële herkomst van de betrokken waren en diensten identificeert.

- 52 Hieraan zij toegevoegd dat verzoekster, ten bewijze dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen heeft verkregen, niet de bewijsstukken mag aanvoeren die zij pas als bijlage bij haar verzoekschrift heeft overgelegd. De kamer van beroep is immers slechts verplicht rekening te houden met elementen ten bewijze dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen heeft verkregen door gebruik, indien de aanvrager dit bewijs tijdens de administratieve procedure voor het BHIM heeft overgelegd (arrest ECOPY, punt 45 hierboven, punt 47). De bewijzen die niet tijdens de administratieve procedure voor het BHIM zijn overgelegd, kunnen dus niet afdoen aan de wettigheid van de bestreden beslissing.
- 53 Wat ten slotte het in het dagblad *Le Monde* verschenen artikel met het opschrift „La bière mexicaine” betreft, waarnaar verzoekster tijdens de procedure voor de onderzoekster heeft verwezen en waarvan de overlegging aan het BHIM niet duidelijk uit de stukken blijkt, kan worden volstaan met de opmerking dat dit artikel alleen betrekking heeft op de Franse markt en dus niet aantoont dat het aangevraagde merk wel degelijk in de gehele Gemeenschap onderscheidend vermogen heeft verkregen.
- 54 Verzoekster heeft dus niet bewezen dat het aangevraagde merk in de gehele Gemeenschap onderscheidend vermogen door het gebruik heeft verkregen in de zin van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94. Het tweede middel, betreffende schending van deze bepaling, moet dus worden afgewezen.
- 55 Hieruit volgt dat het beroep moet worden verworpen.

## Kosten

- 56 Ingevolge artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van verweerder te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

rechtdoende:

- 1) Verwerpt het beroep.
- 2) Verwijst verzoekster in de kosten.

Pirrung

Meij

Forwood

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 29 april 2004.

De griffier

De president van de Tweede kamer

H. Jung

J. Pirrung