Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
G. PITRUZZELLA
van 12 mei 2022 [1]

Zaak C-197/21

Soda-Club (CO2) SA,
SodaStream International BV
tegen
MySoda Oy

[verzoek van de korkein oikeus (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Finland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Merken – Uitputting – Navulbare flessen met koolstofdioxide – Door de merkhouder of met diens toestemming in de handel brengen in een lidstaat – Wederverkoop door een derde in dezelfde lidstaat na ompakking en het opnieuw aanbrengen van het merk van laatstgenoemde – Merk van de in de handel zijnde fles nog zichtbaar gegraveerd op de flessenhals – Ompakking – Voorwaarden van het arrest Bristol-Myers Squibb e.a. – Toepassing op andere dan farmaceutische producten – Toepassing op een situatie die één enkele lidstaat betreft – Noodzakelijkheidsvereiste – Indruk van een economische band”

1. De 21e eeuw wordt gekenmerkt door een wijdverbreide bewustwording van het effect van onze consumptiepatronen op fundamentele kwesties zoals met name de bescherming van het leefmilieu. De Europese Commissie heeft in haar mededeling van 2015 „Maak de cirkel rond – Een EU-actieplan voor de circulaire economie” [2] de deugden van dit type economie in de volgende bewoordingen geprezen: „De overgang naar een meer circulaire economie, waarin de waarde van producten, materialen en hulpbronnen in de economie zo lang mogelijk kan worden behouden en de afvalproductie tot een minimum wordt beperkt, levert een essentiële bijdrage aan de inspanningen van de EU om tot een duurzame, koolstofarme, hulpbronnenefficiënte en concurrerende economie te komen.” Deze circulariteit van de economie houdt in dat waren die op het grondgebied van de Unie voor het eerst door de merkhouders in de handel zijn gebracht, worden hergebruikt, afgevuld of nagevuld voordat zij verder worden verhandeld. Dit is de context van de onderhavige prejudiciële zaak, die het Hof in de gelegenheid stelt te preciseren onder welke voorwaarden de noodzakelijke verzoening tussen de rechtmatige belangen van enerzijds deze houders en anderzijds derden die hun waren hergebruiken en opnieuw verkopen, dient plaats te vinden.

[1] Oorspronkelijke taal: Frans.

[2] COM(2015) 614 final van 2 december 2015.

I. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

1. Verordening 2017/1001

2. Verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerk[3] heeft met ingang van 1 oktober 2017 verordening (EG) nr. 207/2009[4] ingetrokken en vervangen.

3. Artikel 15 van verordening 2017/1001, met als opschrift „Uitputting van het aan het Uniemerk verbonden recht", bepaalt:

„1. Een Uniemerk verleent de houder niet het recht het gebruik daarvan te verbieden voor waren die onder dit merk door de houder of met diens toestemming in de Europese Economische Ruimte in de handel zijn gebracht.

2. Lid 1 is niet van toepassing wanneer er voor de houder gegronde redenen zijn om zich te verzetten tegen verdere verhandeling van de waren, met name wanneer de toestand van de waren, nadat zij in de handel zijn gebracht, gewijzigd of verslechterd is."

2. Richtlijn 2015/2436

4. Artikel 15 van richtlijn (EU) 2015/2436 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten[5], met als opschrift „Uitputting van het aan het merk verbonden recht", is als volgt verwoord[6]:

„1. Een merk verleent de houder niet het recht het gebruik daarvan te verbieden voor waren die onder dit merk door de houder of met diens toestemming in de Unie in de handel zijn gebracht.

2. Lid 1 is niet van toepassing wanneer er voor de houder gegronde redenen zijn om zich te verzetten tegen verdere verhandeling van de waren, met name wanneer de toestand van de waren, nadat zij in de handel zijn gebracht, gewijzigd of verslechterd is."

B. Fins recht

5. § 9, lid 1, van de tavaramerkkilaki (544/2019) (merkenwet 544/2019) van 26 april 2019 is van toepassing op nationale merken sinds 1 mei 2019. Volgens die bepaling kan de merkhouder het gebruik van het merk niet verbieden voor waren die onder dit merk door de houder of met diens toestemming in de Europese Economische Ruimte in de handel zijn gebracht. § 9, lid 2, van die

[3] PB 2017, L 154, blz. 1.

[4] Verordening van de Raad van 26 februari 2009 inzake het Uniemerk (PB 2009, L 78, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EU) 2015/2424 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 (PB 2015, L 341, blz. 21) (hierna: „verordening nr. 207/2009"). Artikel 13 van verordening nr. 207/2009 komt overeen met artikel 15 van verordening 2017/1001.

[5] PB 2015, L 336, blz. 1.

[6] Met ingang van 15 januari 2019 vervangt die bepaling artikel 7 van richtlijn 2008/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB 2008, L 299, blz. 25). Zij stemt in zeer ruime mate met die bepaling overeen.

wet luidt dat, niettegenstaande het bepaalde in lid 1, de houder het gebruik van het merk kan verbieden voor waren wanneer er voor hem gegronde redenen zijn om zich tegen verdere aanbieding of verhandeling van de waren te verzetten. De merkhouder kan het gebruik van het merk met name verbieden wanneer de toestand van de waren, nadat zij in de handel zijn gebracht, is gewijzigd of de kwaliteit ervan is verslechterd.[7]

II. Hoofdgeding, prejudiciële vragen en procedure bij het Hof

6. Soda-Club (CO2) SA en SodaStream International BV (hierna tezamen: „SodaStream") vervaardigen en verkopen huishoudelijke bruiswaterapparaten die bestemd zijn voor privégebruik. Met die apparaten kunnen op eenvoudige wijze uit leidingwater koolzuurhoudend water en koolzuurhoudende dranken met een smaakje worden bereid. In Finland worden deze apparaten in de handel gebracht onder het merk SODASTREAM. De verkoopverpakkingen omvatten het betrokken apparaat en een navulbare CO_2-fles, bestaande uit een aluminium behuizing waarop het merk SODASTREAM of SODA-CLUB is gegraveerd. Op de fles is ook een etiket aangebracht met een van deze merken. Bovendien biedt SodaStream met koolstofdioxide nagevulde flessen afzonderlijk te koop aan. SodaStream is de houder van de Unie- en nationale merken SODASTREAM en SODA-CLUB. De ingeschreven merken SODASTREAM en SODA-CLUB hebben zowel betrekking op de betrokken flessen als op het koolstofdioxide dat zij bevatten.

7. MySoda Oy is gevestigd in Finland. Daar brengt zij onder het merk MYSODA apparaten in de handel die vergelijkbaar zijn met die welke door SodaStream worden verkocht, maar dan in verpakkingen die geen flessen bevatten. Sinds 2016 brengt MySoda nagevulde CO_2-flessen in Finland in de handel die niet alleen compatibel zijn met haar eigen bruiswaterapparaten, maar tevens met de door SodaStream in de handel gebrachte apparaten. De door MySoda afgevulde en verkochte CO_2-flessen zijn met name nagevulde flessen die oorspronkelijk door SodaStream in de handel zijn gebracht. MySoda ontvangt van wederverkopers CO_2-flessen van SodaStream die door consumenten leeg zijn geretourneerd. MySoda verwijdert vervolgens het door SodaStream omheen de fles geplakte etiket. Zij gaat over tot navulling van die fles en brengt dan haar eigen etiket aan. Vast staat dat het op deze wijze aangebrachte etiket de graveringen op de fles, waaronder de merken SODASTREAM en SODA-CLUB, zichtbaar laat.

8. CO_2-flessen zijn in Finland verkrijgbaar bij detailhandelaren. SodaStream en MySoda hebben geen eigen winkels.

9. MySoda heeft twee verschillende etiketten gebruikt. Op het zogenaamde „roze" etiket is in grote letters het MySoda-logo weergegeven met de vermelding dat het gaat om „Finse koolstofdioxide voor bruiswaterapparaten". De productinformatie, een verwijzing naar de onderneming die de fles heeft nagevuld en een verwijzing naar de website van die onderneming voor nadere informatie staan in kleine letters. Op het zogenaamde „witte" etiket staat in hoofdletters in vijf verschillende talen het woord „koolstofdioxide". De productinformatie, te weten de naam van de onderneming die de fles heeft nagevuld, een vermelding dat die

[7] Gelet op de duur van de bij de verwijzende rechter aangevochten handelwijze dient tevens melding te worden gemaakt van § 10a van de tavaramerkkilaki (1715/1995) [merkenwet (1715/1995)], die van toepassing was tot en met 31 augustus 2016, en van § 8 van de tavaramerkkilaki (616/2016) [merkenwet (616/2016)], die van toepassing was tot en met 30 april 2019. Deze twee bepalingen stemmen inhoudelijk overeen met § 9 van de thans geldende merkenwet.

onderneming geen banden heeft met de oorspronkelijke leverancier van de fles noch met diens onderneming of diens merken die zichtbaar zijn op de fles, en een verwijzing naar de website van MySoda staan in kleine letters.

10. Aangezien die handelwijze volgens SodaStream inbreuk maakte op haar merkrechten en zij meerdere gegronde redenen had om zich ertegen te verzetten, heeft zij tegen MySoda een vordering ingesteld tot vaststelling dat die onderneming in Finland inbreuk had gemaakt op haar merken door deze zonder toestemming te gebruiken in het kader van haar commerciële activiteiten en door nagevulde flessen onder die merken in de handel te brengen waarop, zonder toestemming van SodaStream, na het verwijderen en vervangen van de oorspronkelijke etiketten het eigen merk van MySoda was aangebracht, dan wel nagevulde flessen waarvan de oorspronkelijke etiketten waren vervangen door nieuwe. SodaStream vordert staking van de volgens haar inbreukmakende handelwijze alsook schadeloosstelling.

11. Bij tussenuitspraak van 5 september 2019 heeft de Markkinaoikeus (handelsrechter, Finland) de vorderingen van SodaStream toegewezen met betrekking tot de door MySoda gebruikte roze etiketten en de vorderingen afgewezen met betrekking tot de witte etiketten. Deze rechter heeft vastgesteld dat de aan de merken van SodaStream verbonden uitsluitende rechten op de oorspronkelijk door haar in de handel gebrachte CO_2-flessen waren uitgeput. Om zich te verzetten tegen de handelwijze van MySoda moest SodaStream bijgevolg een gerechtvaardigd belang aantonen. Nadat de Markkinaoikeus de uit het arrest Bristol-Myers Squibb e.a.[8] voortvloeiende voorwaarden had afgewezen op grond dat het geding tussen SodaStream en MySoda geen parallelimport betrof, heeft die rechter zich gebaseerd op het arrest Viking Gas[9] om te oordelen dat noch de oorspronkelijk door SodaStream in de handel gebrachte CO_2-fles noch de inhoud ervan door de handelwijze van MySoda werd gewijzigd of verslechterd. Die handelwijze deed evenmin afbreuk aan de reputatie van SodaStream, noch had zij SodaStream schade doen lijden waardoor deze een gegronde reden had om zich te verzetten. Volgens de betrokken rechter heeft de handelwijze van MySoda met betrekking tot de witte etiketten weliswaar niet de onjuiste indruk gewekt dat er een economische band bestond tussen MySoda en SodaStream, maar gold dit niet voor het gebruik van de roze etiketten, die bij de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument de indruk kunnen wekken dat er tussen die twee entiteiten een economische band bestaat. Met name wegens het dominante MySoda-logo op het roze etiket kon die consument volgens deze rechter denken dat de CO_2-fles afkomstig was van MySoda. Bijgevolg had SodaStream een gegronde reden om zich tegen het gebruik van de roze etiketten te verzetten.

12. SodaStream en MySoda hebben elk tegen deze tussenuitspraak hoger beroep ingesteld, dat is toegestaan door de korkein oikeus (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Finland) waarbij deze beroepen werden ingesteld.

13. Volgens SodaStream is er sprake van heretikettering van de waar door MySoda, doordat deze het etiket dat voorzien is van het merk van SodaStream en dat dus de herkomst van de CO_2-fles aanduidt, verwijdert en een nieuw etiket aanbrengt. Die heretikettering ondermijnt reeds de herkomstaanduidende functie van het merk en dient te worden getoetst aan de bij het arrest Bristol-Myers Squibb e.a. gestelde voorwaarden, of minstens aan het noodzakelijkheidsvereiste. De vervanging van het etiket in de hierboven beschreven omstandigheden is niet noodzakelijk voor het in de handel brengen van nagevulde CO_2-flessen, aangezien door het aanbrengen van een sticker op de nagevulde fles informatie kan worden meegedeeld over de persoon die de fles

8 Arrest van 11 juli 1996 (C-427/93, C-429/93 en C-436/93, EU:C:1996:282; hierna: „arrest Bristol-Myers Squibb e.a.”).

9 Arrest van 14 juli 2011 (C-46/10, EU:C:2011:485; hierna: „arrest Viking Gas”).

heeft nagevuld zonder in dezelfde mate afbreuk te doen aan de rechten van de merkhouder. Derhalve heeft SodaStream het recht zich tegen de handelwijze van MySoda te verzetten. Voorts voert SodaStream als andere gegronde reden aan dat door de handelwijze van MySoda ten onrechte de indruk wordt gewekt dat er tussen haar en MySoda een economische band bestaat.

14. MySoda voert aan dat de bij het arrest Bristol-Myers Squibb e.a. gestelde voorwaarden in casu niet van toepassing zijn, aangezien het gaat om handel binnen één enkele lidstaat. MySoda pakt geen oorspronkelijke waar om die in het kader van parallelimport wordt verkocht. Door het vervangen van het etiket wordt de functie van het merk niet ondermijnd, omdat het relevante publiek het door MySoda aangebrachte etiket uitsluitend opvat als een verwijzing naar de herkomst van het koolstofdioxide en naar de persoon die deze fles heeft nagevuld, terwijl de gravering op de fles waardoor de herkomst van de fles wordt aangeduid, zichtbaar blijft. Vervanging van het etiket van SodaStream is hoe dan ook noodzakelijk omdat een op de nagevulde fles aangebrachte simpele sticker, gelet op het feit dat dergelijke flessen bestemd zijn om herhaaldelijk te worden nagevuld, meer verwarring zou kunnen zaaien over de persoon die als laatste de fles heeft nagevuld. Het vervangen van het etiket maakt het mogelijk te voorkomen dat dezelfde waar meerdere streepjescodes heeft en is bovendien vaak noodzakelijk wanneer het oorspronkelijke etiket is beschadigd of losgekomen. MySoda wijst erop dat zij handelt volgens een in Finland gangbare praktijk, zodat deze ook door SodaStream zelf wordt toegepast. Ten slotte heeft MySoda er bij de verwijzende rechter op gewezen dat zij niet de enige onderneming is die actief is op de markt voor de navulling van CO_2-flessen en dat het dus ook mogelijk is dat de door haar vervangen etiketten niet die van SodaStream zijn, maar die van de vorige personen die de flessen hebben nagevuld.

15. Volgens de verwijzende rechter bevat het Unierecht geen duidelijke en uitvoerige bepalingen over de omstandigheden waarin er voor de merkhouder gegronde redenen zijn om zich tegen de verdere verhandeling van in de handel gebrachte waren te verzetten. Volgens vaste rechtspraak van het Hof bestaat er – althans bij ompakking van parallel ingevoerde geneesmiddelen die heretikettering omvat – een risico dat afbreuk wordt gedaan aan de herkomstgarantie van het merk. Door een dergelijke ompakking wordt het specifieke voorwerp van het merk dus aangetast.[10] Volgens vaste rechtspraak kan de merkhouder de verkoop van omgepakte waren verbieden, tenzij de distributeur aantoont dat de handelwijze voldoet aan de bij het arrest Bristol-Myers Squibb e.a. gestelde voorwaarden.[11] De merkhouder kan ompakking van een waar dus verbieden, tenzij ompakking noodzakelijk is om de parallel ingevoerde waren te kunnen verhandelen en voor het overige de rechtmatige belangen van de merkhouder worden beschermd.[12] De verwijzende rechter merkt eveneens op dat uit het arrest Viking Gas – waarin evenwel niet wordt verwezen naar de rechtspraak van het Hof inzake ompakking noch naar de bij het arrest Bristol-Myers Squibb e.a. gestelde voorwaarden – volgt dat wanneer iemand gasflessen navult die in dezelfde lidstaat in de handel werden gebracht, en zijn eigen etiketten aanbrengt op die flessen, er een gegronde reden kan bestaan om zich te verzetten tegen de handelwijze van de persoon die de flessen navult, met name wanneer er van het merk gebruik wordt gemaakt op een wijze die de indruk wekt dat er tussen de merkhouder en die persoon een economische band bestaat.[13]

[10] De verwijzende rechter beroept zich ter zake op de arresten van 23 april 2002, Boehringer Ingelheim e.a. (C-143/00, EU:C:2002:246, punten 29 en 30), en 26 april 2007, Boehringer Ingelheim e.a. (C-348/04, EU:C:2007:249, punten 28-30).

[11] De verwijzende rechter haalt ter zake het arrest van 26 april 2007, Boehringer Ingelheim e.a. (C-348/04, EU:C:2007:249, punten 52 en 53), aan.

[12] De verwijzende rechter verwijst ter zake naar het arrest van 23 april 2002, Boehringer Ingelheim e.a. (C-143/00, EU:C:2002:246, punt 34).

[13] De verwijzende rechter verwijst ter zake naar punt 37 van het arrest Viking Gas.

16. De verwijzende rechter stelt enerzijds vast dat uit de rechtspraak van het Hof niet duidelijk blijkt of het bij het arrest Bristol-Myers Squibb e.a. ontwikkelde noodzakelijkheidsvereiste van toepassing is op ompakking van waren die in dezelfde lidstaat in de handel zijn gebracht. De verwijzende rechter is onzeker of de door MySoda uitgevoerde verrichting kan worden aangemerkt als „ompakking" in de zin van de rechtspraak van het Hof, aangezien het in het kader van het hoofdgeding gaat om flessen die bestemd zijn om tientallen malen te worden nagevuld. De verwijzende rechter vraagt zich voorts af het van doorslaggevend belang is dat het relevante publiek het etiket uitsluitend opvat als een verwijzing naar de herkomst van het koolstofdioxide, ook al heeft de merkhouder bij het oorspronkelijk in de handel brengen van de CO_2-fles met het oog op de aanduiding van de herkomst van de fles daarop een van zijn eigen merk voorzien etiket aangebracht. Evenmin is het voor de hand liggend om vast te stellen of de uit het arrest Viking Gas getrokken conclusies kunnen worden toegepast op het hoofdgeding, aangezien het in dat arrest ging om merken die de merkhouder had aangebracht op de oorspronkelijk door hem in de handel gebrachte gasflessen zonder dat die merken ooit werden verwijderd of verhuld. In het hoofdgeding blijft enkel het op de hals van de CO_2-fles gegraveerde merk zichtbaar.

17. Anderzijds kan het, gelet op de rechtspraak van het Hof en met name het arrest Loendersloot[14], soms voldoende blijken om op flessen een simpele sticker met aanvullende inlichtingen aan te brengen, zonder dat het etiket dat is aangebracht door de merkhouder die de flessen in de handel heeft gebracht hoeft te worden verwijderd. Uit de rechtspraak volgt tevens dat aan het noodzakelijkheidsvereiste niet is voldaan, wanneer met de betrokken handelwijze uitsluitend een commercieel voordeel wordt nagestreefd.[15] Op de flessen die met koolstofdioxide worden nagevuld dient informatie te worden verstrekt over degene die de navulling heeft verricht. Indien wordt aangenomen dat de voorwaarden van het arrest Bristol-Myers Squibb e.a. en met name het noodzakelijkheidsvereiste van toepassing zijn, vraagt de verwijzende rechter zich af of rekening dient te worden gehouden met de bestemming van de flessen. Aangezien de CO_2 -flessen zijn bestemd om te worden nagevuld met het oog op hergebruik, kan immers de vraag rijzen of de etiketten die zijn aangebracht door de merkhouder die genoemde flessen in de handel heeft gebracht, de tand des tijds kunnen weerstaan. Meer bepaald dient te worden vastgesteld of de beschadiging of het loskomen van het door de merkhouder op de fles aangebrachte etiket of het feit dat een andere persoon die navult het oorspronkelijke etiket al eerder door zijn eigen etiket heeft vervangen, kunnen worden beschouwd als elementen op grond waarvan het wisselen of vervangen van het etiket door het etiket van degene die de fles navult kan worden geacht noodzakelijk te zijn voor het in de handel brengen van de nagevulde fles.

18. In deze omstandigheden heeft de korkein oikeus de behandeling van de zaak geschorst en het Hof, bij beslissing die is ingekomen ter griffie op 29 maart 2021, verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Zijn de in de rechtspraak van het Hof betreffende ompakking en heretikettering bij parallelimport ontwikkelde zogenaamde Bristol-Myers Squibb-voorwaarden, en in het bijzonder het noodzakelijkheidsvereiste, ook van toepassing wanneer het gaat om ompakking of heretikettering van door de merkhouder of met zijn toestemming in een lidstaat in de handel gebrachte waren met het oog op wederverkoop in dezelfde lidstaat?

[14] Arrest van 11 november 1997 (C-349/95, EU:C:1997:530).

[15] De verwijzende rechter verwijst naar het arrest van 12 oktober 1999, Upjohn (C-379/97, EU:C:1999:494, punt 44).

2) Wanneer de merkhouder de met koolstofdioxide gevulde fles bij het in het handel brengen ervan heeft voorzien van zijn merk, dat zowel op het etiket van de fles is aangebracht als op de flessenhals is gegraveerd, zijn dan bovengenoemde Bristol-Myers Squibb-voorwaarden en in het bijzonder het noodzakelijkheidsvereiste van toepassing wanneer een derde met het oog op wederverkoop de fles navult met koolstofdioxide, het oorspronkelijke etiket daarvan verwijdert en vervangt door een etiket met zijn eigen logo, terwijl het merk van degene die de fles in de handel heeft gebracht zichtbaar blijft in de gravering op de flessenhals?

3) Kan in de hierboven beschreven situatie worden geoordeeld dat het verwijderen en vervangen van het van het merk voorziene etiket in beginsel de functie van het merk als aanduiding van de herkomst van de fles ondermijnt, of is het voor de toepasselijkheid van de voorwaarden voor ompakking en heretikettering relevant dat:

   – dient te worden aangenomen dat het relevante publiek het etiket uitsluitend opvat als een verwijzing naar de herkomst van het koolstofdioxide (en derhalve naar degene die de fles heeft nagevuld), of

   – dient te worden aangenomen dat het relevante publiek van mening is dat het etiket minstens gedeeltelijk ook naar de herkomst van de fles verwijst?

4) Voor zover het verwijderen en vervangen van het etiket op de CO_2-flessen wordt beoordeeld aan de hand van het noodzakelijkheidsvereiste, kan dan een incidentele beschadiging of het loskomen van de etiketten die zijn aangebracht op de door de merkhouder in de handel gebrachte flessen, of de verwijdering of vervanging daarvan door een persoon die voordien de fles heeft nagevuld, een element zijn op grond waarvan het regelmatig vervangen van de etiketten door een etiket van degene die navult kan worden beschouwd als noodzakelijk voor het in de handel brengen van de nagevulde flessen?"

19. MySoda, SodaStream, de Finse regering en de Commissie hebben bij het Hof schriftelijke opmerkingen ingediend.

III. Analyse

20. Alvorens de aan het Hof voorgelegde vragen te analyseren, wil ik duidelijk maken dat ik mij in de onderhavige conclusie zal baseren op de relevante bepalingen van verordening 2017/1001 en richtlijn 2015/2436, en met name op artikel 15 van verordening 2017/1001 en artikel 15 van richtlijn 2015/2436[16]. Aangezien de feiten die MySoda worden verweten zijn begonnen in 2016 en de bepalingen inzake de uitputting van het aan de nationale en Uniemerken verbonden recht vergelijkbaar zijn, zal de uiteenzetting die is gewijd aan artikel 15 van verordening 2017/1001 en artikel 15 van richtlijn 2015/2436 tevens gelden voor de uitlegging van de overeenkomstige bepalingen van de voorheen geldende handelingen.[17] Om dezelfde reden blijft de op deze eerdere bepalingen gebaseerde rechtspraak van het Hof relevant voor de beslechting van het hoofdgeding.

[16] Met betrekking tot het feit dat artikel 15 van richtlijn 2015/2436 voorziet in een volledige harmonisatie, zie naar analogie arrest van 20 december 2017, Schweppes (C-291/16, EU:C:2017:990, punt 30). Met betrekking tot artikel 7 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), zie arrest Bristol-Myers Squibb e.a. (punten 25 en 26) en arrest van 23 april 2002, Boehringer Ingelheim e.a. (C-143/00, EU:C:2002:246, punt 17).

[17] Zijnde artikel 13 van verordening nr. 207/2009 en artikel 7 van richtlijn 2008/95.

A. Eerste, tweede en vierde prejudiciële vraag

21. Met zijn eerste, tweede en vierde prejudiciële vraag, die mijns inziens tezamen moeten worden behandeld, verzoekt de verwijzende rechter het Hof te preciseren of de bij het arrest Bristol-Myers Squibb e.a. gestelde voorwaarden dienen te worden toegepast in een geval waarin de waren, nadat zij door de merkhouder voor het eerst in de Unie in de handel zijn gebracht, door een derde opnieuw worden verkocht in dezelfde lidstaat als die waar zij voor het eerst in de handel zijn gebracht. Voorts wenst hij te vernemen of deze voorwaarden, en in het bijzonder het noodzakelijkheidsvereiste, van toepassing zijn wanneer een derde met het oog op wederverkoop de fles navult met koolstofdioxide en het oorspronkelijke etiket daarvan verwijdert en vervangt door zijn eigen etiket, terwijl het merk van de merkhouder dat op de flessenhals is gegraveerd, zichtbaar blijft. Ten slotte vraagt de verwijzende rechter welke gevolgen, voor de beoordeling of ompakking noodzakelijk is, dienen te worden verbonden aan het feit dat de etiketten die de merkhouder heeft aangebracht op flessen die zijn bestemd om te worden nagevuld en meermaals te worden hergebruikt, door hun aard zelf zullen beschadigd raken of zelfs loskomen waardoor zij met het oog op de latere verhandeling ervan potentieel regelmatig zullen moeten worden vervangen. Deze vragen worden voorgelegd met het oog op de beslissing of SodaStream het recht heeft zich tegen de handelwijze van MySoda te verzetten.

22. Dit recht om zich te verzetten, dat afwijkt van het fundamentele beginsel van het vrije verkeer van goederen, is uitsluitend bedoeld om rechten te beschermen die het specifieke voorwerp van het merk betreffen, begrepen tegen de achtergrond van de wezenlijke functie van het merk.[18] Het merkrecht heeft inzonderheid tot specifiek voorwerp de merkhouder het uitsluitende recht te verschaffen het merk te gebruiken om een waar als eerste op de markt te brengen, en hem aldus te beschermen tegen concurrenten die van de positie en de reputatie van het merk misbruik zouden willen maken door waren te verkopen die ten onrechte van het merk zijn voorzien.[19] De wezenlijke functie van het merk bestaat erin de consument of de eindverbruiker de identiteit van de oorsprong van de gemerkte waar te waarborgen, opdat hij die waar zonder gevaar voor verwarring van waren van andere herkomst kan onderscheiden.[20] Het recht van de merkhouder om zich te verzetten tegen de verdere verhandeling van waren die van zijn merk zijn voorzien, is evenwel niet onbeperkt aangezien het noodzakelijkerwijs een beperking van het fundamentele beginsel van het vrije verkeer van goederen inhoudt.

23. De kwestie van de uitputting van het aan het Unie- of nationale merk verbonden recht is aldus geregeld in artikel 15 van verordening 2017/1001 en in artikel 15 van richtlijn 2015/2436. Deze twee bepalingen beogen met name in soortgelijke bewoordingen de fundamentele belangen van de bescherming van het merkrecht te verzoenen met die van het vrije verkeer van goederen tussen de lidstaten.[21] Uit deze bepalingen volgt dat de merkhouder zich in beginsel niet kan verzetten tegen het gebruik van het merk wanneer de waren door hemzelf of met zijn toestemming voor het eerst in de handel zijn gebracht.[22] Het in die twee bepalingen neergelegde beginsel van uitputting van het aan het merk verbonden recht vormt dus de beperking van de aan de merkhouders toegekende uitsluitende rechten. De verhouding tussen dit uitsluitende recht en het vrije verkeer van goederen is in de rechtspraak van het Hof herhaaldelijk geïllustreerd.[23] Ofschoon het houderschap van een merk dus ten behoeve van de bescherming van de industriële

18 Zie arrest van 23 april 2002, Boehringer Ingelheim e.a. (C-143/00, EU:C:2002:246, punt 28).

19 Zie arrest Bristol-Myers Squibb e.a. (punt 44) en arrest van 20 december 2017, Schweppes (C-291/16, EU:C:2017:990, punt 37).

20 Zie arrest van 20 december 2017, Schweppes (C-291/16, EU:C:2017:990, punt 37).

21 Zie arrest van 23 april 2002, Boehringer Ingelheim e.a. (C-143/00, EU:C:2002:246, punt 18).

22 Zie artikel 15, lid 1, van verordening 2017/1001 en artikel 15, lid 1, van richtlijn 2015/2436.

23 Zie met name arrest van 20 december 2017, Schweppes (C-291/16, EU:C:2017:990, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

en commerciële eigendom op zich een noodzakelijke beperking van het vrije verkeer van goederen met zich meebrengt, neemt de intensiteit van die bescherming af naarmate mededingingsbeperkende risico's voor de markt, met name afschermingsrisico's, aan het licht komen.

24. Tussen partijen staat vast dat de betrokken flessen in Finland voor het eerst in de handel zijn gebracht door SodaStream, de merkhouder. In het licht van het voorgaande zou SodaStream zich niet tegen de in het hoofdgeding aan de orde zijnde handelwijze kunnen verzetten.

25. Van uitputting van het aan het merk verbonden recht is evenwel geen sprake indien de houder ervan kan bewijzen dat er een gegronde reden is om zich tegen verdere verhandeling van de waren te verzetten.[24] Ofschoon in artikel 15, lid 2, van verordening 2017/1001 en artikel 15, lid 2, van richtlijn 2015/2436 bij wijze van voorbeeld wordt verwezen naar de wijziging en de verslechtering van de toestand van waren, bevatten die bepalingen geen uitputtende lijst van gegronde redenen die de toepassing van het uitputtingsbeginsel kunnen beletten.[25]

26. In de context van parallelimport van farmaceutische producten heeft het Hof met name geoordeeld dat artikel 7, lid 2, van de Eerste richtlijn (89/104) aldus moest worden uitgelegd dat de merkhouder zich rechtmatig kan verzetten tegen de verdere verhandeling van een farmaceutisch product, wanneer de importeur dat product in een nieuwe verpakking heeft omgepakt en daarop het merk van de houder opnieuw heeft aangebracht, tenzij, ten eerste, komt vast te staan dat het gebruik van het merkrecht door de merkhouder om zich tegen de verhandeling van de omgepakte producten onder zijn merk te verzetten, tot kunstmatige afscherming van de markten van de lidstaten zal bijdragen, ten tweede, wordt aangetoond dat de ompakking de oorspronkelijke toestand van het zich in de verpakking bevindende product niet kan aantasten, ten derde, op de nieuwe verpakking duidelijk wordt vermeld wie het product heeft omgepakt, alsook de naam van de fabrikant, ten vierde, de presentatie van het omgepakte product de reputatie van het merk en van de merkhouder niet kan schaden en, ten vijfde, de importeur de merkhouder tevoren ervan in kennis stelt dat het omgepakte product op de markt wordt gebracht, en hem desgevraagd een exemplaar van het omgepakte product levert.[26] Het volstaat dat niet is voldaan aan één van de in het arrest Bristol-Myers Squibb e.a. genoemde voorwaarden, opdat de merkhouder zich rechtmatig kan verzetten tegen de verdere verhandeling van een omgepakt farmaceutisch product dat voorzien is van zijn merk.[27]

27. Ter beoordeling of SodaStream het recht heeft om zich tegen de handelwijze van MySoda te verzetten, dient dus te worden nagegaan of die handelwijze ompakking in de zin van de rechtspraak van het Hof vormt (tweede vraag).[28] Vervolgens moet worden bepaald of de lessen die uit het arrest Bristol-Myers Squibb e.a. kunnen worden getrokken, alleen gelden voor situaties van parallelimport waarbij het betrokken product noodzakelijkerwijs wordt verhandeld op het grondgebied van een andere lidstaat dan die waar het voor het eerst in de handel is gebracht (eerste vraag). Ten slotte moet worden beoordeeld of de in dat arrest gestelde voorwaarden specifiek zijn vastgesteld met inachtneming van het specifieke type product dat destijds in het geding was, namelijk farmaceutische producten, alvorens kan worden onderzocht of het noodzakelijkheidsvereiste in de zin van dat arrest van toepassing is op de omstandigheden van het hoofdgeding.

[24] Zie artikel 15, lid 2, van verordening 2017/1001 en artikel 15, lid 2, van richtlijn 2015/2436.

[25] Zie arrest Viking Gas (punt 36).

[26] Zie arrest Bristol-Myers Squibb e.a. (punt 79).

[27] Zie met name arrest van 26 april 2007, Boehringer Ingelheim e.a. (C-348/04, EU:C:2007:249, punten 31 en 60).

[28] Zie arrest van 17 mei 2018, Junek Europ-Vertrieb (C-642/16, EU:C:2018:322, punt 29).

1. Kwalificatie als ompakking

28. Wat de vraag betreft of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde handelwijze van MySoda ompakking vormt, heeft het Hof reeds geoordeeld, zij het in een andere context, dat „[d]e heretikettering van merkgeneesmiddelen, net zoals het ompakken ervan, […] het specifieke voorwerp van het merk [aantast]. De wijziging die eender welke nieuwe verpakking of heretikettering van een merkgeneesmiddel inhoudt, brengt naar de aard ervan immers reële risico's mee voor de herkomstgarantie die met het merk wordt beoogd."[29] Het Hof heeft later verduidelijkt dat het aanbrengen van een etiket van klein formaat op de voor het overige intact en ongeopend gelaten oorspronkelijke verpakking van medische hulpmiddelen dat het oorspronkelijke merk niet onzichtbaar maakt en zich beperkt tot het aanwijzen van de parallelimporteur – door vermelding van diens contactgegevens, een streepjescode en een centraal farmaceutisch nummer – als degene die verantwoordelijk is voor het in de handel brengen van het product, geen ompakking vormt. Aangezien een dergelijke handelwijze het specifieke voorwerp van het merk niet kan aantasten, vormt zij voor de merkhouder geen geldige reden om zich te verzetten tegen de verdere verhandeling van het betrokken product.[30] Mijns inziens kan de in het hoofdgeding aan de orde zijnde handelwijze, die in punt 9 van de onderhavige conclusie wordt beschreven, evenwel niet worden herleid tot laatstgenoemde hypothese. De CO_2-flessen worden door MySoda immers geopend, behandeld, geïnspecteerd, gereinigd en nagevuld, alvorens door haar te worden verzegeld en geheretiketteerd.[31] Ofschoon het op de flessenhals gegraveerde merk van SodaStream zichtbaar blijft, kan evenmin worden uitgesloten dat het specifieke voorwerp van het merk kan worden aangetast.[32] Bijgevolg is er wel degelijk sprake van ompakking van CO_2-flessen die oorspronkelijk door SodaStream op de Finse markt in de handel zijn gebracht.

2. Toepasbaarheid van de bij het arrest Bristol-Myers Squibb e.a. gestelde voorwaarden op het hoofdgeding

29. Wat het verband tussen de bij het arrest Bristol-Myers Squibb e.a. gestelde voorwaarden en situaties van parallelimport betreft, merk ik om te beginnen op dat het hoofdgeding weliswaar daadwerkelijk betrekking heeft op een situatie die zich afspeelt op de Finse markt, maar dat de door MySoda aangebrachte etiketten in vijf talen zijn opgesteld, waaruit dus het volledige potentieel blijkt van een eventuele distributie van de nagevulde flessen buiten het loutere Finse grondgebied.

30. Tevens stel ik vast dat de bij dat arrest gestelde voorwaarden, althans volgens de bewoordingen ervan, perfect kunnen worden toegepast in een configuratie als die van het hoofdgeding, aangezien zij per slot van rekening betrekking hebben op de omvang van de aan het merk verbonden bescherming en de grenzen ervan. Dienaangaande ben ik het eens met het betoog van SodaStream, volgens hetwelk de merkhouder hetzelfde belang heeft om bescherming tegen een eventuele afbreuk aan de herkomstgarantie van de van zijn merk voorziene waar te bekomen,

[29] Zie arrest van 26 april 2007, Boehringer Ingelheim e.a. (C-348/04, EU:C:2007:249, punten 29 et 30). Zie ook arrest van 17 mei 2018, Junek Europ-Vertrieb (C-642/16, EU:C:2018:322, punt 30).

[30] Zie arrest van 17 mei 2018, Junek Europ-Vertrieb (C-642/16, EU:C:2018:322, punten 35-37).

[31] In dat opzicht lijkt het geheel van verrichtingen mij heel wat complexer te zijn dan een eenvoudige „recycling" zoals de Finse regering beweert.

[32] De zichtbaarheid van de gravering is immers onder geen beding vergelijkbaar met die van het etiket. Daarom vertoont het geval in kwestie, ook al is er geen sprake van totale verhulling, gelijkenis met het in punt 86 van het arrest van 8 juli 2010, Portakabin (C-558/08, EU:C:2010:416), geanalyseerde geval, zonder dat het ermee samenvalt.

ongeacht of daaraan afbreuk wordt gedaan op het grondgebied van dezelfde lidstaat als die waar de betrokken waar voor het eerst in de handel is gebracht, dan wel op het grondgebied van een andere lidstaat.

31. In het bijzonder mag bescherming van intellectuele eigendom niet zo ver gaan dat zij een gesloten markt, en dus concurrentievervalsing legitimeert.[33] De risico's voor de markt zijn mijns inziens vergelijkbaar, aangezien het verzet tegen ompakking als onmiddellijk gevolg kan hebben dat wordt bijgedragen tot kunstmatige afscherming van de markt, zij het een nationale markt. Derhalve ben ik geneigd het eens te zijn met de Commissie dat de beperking van de handelwijze tot één enkele lidstaat niet doorslaggevend is om te bepalen of de bij het arrest Bristol-Myers Squibb e.a. gestelde voorwaarden van toepassing zijn. Anders zou het risico bestaan dat SodaStream onvoorwaardelijk voordeel kan halen uit de toekomstige wederverkoop van haar eigen waren. Het is waar dat het Hof in zijn arrest Viking Gas niet naar het arrest Bristol-Myers Squibb e.a. heeft verwezen, hoewel het eveneens ging om een tot het grondgebied van één lidstaat beperkte situatie van navulling van gasflessen. Het ging in dat geval evenwel om een andere verrichting, die in de eerste plaats werd geanalyseerd vanuit het oogpunt van de keuzevrijheid en het eigendomsrecht van de consument die de gasfles had gekocht toen deze voor het eerst in de handel werd gebracht.[34] De kwestie van het recht van concurrenten om gasflessen af te vullen en in te wisselen kwam slechts helemaal aan het einde van de analyse aan bod[35], waarbij het Hof in het dictum van het arrest louter wijst op het vereiste van een „gegronde reden" zonder dat het de voorwaarden ervan preciseert.[36] Zoals de verwijzende rechter bovendien terecht heeft opgemerkt, was het in die zaak aan de orde zijnde merk niet verwijderd noch verhuld.

32. Wat de vraag betreft of de bij het arrest Bristol-Myers Squibb e.a. gestelde voorwaarden specifiek zijn voor farmaceutische producten en medische hulpmiddelen, blijkt ten eerste uit de lezing van dat arrest niet dat die voorwaarden enkel voor dat soort producten gelden[37] en heeft het Hof ten tweede reeds geoordeeld dat dit niet het geval is[38], aangezien de cruciale factor voor de toepassing van die voorwaarden niet de kwaliteit van de waren is, maar het feit dat door een derde zonder toestemming van de merkhouder is ingegrepen in de van het merk voorziene waar, waardoor afbreuk kan worden gedaan aan de door het merk geboden herkomstgarantie.[39] Ik ben het dus niet eens met de door de Commissie voorgestelde lezing van de punten 27 en 28 van het arrest Junek Europ-Vertrieb[40], aangezien uit die punten niet volgt dat het Hof de toepassing van de bij het arrest Bristol-Myers Squibb e.a. gestelde voorwaarden principieel zou hebben uitgesloten voor andere dan farmaceutische producten. Mijns inziens dienen deze punten slechts om te herinneren aan de context, met name de feitelijke context, die tot de vaststelling van de eerdere rechtspraak van het Hof heeft geleid.

33. Uit al deze elementen volgt dus dat niets eraan in de weg lijkt te staan dat het bij het arrest Bristol-Myers Squibb e.a. vastgestelde noodzakelijkheidsvereiste wordt toegepast in het kader van het hoofdgeding.

33 Zie arrest Viking Gas (punten 31 en 32). Integendeel, het merkrecht wordt opgevat als een essentieel onderdeel van een stelsel van onvervalste mededinging.

34 Zie arrest Viking Gas (punten 31 en 35).

35 Zie arrest Viking Gas (punt 35 in fine en punten 36-41).

36 Zie arrest Viking Gas (punt 42 en dictum).

37 Zie bijvoorbeeld arrest Bristol-Myers Squibb e.a. (punten 59, 60 en 75).

38 Met betrekking tot de toepassing van die voorwaarden op flessen voor alcoholische dranken, zie arrest van 11 november 1997, Loendersloot (C-349/95, EU:C:1997:530).

39 Zie arrest van 11 november 1997, Loendersloot (C-349/95, EU:C:1997:530, punt 27).

40 Arrest van 17 mei 2018 (C-642/16, EU:C:2018:322).

3. Noodzakelijkheidsvereiste in de zin van het arrest Bristol-Myers Squibb e.a.

34. Uit dat vereiste, zoals verwoord in het arrest Bristol-Myers Squibb e.a., vloeit voort dat de merkhouder zich rechtmatig kan verzetten tegen de verdere verhandeling van een product wanneer de importeur het in een nieuwe verpakking heeft omgepakt en daarop het merk opnieuw heeft aangebracht, tenzij met name komt vast te staan dat het gebruik van het merkrecht door de merkhouder om zich tegen de verhandeling van de omgepakte producten onder zijn merk te verzetten, tot kunstmatige afscherming van de markten van de lidstaten – of in casu de (secundaire) nationale markt – zou bijdragen. Dit is volgens het Hof *met name* het geval wanneer de ompakking enerzijds *noodzakelijk* is voor de verhandeling van het product in de lidstaat van invoer en anderzijds is geschied onder zodanige omstandigheden dat de oorspronkelijke toestand van het product niet kan worden aangetast.[41] De bevoegdheid van de houder van een in een lidstaat beschermd merk om zich te verzetten tegen de verhandeling van omgepakte producten onder dit merk, dient slechts te worden beperkt voor zover de door de importeur uitgevoerde ompakking *noodzakelijk* is voor de verhandeling van het product.[42] Het noodzakelijkheidsvereiste zal hoe dan ook worden onderzocht vanuit de optiek van de wezenlijke functie van het merk.[43]

35. Zo is ompakking noodzakelijk om het betrokken product in een andere lidstaat in de handel te brengen wanneer de wijziging van de verpakking is ingegeven door wettelijke voorschriften.[44] Daarentegen heeft het Hof geoordeeld dat ompakking niet noodzakelijk is wanneer zij uitsluitend wordt verklaard doordat de parallelimporteur een economisch voordeel nastreeft.[45]

36. De beoordeling van het noodzakelijkheidsvereiste ziet alleen op het feit dat het product wordt omgepakt teneinde het verder te kunnen verhandelen, en niet op de wijze of de stijl van die ompakking.[46] Dat vereiste volstaat op zich evenwel niet, aangezien voor de conclusie dat de merkhouder zich niet tegen de wederverkoop van zijn product kan verzetten, na de vaststelling van de noodzakelijkheid van ompakking nog dient te worden verzekerd dat de rechtmatige belangen van die merkhouder worden beschermd[47], en het is in die volgende fase dat de wijze of de stijl van de ompakking zal worden onderzocht.

37. Voorts moet bij de analyse van het noodzakelijkheidsvereiste worden herinnerd aan de plaats die toekomt aan het merk in een stelsel van onvervalste mededinging. Net zoals de Commissie ben ik van mening dat bij de toepassing van het vereiste dat ompakking noodzakelijk is, rekening moet worden gehouden met het feit dat de belangen van de merkhouder in casu moeten worden afgewogen tegen die van de wederverkopers. Dienaangaande wijs ik erop dat de door MySoda uitgevoerde verrichting ingewikkelder is dan een eenvoudige wederverkoop van een reeds in de handel gebrachte fles, aangezien de fles door MySoda zal worden nagevuld met koolstofdioxide.

41 Zie arrest Bristol-Myers Squibb e.a. (punt 79).

42 Zie arrest Bristol-Myers Squibb e.a. (punt 56).

43 Zie punt 22 van de onderhavige conclusie.

44 Zie arret Bristol-Myers Squibb e.a. (punt 53). Zie ook arrest van 26 april 2007, Boehringer Ingelheim e.a. (C-348/04, EU:C:2007:249, punt 36).

45 Zie arrest van 26 april 2007, Boehringer Ingelheim e.a. (C-348/04, EU:C:2007:249, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

46 Zie arrest van 26 april 2007, Boehringer Ingelheim e.a. (C-348/04, EU:C:2007:249, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

47 Zie arrest van 26 april 2007, Boehringer Ingelheim e.a. (C-348/04, EU:C:2007:249, punt 30).

38. Ofschoon het aan de verwijzende rechter staat om te beoordelen of in het licht van de omstandigheden van het hoofdgeding ompakking door MySoda noodzakelijk is voor de verhandeling van de nagevulde CO_2-flessen, verzoekt deze rechter het Hof duidelijk om richtsnoeren te geven voor die beoordeling.

39. SodaStream brengt waren op de markt die bestemd zijn om te worden hergebruikt.[48] Zij verwijt MySoda dat deze het hergebruik en de navulling van de flessen die zijn voorzien van het merk van SodaStream zelf organiseert. SodaStream beschikt over geen andere wettelijke middelen om zich te verzetten tegen de activiteit van MySoda – die overigens lijkt te zijn erkend en wettelijk te zijn geregeld, althans op nationaal niveau, in het geval van een als gevaarlijk aangemerkte stof zoals koolstofdioxide – dan het doen gelden van haar merkrecht op de fles.

40. Derhalve zijn er twee mogelijkheden.

41. Laten we er eens van uitgaan dat MySoda de door haar ontwikkelde navulactiviteit, die legaal en in overeenstemming met de bestemming van de door SodaStream op de markt gebrachte waren lijkt te zijn, voortzet, maar dat het haar op grond van de aan het merk ontleende rechten verboden is om het etiket te verwijderen. In dat geval zouden er waren in de handel zijn waaraan duidelijk een toegevoegde waarde is verleend door een andere onderneming dan de merkhouder, maar die alleen het etiket van laatstgenoemde dragen. Het merk als herkomstgarantie zou uiteraard ten volle effect sorteren voor de fles, maar niet voor het gas zelf, noch voor de navuldienst. In een dergelijke zuiver theoretische situatie zou het bovendien lastig zijn om bij problemen na het navullen de verantwoordelijkheid toe te wijzen, aangezien deze ten onrechte zou kunnen lijken te liggen bij de houder van het merk van de fles in plaats van bij de onderneming die de fles heeft nagevuld. Zoals ik hierboven heb vermeld, is de door MySoda uitgevoerde verrichting geen loutere wederverkoop van een fles. In een dergelijke situatie zou de etikettering niet de werkelijke toestand weergeven van de waar zoals die op de secundaire markt dient te worden verhandeld gelet op de bestemming ervan.

42. Indien daarentegen de redenering van SodaStream wordt gevolgd volgens welke haar merk dat op herbruikbare waren is aangebracht, ook na het tijdstip waarop die waren voor het eerst in de handel zijn gebracht ononderbroken wordt beschermd, zou het gevolg daarvan zijn dat elke behandeling van navulbare flessen door een derde onmogelijk wordt gemaakt. Derhalve zou alleen SodaStream de flessen rechtmatig kunnen navullen en opnieuw verkopen, ook al hebben de aan het merk verbonden bescherming en het door de merkhouder aan het merk ontleende recht om zich te verzetten alleen betrekking op de betrokken flessen en niet op latere verrichtingen, en mogen zij niet tot gevolg hebben dat de markten worden afgeschermd en aldus de mededinging wordt vervalst.[49] Uit de opmerkingen van SodaStream blijkt dat zij het van essentieel belang acht dat alleen CO_2-flessen waarvan zij zelf de veiligheid en de correcte

[48] Dat verschil is mijns inziens van fundamenteel belang om het onderhavige geval te kunnen onderscheiden van de steeds vaker voorkomende gevallen van zogeheten „overcycling", die zich momenteel juridisch gezien nog in een soort grijze zone bevinden (ik denk hierbij bijvoorbeeld aan de kwestie van de recuperatie, uit authentieke en rechtmatig verkregen kleding, van knopen die voorzien zijn van een luxemerk met het oog op de verwerking ervan tot juwelen door een derde die niet de houder is van het betrokken luxemerk).

[49] Het Hof heeft in een enigszins andere context immers reeds geoordeeld dat „het toestaan aan de licentiehouder van het merkrecht bestaande in de vorm van de composietfles en houder van de daarop aangebrachte merken, om zich op grond van de aan die merken verbonden rechten te verzetten tegen de latere navulling van die flessen, de mededinging op de stroomafwaartse markt van navulling van gasflessen op ongerechtvaardigde wijze [zou] beperken en zelfs het risico van afscherming van die markt met zich [mee zou brengen], wanneer die licentie- en merkhouder zijn fles dankzij de – niet door het merkenrecht beschermde – bijzondere technische kenmerken ervan, zou kunnen opdringen" (arrest Viking Gas, punt 34).

navulling heeft kunnen garanderen, onder haar merken in de handel worden gebracht. De verwijzende rechter is het best geplaatst om dit klaarblijkelijke veiligheidsargument [50] af te wegen tegen het mogelijke gebruik ervan voor mededingingsbeperkende doeleinden [51].

43. In deze bijzondere omstandigheden ben ik van mening dat het ompakken van de waren – waaronder wordt verstaan het behandelen (openen, reinigen, controleren), het navullen van de reeds in de handel gebrachte flessen en misschien vooral het heretiketteren ervan –, gelet op de aard en de bestemming van die waren, in beginsel noodzakelijk is voor het gebruik waarvoor die navulbare flessen zijn voorbestemd en om de secundaire markt toegankelijk te maken voor onafhankelijke ondernemingen. Mijns inziens draagt heretikettering, voor zover die geschiedt onder duidelijke en niet-misleidende omstandigheden, paradoxaal genoeg bij tot de handhaving van de wezenlijke functie van de merken, of het nu gaat om het merk van degene die de fles voor het eerst in de handel heeft gebracht of om het merk van degene die de fles heeft nagevuld alvorens deze opnieuw te verkopen. Om die reden alleen al is volgens mij voldaan aan het noodzakelijkheidsvereiste, temeer daar dit vereiste dient te worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden van het concrete geval, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de verschillen ten opzichte van de feiten in de zaak Bristol-Myers Squibb e.a. Gelet op de levensduur van CO_2-flessen, die volgens MySoda zowat honderd keer kunnen worden nagevuld, kan ik ook aannemen dat de staat van bewaring van het oorspronkelijke etiket zal achteruitgaan en dat, in de mogelijke hypothese van opeenvolgende navullingen door verschillende ondernemingen, degene die als laatste de fles zal heretiketteren niet noodzakelijk degene zal zijn die het oorspronkelijke etiket heeft verwijderd.

4. Conclusie

44. Uit het voorgaande volgt dat artikel 15, lid 2, van verordening 2017/1001 en artikel 15, lid 2, van richtlijn 2015/2436 in het kader van het hoofdgeding aldus moeten worden uitgelegd dat de merkhouder zich rechtmatig ertegen kan verzetten dat een derde CO_2-flessen, die door die derde zijn nagevuld, verder verhandelt op het grondgebied van dezelfde lidstaat als die waar deze flessen voor het eerst door die merkhouder of met diens toestemming in de handel zijn gebracht, wanneer die derde deze flessen heeft omgepakt en daarop zijn merk opnieuw heeft aangebracht, tenzij komt vast te staan dat een dergelijk verzet zal bijdragen tot kunstmatige afscherming van de markt. Om te beoordelen of sprake is van een dergelijk risico, staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of de ompakking waartoe is overgegaan, gelet op de aard van de betrokken waar en de bestemming ervan, noodzakelijk blijkt om de toegang van derden tot de markt voor het navullen met koolstofdioxide te verzekeren. Indien de verwijzende rechter tot de slotsom zou komen dat de ompakking waartoe de derde is overgegaan noodzakelijk is, dient hij zich er nog van te vergewissen dat voor het overige de rechtmatige belangen van de merkhouder worden beschermd.

[50] MySoda van haar kant verklaart dat het navullen van flessen met een als gevaarlijk beschouwde stof, zoals koolstofdioxide, in Finland een strikt gereglementeerde en gecontroleerde activiteit is, en met name dient te voldoen aan het op dat gebied toepasselijke Unierecht.

[51] Zo stelt SodaStream, na te hebben aangegeven dat zij in Finland tussen 55 en 60 % van het marktaandeel voor het navullen van CO_2 -flessen in handen heeft, tegenover 30 tot 35 % voor MySoda, voor om – als minder ingrijpende maatregel voor haar merkrechten dan het aanbrengen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde etiketten en als element op grond waarvan kan worden aangetoond dat de door MySoda uitgevoerde heretikettering niet *noodzakelijk* is – distributeurs te verzoeken de geretourneerde lege flessen te sorteren en ze met het oog op navulling ervan terug te sturen naar de respectieve merkhouders. Op die manier zou er uiteindelijk echter geen sprake zijn van onderscheiden markten, namelijk die voor bruiswaterapparaten die traditioneel worden verkocht met ten minste één met koolstofdioxide gevulde fles en de specifieke markt voor het louter navullen van CO_2-flessen, aangezien het merk van het apparaat en van de eerste fles noodzakelijkerwijs zou bepalen bij welke onderneming de fles zowat honderd keer kan worden nagevuld.

B. Derde prejudiciële vraag

45. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het verwijderen en vervangen van het van het merk voorziene etiket principieel de functie van het merk ondermijnt, dan wel of voor de toepassing van de voorwaarden inzake ompakking en heretikettering nog dient te worden beoordeeld of het relevante publiek het etiket uitsluitend opvat als een verwijzing naar de herkomst van het koolstofdioxide, of daarentegen moet worden aangenomen dat dit publiek van mening is dat het etiket minstens gedeeltelijk ook naar de herkomst van de fles verwijst. [52]

46. Evenals SodaStream vat ik deze derde prejudiciële vraag op in die zin dat zij ziet op een afzonderlijke voorwaarde die losstaat van het vereiste inzake de noodzaak van ompakking. Zoals immers met name in punt 36 van de onderhavige conclusie in herinnering is gebracht, zou zelfs het oordeel dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde handelwijze noodzakelijk is in de zin van de eerste van de voorwaarden die worden gesteld bij het arrest Bristol-Myers Squibb e.a., niet volstaan voor de vaststelling dat SodaStream zich niet tegen die handelwijze kan verzetten, aangezien die voorwaarden cumulatief zijn. Met andere woorden, na de vaststelling van de objectieve noodzaak van ompakking dient de feitelijke uitvoering ervan te worden onderzocht.

47. De bij het arrest Bristol-Myers Squibb e.a. gestelde derde voorwaarde vereist dat op de nieuwe verpakking duidelijk wordt vermeld wie het product heeft omgepakt, alsook de naam van de fabrikant, met dien verstande dat deze vermeldingen zodanig moeten zijn afgedrukt dat zij kunnen worden begrepen door iemand met een normaal gezichtsvermogen en normale oplettendheid. [53] De vereiste duidelijkheid van de informatie moet dus voorkomen dat de consument in verwarring wordt gebracht. [54]

48. Met het oog op de bescherming van de herkomstgarantie van het merk mag de nieuwe etikettering met name niet de indruk wekken dat er een economische band bestaat tussen de derde die de waar opnieuw verkoopt en de merkhouder, en meer in het bijzonder dat de onderneming van de wederverkoper tot het distributienet van de merkhouder behoort of dat er een bijzondere band tussen de twee ondernemingen bestaat. [55] Indien de normaal geïnformeerde en redelijk oplettende consument moeilijkheden ondervindt om de herkomst van de waren te bepalen, zullen de aan het merk ontleende rechten niet kunnen worden geacht te zijn uitgeput. [56] Uit het arrest Viking Gas [57] vloeit met name voort dat bij de beoordeling of de indruk wordt gewekt dat er een economische band bestaat, rekening moet worden gehouden met de etikettering van de flessen en met de omstandigheden waaronder zij worden ingewisseld. [58] Eveneens dient rekening te worden gehouden met de praktijken in de sector en met de vraag of de consument eraan gewend is dat de flessen door andere distributeurs worden gevuld. In dat geval zal ervan kunnen worden uitgegaan dat een consument die zich rechtstreeks tot een concurrent wendt om hetzij zijn fles te laten vullen, hetzij zijn lege fles in te wisselen tegen een gevulde, gemakkelijker zal

[52] Dienaangaande zal de vraag of het aanbrengen van een sticker op de fles minder afbreuk doet aan de merkrechten van SodaStream, moeten worden beoordeeld door de verwijzende rechter. Deze rechter dient in het bijzonder na te gaan of er in dat geval integendeel geen groter gevaar voor verwarring bij de consument bestaat, met name wanneer er op het ritme van het navullen van de flessen veelvuldig stickers worden aangebracht.

[53] Zie arrest Bristol-Myers Squibb e.a. (punt 79).

[54] In bepaalde gevallen kan men zich goed voorstellen dat de vierde voorwaarde, betreffende de verplichting om de reputatie van het merk en van de merkhouder niet te schaden, tegelijk met deze derde voorwaarde wordt onderzocht. Ik stel evenwel vast dat de aan het Hof voorgelegde prejudiciële vragen geen betrekking hebben op deze vierde voorwaarde.

[55] Zie arrest van 8 juli 2010, Portakabin (C-558/08, EU:C:2010:416, punt 80). Zie ook arrest Viking Gas (punten 37 en 39).

[56] Zie, inzake internetgebruikers, arrest van 8 juli 2010, Portakabin (C-558/08, EU:C:2010:416, punt 81). Zie, inzake consumenten in het algemeen, arrest Viking Gas (punten 39 en 40).

[57] Arrest van 14 juli 2011 (C-46/10, EU:C:2011:485).

[58] Zie arrest Viking Gas (punt 39).

kunnen weten dat er geen band bestaat tussen de betrokken concurrent en de merkhouder.[59] Het Hof heeft eveneens erkend dat het feit dat het merk van de fles zichtbaar blijft ondanks de extra etikettering[60] door de concurrent, in zoverre een relevante factor vormt dat zij lijkt uit te sluiten dat de etikettering de toestand van de flessen heeft gewijzigd door hun herkomst volledig te maskeren.[61]

49. De derde mag niet heretiketteren met slechte bedoelingen, bijvoorbeeld met het eigenlijke oogmerk om de consument te misleiden. De verwijdering van het etiket door MySoda kan haar evenwel niet noodzakelijkerwijs worden verweten aangezien niet altijd kan worden vastgesteld of het wel degelijk MySoda was die het oorspronkelijke etiket van een bepaalde fles heeft verwijderd of dat van degene die als laatste de fles met gas heeft nagevuld. De verwijdering kan worden gerechtvaardigd door rekening te houden met de bijzondere aard van de betrokken waar, namelijk navulbare flessen. Het merk van de fles blijft zichtbaar doordat het op de hals is gegraveerd, zodat de wezenlijke functie van het merk als garantie voor de herkomst van de fles niet noodzakelijkerwijze wordt ondermijnd door de loutere heretikettering. Het staat mijns inziens niettemin aan de verwijzende rechter om te bepalen hoe een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende consument[62] die heretikettering precies kan opvatten. Dat hangt weliswaar af van de mate waarin die consument op de hoogte is van de werking en de praktijken[63] op de markt voor het navullen van CO_2-flessen, maar het hangt tevens af van de duidelijkheid van de informatie op het etiket, dat zonder dubbelzinnig te zijn wat de werkelijke verantwoordelijke voor de vervaardiging van de fles betreft, informatie dient te bevatten over de persoon die als laatste de fles heeft nagevuld met koolstofdioxide.

50. Ik voeg hieraan toe dat de Finse regering de milieuaspecten van het hoofdgeding heeft benadrukt met het betoog dat de nuttige toepassing van flessen door de navulling en het hergebruik ervan dient te worden aangemoedigd in het kader van het beleid van afvalpreventie, een van de doelstellingen van richtlijn (EU) 2018/852 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2018 tot wijziging van richtlijn 94/62/EG betreffende verpakking en verpakkingsafval.[64] Met het oog daarop mag volgens die regering de nuttige toepassing van de flessen niet te ingewikkeld worden gemaakt door overdreven rekening te houden met de rechten van de flessenfabrikant, de merkhouder.

51. Gelet op al deze elementen ben ik van mening dat artikel 15, lid 2, van verordening 2017/1001 en artikel 15, lid 2, van richtlijn 2015/2436 aldus moeten worden uitgelegd dat wanneer een derde een CO_2-fles navult met gas en opnieuw verkoopt, het van het merk van de flessenfabrikant voorziene etiket verwijdert maar dit op de hals gegraveerde merk zichtbaar laat, en op de fles zijn eigen etiket aanbrengt, de door de nieuwe etikettering gewekte algemene indruk dient te worden beoordeeld teneinde te bepalen of de informatie inzake degene die de waar heeft omgepakt en de informatie over de fabrikant van die waar duidelijk en ondubbelzinnig overkomen bij een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende consument. Deze informatie zoals weergegeven door de nieuwe etikettering mag met name niet de indruk wekken dat er een economische of bijzondere

[59] Zie arrest Viking Gas (punt 40). Ik herinner eraan dat dit niet het geval is in het kader van het hoofdgeding.

[60] In dat geval waren door de onderneming die de fles navulde twee stickers op de fles aangebracht, zonder dat de woord- en beeldmerken van de onderneming die de fles voor het eerst in de handel had gebracht, waren verwijderd of bedekt (zie arrest Viking Gas, punt 11).

[61] Zie arrest Viking Gas (punt 41).

[62] Ik kies inderdaad voor deze formulering, die mijns inziens min of meer overeenkomt met die welke in het arrest Bristol-Myers Squibb e.a. is gebruikt (zie ter vergelijking punt 48 van de onderhavige conclusie).

[63] Anders dan de feiten in de zaak die heeft geleid tot het arrest Viking Gas, worden de nagevulde flessen – zoals de Commissie dienaangaande heeft opgemerkt – niet verkocht in winkels waarop het logo staat van degene die de navulling heeft uitgevoerd, zodat het voor de consument moeilijker kan zijn om de precieze rol van elk van de op die flessen aangebrachte merken te onderscheiden.

[64] PB 2018, L 150, blz. 141.

band bestaat tussen de derde die de fles heeft nagevuld en de merkhouder. Bij de beoordeling van de indruk die de nieuwe etikettering wekt, dient met name rekening te worden gehouden met de specifieke praktijken in de betrokken sector en met de mate waarin de consument van die praktijken op de hoogte is.

C. Toepassing van de toets die voortvloeit uit het arrest Viking Gas

52. Subsidiair, voor het geval het Hof de hierboven voorgestelde redenering niet zou volgen, kan worden overwogen de in het arrest Viking Gas geschetste toets te hanteren, hetgeen ongeveer hetzelfde resultaat oplevert.

53. Ik herinner eraan dat het Hof in die zaak moest bepalen onder welke voorwaarden de houder van een exclusieve licentie voor het gebruik van composietgasflessen die zijn bestemd om te worden hergebruikt, waarvan de vorm is beschermd als driedimensionaal merk en waarop die houder zijn als woord- en beeldmerken beschermde naam en logo heeft aangebracht, zich op grond van de artikelen 5 en 7 van de Eerste richtlijn (89/104) ertegen kon verzetten dat die flessen, nadat zij zijn aangekocht door consumenten die vervolgens het oorspronkelijk in die flessen aanwezige gas hebben opgebruikt, door een derde tegen betaling worden ingewisseld voor composietflessen die zijn gevuld met gas dat niet van die houder afkomstig is. [65]

54. Het Hof heeft om te beginnen erkend dat de voor hergebruik bestemde flessen de hoedanigheid hebben van werkelijke waren en niet die van een loutere verpakking. [66] Vervolgens heeft het een afweging gemaakt tussen, enerzijds, het legitieme belang van de licentiehouder van het recht op het in de vorm van de fles bestaande merk en houder van de daarop aangebrachte merken om gebruik te maken van de aan die merken verbonden rechten en, anderzijds, de net zo legitieme belangen van de kopers van de flessen, waaronder met name het recht om ten volle van hun eigendomsrecht op die flessen te genieten, alsmede het algemeen belang van handhaving van een onvervalste mededinging. [67] Ten slotte heeft het Hof erop gewezen dat de economische waarde van de aan de flessen verbonden merken wordt gerealiseerd door de verkoop van de flessen en dat een verkoop die het mogelijk maakt om de economische waarde van het merk op die manier te realiseren, de door de Eerste richtlijn (89/104) toegekende uitsluitende rechten uitput. [68]

55. Uit het oogpunt van de kopers is het zo dat indien hun eigendomsrecht zelfs na de verkoop zou worden beperkt door de merkrechten, zij niet langer vrij zouden zijn in de uitoefening van dat recht, maar voor de latere navulling van de flessen gebonden zouden blijven aan één enkele gasleverancier. [69] Uit het oogpunt van de mededinging zou een dergelijke situatie de licentiehouder van het merkrecht toestaan om de mededinging op de stroomafwaartse markt van navulling van gasflessen op ongerechtvaardigde wijze te beperken, en het risico van afscherming van die markt met zich brengen. [70]

56. Het Hof heeft derhalve voor recht verklaard dat door de verkoop van de composietfles „de rechten die de licentiehouder van het recht op het merk […] aan [dat merk] ontleent zijn uitgeput, en voorts dat daardoor het recht om vrijelijk over die fles te beschikken – met inbegrip

65 Zie arrest Viking Gas (punt 15).

66 Zie arrest Viking Gas (punt 30).

67 Zie arrest Viking Gas (punt 31).

68 Zie arrest Viking Gas (punt 32).

69 Zie arrest Viking Gas (punt 33).

70 Zie arrest Viking Gas (punt 34).

van het recht om de fles bij een onderneming van zijn eigen keuze, […] ook bij een van diens concurrenten, in te wisselen of te laten navullen wanneer het oorspronkelijke gas eenmaal is opgebruikt – is overgegaan op de koper. Dat recht van de koper is verbonden met het recht van die concurrenten om, binnen de door artikel 7, lid 2, van [de Eerste richtlijn (89/104)] gestelde grenzen, over te gaan tot het navullen en inwisselen van de lege flessen"[71], waarbij die grenzen verband houden met het bestaan van gegronde redenen om zich te verzetten tegen het verder verhandelen van de door de merkhouder in de handel gebrachte waren. Die gegronde redenen kunnen bestaan in de wijziging of de verslechtering van de toestand van de van het merk voorziene waren, het gebruik door een derde van een teken dat gelijk is aan of overeenstemt met een merk waardoor de reputatie van dat merk ernstig wordt geschaad of de indruk wordt gewekt dat er een economische band tussen de merkhouder en die derde bestaat (zoals het bestaan van een bijzondere band tussen die twee personen of het behoren tot een distributienet van de merkhouder).[72] Bij de beoordeling of de indruk van een economische band wordt gewekt, moet rekening worden gehouden met de etikettering van de flessen alsmede met de omstandigheden waaronder de flessen worden ingewisseld[73], waarbij deze de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument niet mogen doen veronderstellen dat er tussen de twee betrokken ondernemingen een band bestaat of dat het voor het vullen van die flessen gebruikte gas afkomstig is van de merkhouder. Eveneens moet rekening worden gehouden met de praktijken in die sector en met de vraag of de consument eraan gewend is dat de flessen door andere distributeurs worden gevuld. In dat geval kan ervan worden uitgegaan dat een consument die zich rechtstreeks tot een concurrent wendt om hetzij zijn fles te laten vullen, hetzij zijn lege fles in te wisselen tegen een gevulde, gemakkelijker zal kunnen weten dat er geen band bestaat tussen de betrokken concurrent en de merkhouder.[74] Het Hof heeft eveneens erkend dat het feit dat het merk van de fles zichtbaar blijft ondanks de extra etikettering[75] door de concurrent, in zoverre een relevante factor vormt dat zij lijkt uit te sluiten dat de etikettering de toestand van de flessen heeft gewijzigd door hun oorsprong te maskeren[76].

57. Toegepast op het onderhavige hoofdgeding volgt uit het voorgaande dat artikel 15 van verordening 2017/1001 en artikel 15 van richtlijn 2015/2436 niet toestaan dat de houder van het merk betreffende de CO_2-flessen die zijn bestemd om te worden nagevuld en vervolgens te worden hergebruikt, zich ertegen verzet dat die flessen – nadat ze zijn aangekocht door consumenten die het gas hebben verbruikt en nadat zij door die consumenten naar voor het inzamelen van lege flessen verantwoordelijke wederverkopers zijn gebracht en door een concurrerende derde zijn nagevuld – worden verkocht door deze derde, die zijn eigen merk op die flessen heeft aangebracht maar het merk van de merkhouder zichtbaar heeft gelaten, tenzij de merkhouder een gegronde reden kan aanvoeren in de zin van bovengenoemde bepalingen. De verwijzende rechter zal dus moeten nagaan of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde handelwijze de reputatie van de merkhouder ernstig schaadt of het gebruik dat aldus van het identieke teken wordt gemaakt, de indruk kan wekken dat er een economische band tussen die merkhouder en de betrokken derde bestaat. Daartoe dient de verwijzende rechter oog te hebben voor de perceptie van de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument wat het mogelijke bestaan van een economische band tussen de merkhouder en de concurrerende derde betreft. Er zal rekening moeten worden gehouden met de

71 Arrest Viking Gas (punt 35).

72 Zie arrest Viking Gas (punten 36 en 37).

73 Zie arrest Viking Gas (punt 39).

74 Zie arrest Viking Gas (punt 40).

75 In dat geval waren door de onderneming die de fles navulde twee stickers op de fles aangebracht, zonder dat de woord- en beeldmerken van de onderneming die de fles voor het eerst in de handel had gebracht, waren verwijderd of bedekt (zie arrest Viking Gas, punt 11).

76 Zie arrest Viking Gas (punt 41).

consumentengewoonten en met de marktpraktijken. Ten slotte zal de verwijzende rechter zich er ook van moeten vergewissen dat de etikettering door de concurrerende derde er niet toe heeft geleid dat de toestand van de flessen is gewijzigd.

IV. Conclusie

58. Gelet op de voorgaande overwegingen geef ik het Hof in overweging de vragen van de Korkein oikeus als volgt te beantwoorden:

„1) Artikel 15, lid 2, van verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerk en artikel 15, lid 2, van richtlijn (EU) 2015/2436 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten moeten in het kader van het hoofdgeding aldus worden uitgelegd dat de merkhouder zich rechtmatig ertegen kan verzetten dat een derde CO2-flessen, die door die derde zijn nagevuld, verder verhandelt op het grondgebied van dezelfde lidstaat als die waar deze flessen voor het eerst door die merkhouder of met diens toestemming in de handel zijn gebracht, wanneer die derde deze flessen heeft omgepakt en daarop zijn merk opnieuw heeft aangebracht, tenzij komt vast te staan dat een dergelijk verzet zal bijdragen tot kunstmatige afscherming van de markt. Om te beoordelen of sprake is van een dergelijk risico, staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of de ompakking waartoe is overgegaan, gelet op de aard van de betrokken waar en de bestemming ervan, noodzakelijk blijkt om de toegang van derden tot de markt voor het navullen met koolstofdioxide te verzekeren. Indien de verwijzende rechter tot de slotsom zou komen dat de ompakking waartoe de derde is overgegaan noodzakelijk is, dient hij zich er nog van te vergewissen dat voor het overige de rechtmatige belangen van de merkhouder worden beschermd.

2) Artikel 15, lid 2, van verordening 2017/1001 en artikel 15, lid 2, van richtlijn 2015/2436 moeten aldus worden uitgelegd dat wanneer een derde een CO2-fles navult met gas en opnieuw verkoopt, het van het merk van de flessenfabrikant voorziene etiket verwijdert maar dit op de hals gegraveerde merk zichtbaar laat, en op de fles zijn eigen etiket aanbrengt, de door de nieuwe etikettering gewekte algemene indruk dient te worden beoordeeld teneinde te bepalen of de informatie inzake degene die de waar heeft omgepakt en de informatie over de fabrikant van die waar, duidelijk en ondubbelzinnig overkomen bij iemand met een normaal gezichtsvermogen en normale oplettendheid. Deze informatie zoals weergegeven door de nieuwe etikettering mag met name niet de indruk wekken dat er een economische of bijzondere band bestaat tussen de derde die de fles heeft nagevuld en de merkhouder. Bij de beoordeling van de indruk die de nieuwe etikettering wekt, dient rekening te worden gehouden met de specifieke praktijken in de betrokken sector en met de mate waarin de consument van die praktijken op de hoogte is.”