ARREST VAN HET GERECHT (Achtste kamer)

11 december 2014*

„Gemeenschapsmerk — Oppositieprocedure — Aanvraag voor driedimensionaal gemeenschapsmerk — Vorm van een grashalm in een fles — Ouder nationaal driedimensionaal merk — Normaal gebruik van het oudere merk — Artikel 75 en artikel 76, leden 1 en 2, van verordening (EG) nr. 207/2009 — Bewijs dat voor het eerst voor de kamer van beroep wordt overgelegd — Beoordelingsvrijheid die is toegekend bij artikel 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009 — Motiveringsplicht”

In zaak T-235/12,

CEDC International sp. z o.o., gevestigd te Oborniki Wielkopolskie (Polen), vertegenwoordigd door M. Siciarek, G. Rząsa en J. Mrozowski, advocaten,

verzoekster,

tegen

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

verweerder,

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

Underberg AG, gevestigd te Dietlikon (Zwitserland), vertegenwoordigd door V. von Bomhard, A. Renck en J. Fuhrmann, advocaten,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de vierde kamer van beroep van het BHIM van 26 maart 2012 (zaak R 2506/2010-4) inzake een oppositieprocedure tussen Przedsiębiorstwo Polmos Białystok (Spółka Akcyjna) en Underberg AG,

wijst HET GERECHT (Achtste kamer),

samengesteld als volgt: D. Gratsias, president, M. Kancheva (rapporteur) en C. Wetter, rechters,

griffier: C. Heeren, administrateur,

gezien het op 29 mei 2012 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 31 oktober 2012 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van het BHIM,

* Procestaal: Duits.

gezien de op 31 oktober 2012 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van interveniënte,

gezien de op 29 januari 2013 ter griffie van het Gerecht neergelegde repliek,

gezien de op 6 mei 2013 ter griffie van het Gerecht neergelegde dupliek van het BHIM,

gezien de op 6 mei 2013 ter griffie van het Gerecht neergelegde dupliek van interveniënte,

gezien de schriftelijke vragen van het Gerecht aan partijen,

gezien de op 30 april en 5 mei 2014 ter griffie van het Gerecht ingediende opmerkingen van partijen,

na de terechtzitting op 5 juni 2014,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Op 1 april 1996 heeft interveniënte, Underberg AG, bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) een gemeenschapsmerkaanvraag ingediend krachtens verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), zoals gewijzigd [vervangen door verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het gemeenschapsmerk (PB L 78, blz. 1)].

2 De inschrijvingsaanvraag betreft het volgende driedimensionale teken:



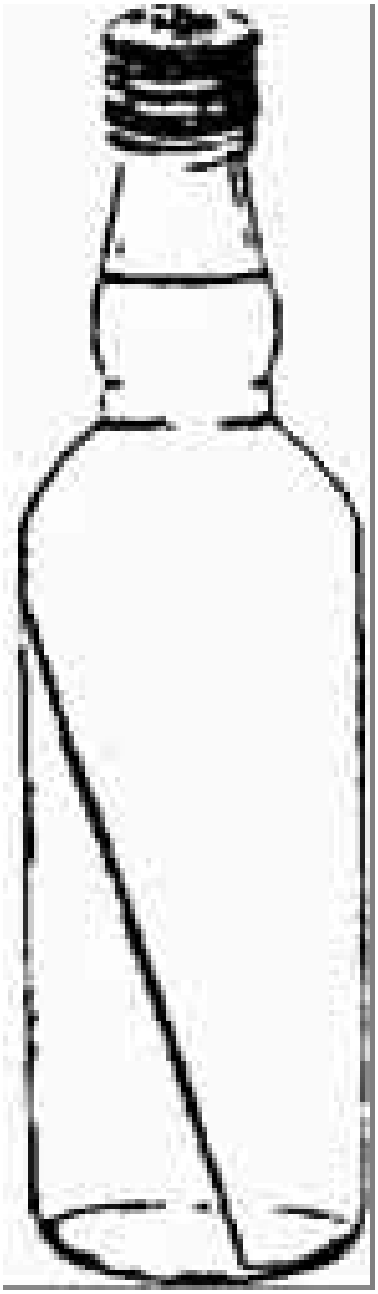
3 Het aangevraagde driedimensionale gemeenschapsmerk wordt als volgt omschreven: „een groen-bruinachtige grashalm die in een fles staat, waarbij de lengte van de grashalm overeenkomt met ongeveer drie vierde van de hoogte van de fles”.

4 De waren waarvoor de merkaanvraag werd ingediend, behoren tot klasse 33 in de zin van de Overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, zoals herzien en gewijzigd. Zij zijn omschreven als volgt: „Spiritualiën en likeuren”.

5 De gemeenschapsmerkaanvraag is in het *Blad van gemeenschapsmerken* nr. 51/2003 van 23 juni 2003 gepubliceerd.

6 Op 15 september 2003 heeft Przedsiębiorstwo Polmos Białystok (Spółka Akcyjna), in de rechten waarvan verzoekster, CEDC International sp. z o.o., is getreden ingevolge een fusie door overname in 2011, krachtens artikel 42 van verordening nr. 40/94 (thans artikel 41 van verordening nr. 207/2009) oppositie ingesteld tegen de inschrijving van het aangevraagde merk voor de in punt 4 supra vermelde waren.

7 De oppositie was met name gebaseerd op het oudere Franse driedimensionale merk, dat is aangevraagd op 18 september 1995, ingeschreven op 18 april 1997 onder nummer 95588457 en vernieuwd op 9 juni 2005 voor „alcoholhoudende dranken”, die behoren tot klasse 33 van de Overeenkomst van Nice. Dit merk is hieronder weergegeven:



8 Dit Franse driedimensionale merk wordt omschreven als volgt: „een fles, zoals hierboven afgebeeld, waarin een grashalm in een bijna diagonale positie in de flessenbuik is geplaatst”.

9 De oppositie was tevens gebaseerd op Duits merk nr. 39848553, Poolse merken nrs. 62018, 62081 en 85811, Japans merk nr. 2092826, Frans merk nr. 98746752 en niet-ingeschreven tekens waarop aanspraak wordt gemaakt in verschillende lidstaten van de Europese Unie.

10 Ter onderbouwing van de oppositie werden de gronden aangevoerd van, ten eerste, artikel 8, lid 1, sub a en b, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 8, lid 1, sub a en b, van verordening nr. 207/2009) krachtens het in punt 7 supra afgebeelde oudere Franse driedimensionale merk, ten tweede, artikel 8, lid 3, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 8, lid 3, van verordening nr. 207/2009) krachtens hetzelfde merk alsmede de in punt 9 supra vermelde ingeschreven merken en, ten derde, artikel 8, lid 4, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 8, lid 4, van verordening nr. 207/2009) krachtens de in punt 9 supra vermelde niet-ingeschreven tekens.

11 Op 11 juli 2007 heeft verzoekster bewijzen van het gebruik van haar oudere Franse driedimensionale merk overgelegd binnen de door de oppositieafdeling gestelde termijn die verstreek op 1 augustus 2007, in antwoord op een verzoek in die zin van interveniënte. Op 3 juli 2008 heeft verzoekster haar betoog met betrekking tot het bewijs van dat gebruik ontwikkeld.

12 Op 18 oktober 2010 heeft de oppositieafdeling de oppositie in haar geheel afgewezen. Zij heeft zich met name op het standpunt gesteld dat het overgelegde bewijs niet volstond als bewijs van het normale gebruik van het oudere Franse driedimensionale merk en dat de aanwezigheid, op de in de handel gebrachte fles, van het etiket met de term „żubrówka” en de afbeelding van een bizon het onderscheidend vermogen van dit merk in de vorm waarin het was ingeschreven, wijzigde.

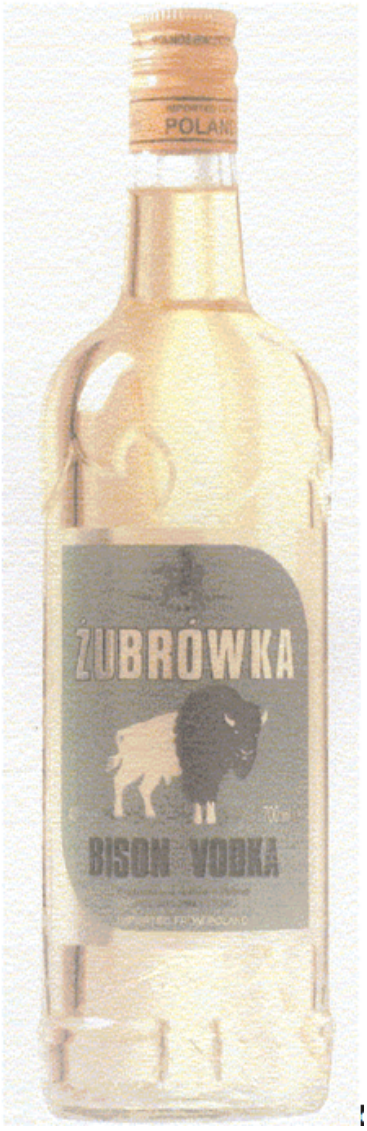
13 Op 17 december 2010 heeft verzoekster krachtens de artikelen 58 tot en met 64 van verordening nr. 207/2009 bij het BHIM beroep ingesteld tegen de beslissing van de oppositieafdeling. Op 18 februari 2011 heeft zij de uiteenzetting van de gronden van het beroep ingediend, waarbij bewijzen van gebruik waren gevoegd die voor de oppositieafdeling niet waren overgelegd.

14 Bij beslissing van 26 maart 2012 (hierna: „bestreden beslissing”) heeft de vierde kamer van beroep van het BHIM het beroep in zijn geheel verworpen.

15 Wat, ten eerste, de oppositiegrond van artikel 8, lid 1, sub a en b, van verordening nr. 207/2009 betreft, heeft de kamer van beroep om te beginnen met betrekking tot de door verzoekster voor haar overgelegde bewijzen van gebruik het volgende opgemerkt:

„13 De door [verzoekster] overgelegde bewijzen van gebruik omvatten met name twee verklaringen onder ede, waarvan de ene afkomstig is van de financieel directeur en voorzitter van de raad van bestuur van [verzoekster] en de andere van de algemeen directeur van Pernod S.A., de exclusieve distributeur van de wodka ‚Żubrówka’ van [verzoekster] op het Franse grondgebied. Volgens deze verklaringen onder ede bevatte in de periode van 2000 tot 2004 ‚elke fles wodka ZUBROWKA die in Frankrijk werd verkocht, een bizongrashalm die identiek is aan de in Franse inschrijving nr. 95 588 457 afgebeelde grashalm’. De volgende afbeelding van de wodka van het merk

ZUBROWKA, zoals deze volgens de verklaringen werd verkocht in Frankrijk gedurende de relevante periode [van 23 juni 1998 tot 22 juni 2003], was bij de twee verklaringen onder ede gevoegd:



14 De bewijzen omvatten voorts een aantal voor Franse handelaars bestemde folders van de jaren 1999 tot 2002, waarin de volgende afbeeldingen van de wodka ‚Żubrówka' zijn opgenomen:

15 Tevens omvatten de bewijzen een aantal folders van de jaren 2003 tot 2006, die door Franse supermarkten werden verspreid en waarin de volgende afbeeldingen van de wodka ‚Żubrówka' zijn opgenomen:

16 Geen enkele andere afbeelding dan die welke in de voorgaande drie punten zijn weergegeven, werd overgelegd."

16 De kamer van beroep heeft vervolgens geoordeeld dat het Franse merk waarvan het bewijs van gebruik was geleverd, bestond in een „fles met een gebruikelijke vorm en met op de flessenbuik een lijn die diagonaal van de linkerkant van de fles, juist onder de flessenhals, tot de tegenoverliggende rand van de bodem loopt", zoals weergegeven in punt 7 supra; dat het bewijs van gebruik flessen met twee verschillende vormen toonde, maar altijd met hetzelfde opvallende en niet-doorzichtige etiket

„ZUBROWKA BISON VODKA", dat een belangrijk deel van de flessen bedekte, en dat de diagonale lijn niet was aangebracht op de buitenkant en niet voorkwam op het etiket zelf. Verder was zij van mening dat het door de aanwezigheid van het etiket onmogelijk was te zien wat er zich achter het etiket of in de flessen bevond.

17 De kamer van beroep heeft ten slotte geoordeeld dat in deze omstandigheden verzoekster niet het bewijs had geleverd van de wijze van gebruik van haar oudere Franse driedimensionale merk, te weten het gebruik van dit merk zoals dat was ingeschreven of in een op onderdelen afwijkende vorm zonder dat het onderscheidend vermogen van dit merk in de vorm waarin het is ingeschreven, wordt gewijzigd. Zij heeft hieruit afgeleid dat de oppositie op grond van artikel 8, lid 1, sub a en b, van verordening nr. 207/2009 diende te worden afgewezen, daar dit merk het enige oudere merk was waarop deze oppositie was gebaseerd.

18 Wat, ten tweede, de oppositiegrond van artikel 8, lid 4, van verordening nr. 207/2009 betreft, was de kamer van beroep van oordeel dat verzoekster niet het bewijs had geleverd van het daadwerkelijke gebruik van de niet-ingeschreven tekens waarop zij aanspraak maakte in verschillende landen van de Europese Unie (zie punt 9 supra), met name in Duitsland. Bijgevolg heeft zij de op deze grond gebaseerde oppositie afgewezen.

19 Wat, ten derde, de oppositiegrond van artikel 8, lid 3, van verordening nr. 207/2009 betreft, heeft de kamer van beroep zich op het standpunt gesteld dat verzoekster noch het daadwerkelijke gebruik van de aangevoerde merken (zie punt 9 supra) noch aan de hand van de overgelegde contractuele documenten enige relatie van tussenpersoon of handelsactiviteit met interveniënte had aangetoond. Derhalve heeft zij de op deze grond gebaseerde oppositie afgewezen. Volledigheidshalve heeft zij daaraan toegevoegd dat voor bepaalde aangevoerde merken niet was aangetoond dat verzoekster houdster van die merken was, of de datum van indiening van de aanvraag later was dan die van het litigieuze merk of nog het bestaan ervan onvoldoende onderbouwd was overeenkomstig regel 19 van verordening (EG) nr. 2868/95 van de Commissie van 13 december 1995 tot uitvoering van verordening nr. 40/94 (PB L 303, blz. 1), met name bij gebreke van een vertaling in het Engels, de taal van de voor haar aanhangige procedure.

Conclusies van partijen

20 Verzoekster verzoekt het Gerecht:

— de bestreden beslissing in haar geheel te vernietigen;

— het BHIM te verwijzen in de kosten.

21 Het BHIM en interveniënte verzoeken het Gerecht:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

Ontvankelijkheid van de voor het eerst voor het Gerecht overgelegde bijlagen

22 Verzoekster legt voor het eerst voor het Gerecht bijlagen over die een uitspraak van de administratieve rechtbank te Warschau van 24 augustus 2011 (bijlage C.2), een beslissing van het Poolse octrooibureau van 19 oktober 2012 (bijlage C.3) en een uittreksel uit de Poolse wet inzake het

industriële-eigendomsrecht van 2000 (bijlage C.4) omvatten. Deze bijlagen zouden bevestigen dat het Poolse driedimensionale merk nr. 85811, dat de vermaarde fles met een grashalm weergeeft, zijn bekendheid juist te danken heeft aan de aanwezigheid van de kenmerkende grashalm in de fles. Zij betoogt dat deze bijlagen „de nationale rechtspraak uiteenzetten" en zij steunt hiervoor op de rechtspraak van het Gerecht, volgens welke beslissingen van nationale rechters ontvankelijk zijn ook indien zij niet in het kader van de procedure voor het BHIM werden aangevoerd. Niets belet partijen noch het Gerecht, zich bij de uitlegging van het Unierecht te laten inspireren door elementen ontleend aan de rechtspraak van de Unie of de nationale of internationale rechtspraak [zie arrest van 1 februari 2012, Carrols/BHIM – Gambettola (Pollo Tropical CHICKEN ON THE GRILL), T-291/09, Jurispr., EU:T:2012:39, punten 34 en 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

23 Het BHIM en interveniënte betwisten de ontvankelijkheid van deze bijlagen, die als nieuwe feiten buiten beschouwing moeten worden gelaten. Interveniënte betwist tevens de relevantie van de vermeende bekendheid van een fles wodka met een grashalm in Polen in 2011 voor de vaststelling van de bekendheid van het oudere Franse merk in Frankrijk tussen 1998 en 2003.

24 Meteen dient te worden vastgesteld dat deze bijlagen voor het eerst voor het Gerecht worden overgelegd, niet als beslissingen van nationale rechters waardoor het Gerecht zich bij de uitlegging van het Unierecht – met name van verordening nr. 207/2009 – kan laten inspireren, zoals in de in punt 22 supra aangehaalde rechtspraak, maar als bewijzen van de vermeende bekendheid van een Pools driedimensionaal merk dankzij een daarin vervatte grashalm.

25 Volgens vaste rechtspraak is een beroep bij het Gerecht gericht op toetsing van de rechtmatigheid van de beslissingen van de kamers van beroep van het BHIM in de zin van artikel 65 van verordening nr. 207/2009. Uit deze bepaling volgt dat feiten die partijen niet voor de instanties van het BHIM hebben aangevoerd, niet meer kunnen worden aangevoerd in het stadium van het beroep bij het Gerecht en dat deze laatste de feiten niet opnieuw kan onderzoeken tegen de achtergrond van bewijsstukken die voor het eerst voor hem zijn aangevoerd. De rechtmatigheid van een beslissing van een kamer van beroep van het BHIM moet immers worden beoordeeld aan de hand van de gegevens waarover deze kon beschikken op het ogenblik waarop zij haar beslissing vaststelde [zie arresten van 18 juli 2006, Rossi/BHIM, C-214/05 P, Jurispr., EU:C:2006:494, punten 50-52 en aldaar aangehaalde rechtspraak; 18 december 2008, Les Éditions Albert René/BHIM, C-16/06 P, Jurispr., EU:C:2008:739, punten 136-138 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 16 januari 2014, Optilingua/BHIM – Esposito (ALPHATRAD), T-538/12, EU:T:2014:9, punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

26 Derhalve moeten de bijlagen C.2 tot en met C.4 van verzoekster niet-ontvankelijk worden verklaard, zonder dat de bewijskracht ervan hoeft te worden onderzocht.

27 In elk geval zijn deze bewijzen tevens niet ter zake dienend, daar zij geen betrekking hebben op het gebruik van het in geding zijnde oudere Franse merk gedurende de relevante periode, maar op de recentere bevestiging van de bekendheid van een Pools merk dat territoriaal gezien daarvan onafhankelijk is en waarvan voorts het bestaan geenszins voor het BHIM was gestaafd vóór de relevante uiterste datum, zoals de kamer van beroep heeft vastgesteld in punt 34 van de bestreden beslissing, zonder op dit punt door verzoekster te zijn weersproken in het kader van het onderhavige beroep.

Ten gronde

28 Ter staving van haar beroep voert verzoekster drie middelen aan, te weten respectievelijk, ten eerste, schending van het legaliteitsbeginsel en van het handboek van het BHIM over de merkenpraktijk, ten tweede, schending van artikel 15, lid 1, van verordening nr. 207/2009, van regel 22, lid 3, van

verordening nr. 2868/95 en van artikel 8, lid 1, sub a, en artikel 42, leden 2 en 3, van verordening nr. 207/2009 en, ten derde, schending van artikel 75 en artikel 76, leden 1 en 2, van verordening nr. 207/2009.

29 Allereerst dient te worden opgemerkt dat verzoekster opkomt tegen de vaststellingen en beoordelingen van het BHIM met betrekking tot alle oppositiegronden, te weten die vermeld in artikel 8, lid 1, sub a, in artikel 8, lid 3, en in artikel 8, lid 4, van verordening nr. 207/2009. Verzoekster stelt evenwel dat zij haar betoog beperkt tot de vaststellingen van de kamer van beroep inzake de beoordeling van de overgelegde bewijzen van gebruik, aangezien deze vaststellingen op dezelfde wijze alle oppositiegronden betreffen.

30 Het Gerecht acht het passend om eerst het derde middel te onderzoeken, dat is ontleend aan schending van artikel 75 en artikel 76, leden 1 en 2, van verordening nr. 207/2009 en betrekking heeft op de bewijzen die in aanmerking dienen te worden genomen bij de beoordeling van het normale gebruik van het oudere Franse merk.

31 In het kader van dit derde middel betoogt verzoekster dat het BHIM heeft nagelaten bepaalde feiten te onderzoeken zonder hiervoor een motivering te verstrekken, en aldus artikel 75 en artikel 76, leden 1 en 2, van verordening nr. 207/2009 heeft geschonden. In het bijzonder heeft het BHIM nagelaten, de door verzoekster overgelegde afbeeldingen te onderzoeken die de betrokken waar uit vier verschillende invalshoeken tonen, te weten niet alleen de voorkant, maar ook de achterkant en de zijkant, en die volgens haar aantonen dat het driedimensionale merk in de vorm van een grashalm in een fles duidelijk zichtbaar was en daadwerkelijk was gebruikt. Het BHIM is tevens voorbijgegaan aan andere bewijzen, zoals persberichten en berichten op internetfora, waaruit volgens verzoekster blijkt dat de grashalm in de fles door de Franse consument werd opgevat als een origineel en onderscheidend kenmerk, en die aldus betrekking hebben op de wijze van gebruik van het merk.

32 Dienaangaande voert verzoekster aan dat, aangezien de kamer van beroep geen kritiek heeft geuit ten aanzien van de ontvankelijkheid van de bewijzen die waren gevoegd bij de uiteenzetting van de gronden van het beroep van 18 februari 2011 (zie punt 13 supra) en zij geen gewag heeft gemaakt van artikel 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009, mag worden aangenomen dat de kamer van beroep die bewijzen als ontvankelijk beschouwde. Zelfs indien wordt aangenomen dat de kamer van beroep van plan was om deze bewijzen als niet-ontvankelijk te beschouwen, is de bestreden beslissing in elk geval gebrekkig gemotiveerd, daar de kamer van beroep in een dergelijk geval die beoordeling naar behoren had moeten motiveren. Verzoekster verwijst in dit verband naar de op dat artikel gebaseerde rechtspraak van het Hof. Zij leidt daaruit af dat de kamer van beroep, voor zover zij bovengenoemde bewijzen niet van de hand heeft gewezen en evenmin de bewijskracht ervan heeft ontkend, gehouden was om deze in aanmerking te nemen en te onderzoeken. Het verzuim om dit doen vormt een schending van artikel 75 en artikel 76, leden 1 en 2, van verordening nr. 207/2009.

33 Verder verwijt verzoekster het BHIM schending van artikel 75 en artikel 76, lid 1, van verordening nr. 207/2009 doordat het zijn beslissing niet heeft gemotiveerd, in het bijzonder wat het gebrek aan zichtbaarheid van de grashalm in de fles betreft, en doordat het de bewijzen afzonderlijk heeft onderzocht, zonder met name rekening te houden met de overgelegde bewijzen waarin de zijkant of de achterkant van de fles te zien is.

34 Het BHIM repliceert dat verzoekster geen recht heeft op inaanmerkingneming van de stukken die werden overgelegd samen met de uiteenzetting van de gronden van het beroep voor de kamer van beroep, en dus na het verstrijken van de door de oppositieafdeling gestelde termijn. Zelfs de beoordelingsvrijheid met betrekking tot de inaanmerkingneming van feiten en bewijzen die niet tijdig zijn aangevoerd, die het BHIM wordt verleend door artikel 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009, zoals uitgelegd door het Hof, is afhankelijk van het ontbreken van een andersluidende bepaling.

Artikel 42, leden 2 en 3, van verordening nr. 207/2009, zoals ten uitvoer gelegd door regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95, bevat juist een bepaling die zich verzet tegen de inaanmerkingneming van bewijzen van gebruik die voor het eerst voor de kamer van beroep zijn overgelegd.

35 Het BHIM betwist tevens dat de in de rechtspraak geformuleerde uitzondering, die de inaanmerkingneming van aanvullende bewijzen of nieuwe feiten toestaat, in casu van toepassing is. De nieuwe stukken vormen geen aanvulling op de binnen de termijnen overgelegde stukken, aangezien zij een andere fles weergeven dan de fles die zichtbaar was in de eerdere stukken, alsmede een voorwerp met een langgerekte vorm – dat een grashalm zou kunnen zijn – dat steeds wordt getoond in een fles, zodat dit het eerste en enige bewijs is van het gebruik van dit voorwerp in een positie in een fles. Verder heeft verzoekster niet uiteengezet in welk opzicht deze bewijzen een aanvulling vormen op de reeds overgelegde bewijzen, en evenmin waarom zij deze niet binnen de gestelde termijn had overgelegd.

36 Het BHIM betoogt verder dat uit het feit dat de kamer van beroep de te laat overgelegde stukken niet als niet-ontvankelijk heeft afgewezen, niet kan worden afgeleid dat zij die stukken heeft aanvaard. De omstandigheid dat de kamer van beroep deze stukken geen deel heeft laten uitmaken van de stukken waarmee zij rekening heeft gehouden bij de beoordeling van de wijze van gebruik, dient veeleer aldus te worden begrepen dat zij beslist had om die stukken niet in aanmerking te nemen.

37 Ten slotte is het BHIM van mening dat een ontoereikende motivering, zelfs indien hiervan sprake zou zijn, als zodanig niet dient te leiden tot vernietiging van de bestreden beslissing wanneer deze ontoereikendheid geen weerslag heeft op de gegrondheid van de bestreden beslissing.

38 Bovendien betoogt het BHIM dat de vaststelling van het gebrek aan zichtbaarheid van de grashalm wordt gestaafd door de afbeeldingen van de fles (zie punt 15 supra) en wordt gemotiveerd door de aanwezigheid van het etiket, dat een belangrijk deel van de fles bedekt en verbergt wat zich achter of in de fles bevindt (zie punt 16 supra). Het BHIM is van mening dat de overgelegde bewijzen van gebruik in hun geheel in aanmerking werden genomen en dat verzoekster in werkelijkheid de uitkomst van de beoordeling van die bewijzen betwist.

39 Interveniënte stelt dat de zijaanzichten van de fles duidelijk te laat zijn overgelegd. Om te beginnen werden zij niet overgelegd binnen de door de oppositieafdeling gestelde termijn (die verstreek op 1 augustus 2007), maar drie en een halve maand later (te weten op 18 februari 2011) voor het eerst voor de kamer van beroep. Verder is er geen enkel materieel verband met de reeds overgelegde bewijzen van gebruik, daar een fles wordt getoond met een flessenhals die bol, en niet rechtlijnig is. Bovendien heeft verzoekster een dergelijk verband niet aangetoond, en in het bijzonder heeft zij niet aangevoerd dat het ging om een bewijs van gebruik, noch dat het een aanvulling op de reeds overgelegde bewijzen betrof. Verzoekster heeft evenmin argumenten op basis van die zijaanzichten aangevoerd tijdens de oppositieprocedure. Ten slotte blijkt uit de weergave van de afbeeldingen van de fles in de punten 13 tot en met 16 van de bestreden beslissing duidelijk welke afbeeldingen – alle vooraanzichten – door de kamer van beroep in aanmerking werden genomen in de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid, en welke door haar buiten beschouwing zijn gelaten wegens de niet-tijdige overlegging ervan. In dit verband mag de motivering van de kamer van beroep impliciet zijn, zoals in de rechtspraak wordt erkend.

40 Verder is interveniënte van mening dat het BHIM zijn beslissing toereikend heeft gemotiveerd op basis van de overgelegde documenten en dat het zijn beoordeling niet kon baseren op waarschijnlijkheden of vermoedens, door te speculeren of te veronderstellen dat de consument de grashalm, ondanks de aanwezigheid van een etiket, kon zien aan de zijkant op het moment van de aankoop.

41 Om te beginnen dient te worden opgemerkt dat verzoekster met haar derde middel, dat is gebaseerd op schending van artikel 75 en artikel 76, leden 1 en 2, van verordening nr. 207/2009, in wezen aanvoert dat de kamer van beroep blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting door bewijzen die

voor het eerst voor haar zijn overgelegd, met name de afbeeldingen die een fles wodka met de vermelding „Żubrówka” uit vier verschillende invalshoeken tonen, te weten niet alleen de voorkant, maar ook de achterkant en de zijkant, niet te onderzoeken en door op dit punt geen enkele motivering te verstrekken.

42 In dit verband dient in herinnering te worden gebracht dat volgens artikel 75, eerste volzin, van verordening nr. 207/2009 de beslissingen van het BHIM met redenen moeten worden omkleed. Verder bepaalt regel 50, lid 2, sub h, van verordening nr. 2868/95 dat de beslissing van de kamer van beroep de motivering van de beslissing moet behelzen. Deze motiveringsplicht heeft dezelfde draagwijdte als die welke is geformuleerd in artikel 296 VWEU. Volgens vaste rechtspraak moet de door artikel 296 VWEU vereiste motivering de redenering van de instantie waarvan de handeling afkomstig is, duidelijk en ondubbelzinnig doen uitkomen. Deze verplichting heeft een tweeledig doel, namelijk enerzijds de betrokkene in staat te stellen kennis te nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel om zijn rechten te kunnen verdedigen, en anderzijds de Unierechter in staat te stellen zijn toezicht op de rechtmatigheid van de beslissing uit te oefenen. Bij de vraag of de motivering van een beslissing aan deze vereisten voldoet, moet niet alleen acht worden geslagen op de bewoordingen, maar ook op de context ervan, alsook op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen [zie arrest van 8 maart 2013, Mayer Naman/BHIM – Daniel e Mayer (David Mayer), T-498/10, EU:T:2013:117, punt 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

43 Artikel 76 van verordening nr. 207/2009, met het opschrift „Ambtshalve onderzoek van de feiten”, luidt als volgt:

„1. Tijdens de procedure onderzoekt het [BHIM] ambtshalve de feiten; in procedures inzake relatieve afwijzingsgronden blijft dit onderzoek echter beperkt tot de door de partijen aangevoerde feiten, bewijsmiddelen en argumenten en tot de door hen ingestelde vordering.

2. Het [BHIM] hoeft geen rekening te houden met feiten en bewijsmiddelen die de partijen niet tijdig hebben aangevoerd.”

44 Volgens vaste rechtspraak volgt uit de bewoordingen van artikel 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009 dat partijen, in de regel en behoudens andersluidende bepaling, nog feiten en bewijzen kunnen aanvoeren na afloop van de termijnen die daarvoor in verordening nr. 207/2009 zijn bepaald, en dat het het BHIM geenszins verboden is, rekening te houden met feiten of bewijzen die niet tijdig zijn aangevoerd of overgelegd (arresten van 13 maart 2007, BHIM/Kaul, C-29/05 P, Jurispr., EU:C:2007:162, punt 42; 18 juli 2013, New Yorker SHK Jeans/BHIM, C-621/11 P, Jurispr., EU:C:2013:484, punt 22, en 26 september 2013, Centrotherm Systemtechnik/BHIM en centrotherm Clean Solutions, C-610/11 P, Jurispr., EU:C:2013:593, punt 77), dit wil zeggen na het verstrijken van de door de oppositieafdeling gestelde termijn en, in voorkomend geval, voor het eerst voor de kamer van beroep.

45 Aangezien artikel 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009 preciseert dat het BHIM in een dergelijk geval geen rekening „hoeft” te houden met te laat aangevoerde feiten of overgelegde bewijzen, beschikt het BHIM over een ruime beoordelingsmarge om te beslissen of het daarmee rekening houdt, op voorwaarde dat het zijn beslissing op dat punt motiveert (arresten BHIM/Kaul, punt 44 supra, EU:C:2007:162, punten 43 en 68; New Yorker SHK Jeans/BHIM, punt 44 supra, EU:C:2013:484, punt 23, en Centrotherm Systemtechnik/BHIM en centrotherm Clean Solutions, punt 44 supra, EU:C:2013:593, punt 78).

46 Het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van behoorlijk bestuur pleiten voor de beoordelingsbevoegdheid van het BHIM met betrekking tot de inaanmerkingneming van feiten en bewijzen die partijen niet tijdig hebben aangevoerd of overgelegd. Die beoordelingsbevoegdheid helpt immers, minstens in de context van een oppositieprocedure, te voorkomen dat merken worden

ingeschreven waarvan het gebruik met succes zou kunnen worden aangevochten in een procedure tot nietigverklaring of in een inbreukprocedure (zie in die zin arrest BHIM/Kaul, punt 44 supra, EU:C:2007:162, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

47 In casu dient te worden vastgesteld of de kamer van beroep haar beoordelingsbevoegdheid heeft uitgeoefend met betrekking tot de bewijzen die verzoekster voor het eerst voor haar heeft overgelegd.

48 Vaststaat dat verzoekster de in de punten 13 tot en met 16 van de bestreden beslissing (zie punt 15 supra) vermelde bewijzen voor de oppositieafdeling heeft overgelegd binnen de door deze laatste gestelde termijn.

49 Tevens blijkt uit het dossier dat, anders dan interveniënte beweert, verzoekster vijf documenten als bijlage bij haar uiteenzetting van de gronden van het beroep – dat op 18 februari 2011 bij de kamer van beroep is ingediend – heeft overgelegd, te weten de bladzijden 7 tot en met 23 van die uiteenzetting. Vaststaat dat deze bijlagen niet werden overgelegd binnen de door de oppositieafdeling gestelde termijn.

50 De volgende vijf bijlagen werden voor het eerst voor de kamer van beroep overgelegd:

— Franse persberichten en uittreksels uit fora op Franse internetsites, die dateren van de periode 1998 tot 2003 en die afbeeldingen van de fles wodka met de vermelding „Żubrówka” bevatten alsmede verklaringen volgens welke in wezen de wodka Żubrówka met het „vermaarde bizongras” „gemakkelijk kan worden herkend dankzij de in de fles aanwezige aromatische grashalm”;

— een uittreksel uit de *Wallpaper City Guide* voor de stad Warschau (Polen);

— een verklaring van 16 februari 2011, opgesteld in het Pools en vertaald in het Engels, die is afgelegd door K., een technologiedeskundige die sinds 1992 verantwoordelijk is voor de etikettering bij verzoekster (hierna: „verklaring van K.”);

— een affiche met het opschrift „Żubrówka herbe de bison vodka”;

— een uittreksel uit de internetsite „Wikipedia”.

51 In het bijzonder bevatte de verklaring van K. de volgende inlichtingen. Ten eerste stelde K. dat verzoekster, voorheen Przedsiębiorstwo POLMOS Białystok SA, sinds de jaren 1970 en tot 2011 wodka Żubrówka had geproduceerd zowel voor de Poolse markt als voor export. Volgens K. had deze wodka weliswaar meerdere etiketten in de loop der jaren, maar was en is deze steeds ontworpen met een in de fles geplaatste grashalm die in Polen en in verschillende andere landen wordt beschermd door een merk bestaande in een „fles met een grashalm”. Ten tweede voegde K. daaraan toe dat de door verzoekster in flessen van 0,5, 0,7 en 1 liter geproduceerde wodka Żubrówka met een groen etiket gedurende de periode van 1998 tot 2003 naar Frankrijk was uitgevoerd via de tussenhandelaar PHZ AGROS en, vervolgens, direct door verzoekster. Hij preciseerde dat vóór 2000 de wodka Żubrówka met een groen etiket die bestemd was voor export naar Frankrijk, was geproduceerd door POLMOS Poznań, maar dat het voorkomen van de flessen, van de etiketten en van de in de fles geplaatste grashalm juist hetzelfde was als het door verzoekster gehanteerde vanaf 2000. Ten derde voegde K. voorbeelden van foto’s als bijlage bij zijn verklaring om de wijze van etikettering van de flessen wodka Żubrówka met een groen etiket te tonen alsmede het grasmotief dat gelijkmatig was geplaatst in die flessen, daaronder begrepen in de flessen bestemd voor de Franse markt in de periode van 1998 tot 2003. Volgens K. bleek expliciet uit deze foto’s dat een grashalm duidelijk zichtbaar was voor elke consument, ongeacht of deze de voorkant of de achterkant van de fles ziet.

52 Aldus waren bij de verklaring van K. vier foto's gevoegd van flessen wodka Żubrówka van 700 ml die volgens hem naar Frankrijk werden uitgevoerd. Deze foto's bevatten de volgende vier afbeeldingen, waarop respectievelijk de voorkant, beide zijkanten en de achterkant van de fles te zien zijn:



53 In de punten 13 tot en met 15 van de bestreden beslissing (zie punt 15 supra) heeft de kamer van beroep opgemerkt dat de door verzoekster overgelegde bewijzen van gebruik „met name" twee verklaringen onder ede bevatten, waarvan de ene afkomstig was van de financieel directeur en voorzitter van de raad van bestuur van deze onderneming en de andere van de algemeen directeur van Pernod S.A., de exclusieve distributeur van de wodka Żubrówka op het Franse grondgebied. Bij die verklaringen was een afbeelding van die wodka gevoegd, alsmede voor Franse handelaars bestemde folders van de jaren 1999 tot 2002, met daarin vier afbeeldingen, en folders die in de jaren 2003 tot 2006 door Franse supermarkten werden verspreid, met daarin acht afbeeldingen.

54 Hieruit volgt dat de uitspraak van de kamer van beroep in punt 16 van de bestreden beslissing, volgens welke „geen enkele andere afbeelding dan die welke in de voorgaande drie punten zijn weergegeven, werd overgelegd", moet worden begrepen als een verwijzing naar de bewijzen van gebruik die voor de oppositieafdeling binnen de door deze laatste gestelde termijn werden overgelegd, maar niet naar de bewijzen die niet tijdig voor de kamer van beroep werden overgelegd.

55 Derhalve dient te worden geoordeeld dat de kamer van beroep enkel rekening heeft gehouden met de door verzoekster voor de oppositieafdeling overgelegde bewijzen, en dat zij haar beoordelingsbevoegdheid niet heeft uitgeoefend wat de inaanmerkingneming betreft van de bewijzen van gebruik die voor het eerst voor haar zijn overgelegd, in het bijzonder de verklaring van K. en de daarbij gevoegde foto's, de Franse persberichten en de uittreksels uit fora op Franse internetsites.

56 Verzoekster voert dus ten onrechte aan dat, aangezien de kamer van beroep geen kritiek heeft geuit ten aanzien van de ontvankelijkheid van de bewijzen die waren gevoegd bij de uiteenzetting van de gronden van het beroep van 18 februari 2011 en zij geen gewag heeft gemaakt van artikel 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009, mag worden aangenomen dat de kamer van beroep die bewijzen als ontvankelijk beschouwde. Daar de kamer van beroep haar beoordelingsbevoegdheid niet heeft uitgeoefend, kon zij immers deze bewijzen niet impliciet ontvankelijk verklaren.

57 Bovendien vloeit volgens de rechtspraak uit de bewoordingen van artikel 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009 voort dat een partij die feiten of bewijzen niet tijdig aanvoert, op grond van deze bepaling er niet onvoorwaardelijk aanspraak op kan maken dat het BHIM met deze feiten of bewijzen rekening houdt (arrest BHIM/Kaul, punt 44 supra, EU:C:2007:162, punten 43 en 63). In casu is het juist doordat de bewijzen niet tijdig zijn aangevoerd, dat de feitelijke context van de onderhavige zaak zich onderscheidt van die van de door verzoekster aangehaalde rechtspraak [arrest van 10 oktober 2012, Bimbo/BHIM – Panrico (BIMBO DOUGHNUTS), T-569/10, EU:T:2012:535, punt 35], waar de impliciet ontvankelijk beschouwde argumenten en bewijzen tijdig waren aangevoerd.

58 Eveneens ten onrechte repliceert het BHIM dat de omstandigheid dat de kamer van beroep deze nieuwe stukken geen deel heeft laten uitmaken van de stukken waarmee zij rekening heeft gehouden bij de beoordeling van de wijze van gebruik, veeleer aldus dient te worden begrepen dat zij beslist had om die stukken niet in aanmerking te nemen. Aangezien de kamer van beroep haar beoordelingsbevoegdheid niet heeft uitgeoefend, kon zij immers die bewijzen niet impliciet niet-ontvankelijk verklaren.

59 Zelfs indien zou worden aangenomen dat het BHIM zijn beoordelingsbevoegdheid in een of andere zin heeft uitgeoefend, dient eraan te worden herinnerd dat volgens de rechtspraak het BHIM, wanneer het zijn beoordelingsbevoegdheid uitoefent om te beslissen of het rekening houdt met een niet tijdig overgelegd document, zijn beslissing op dat punt moet motiveren (arresten BHIM/Kaul, punt 44 supra, EU:C:2007:162, punt 43; New Yorker SHK Jeans/BHIM, punt 44 supra, EU:C:2013:484, punt 23, en Centrotherm Systemtechnik/BHIM en centrotherm Clean Solutions, punt 44 supra, EU:C:2013:593, punt 78).

60 Zoals het Hof heeft beklemtoond, vormt de eventuele inaanmerkingneming door het BHIM van dergelijke aanvullende bewijzen geen „gunst” ten behoeve van de ene of de andere partij, maar dient deze het resultaat te zijn van de objectieve en gemotiveerde uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid die artikel 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009 dit orgaan verleent. De aldus vereiste motivering is des te noodzakelijker wanneer het BHIM besluit de aldus niet tijdig overgelegde bewijzen te verwerpen (arrest Centrotherm Systemtechnik/BHIM en centrotherm Clean Solutions, punt 44 supra, EU:C:2013:593, punten 111 en 112).

61 In casu dient evenwel te worden vastgesteld dat de kamer van beroep de haar verleende beoordelingsbevoegdheid niet heeft uitgeoefend wat de inaanmerkingneming betreft van de bewijzen van gebruik die voor het eerst voor haar zijn overgelegd, en dat zij op dit punt geen enkele motivering heeft verstrekt. Aan deze vaststelling kan niet worden afgedaan door het gebruik van de term „met name” in punt 13 van de bestreden beslissing, daar deze niet kan gelden als objectieve en gemotiveerde uitoefening van die beoordelingsbevoegdheid teneinde dergelijke bewijzen buiten beschouwing te laten.

62 Naast deze motiveringsplicht zijn in de rechtspraak criteria geformuleerd voor de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van het BHIM met het oog op de eventuele inaanmerkingneming van niet tijdig aangevoerde bewijzen. Aldus kan er inzonderheid gegronde reden zijn voor een dergelijke inaanmerkingneming door het BHIM wanneer het van oordeel is dat deze gegevens prima facie werkelijk relevant kunnen zijn voor de uitkomst van de bij hem ingestelde oppositieprocedure en dat bovendien het stadium van de procedure en de omstandigheden waarin deze gegevens niet tijdig zijn aangevoerd, niet eraan in de weg staan dat er rekening mee wordt gehouden (arresten BHIM/Kaul, punt 44 supra, EU:C:2007:162, punt 44; New Yorker SHK Jeans/BHIM, punt 44 supra, EU:C:2013:484, punt 33, en Centrotherm Systemtechnik/BHIM en centrotherm Clean Solutions, punt 44 supra, EU:C:2013:593, punt 113).

63 In casu dient te worden geoordeeld dat, wat de te laat overgelegde bewijzen betreft, minstens de verklaring van K. en de afbeeldingen van de voorkant, beide zijkanten en de achterkant van de fles, die daarbij waren gevoegd (zie de punten 50 en 51 supra), alsmede de Franse persberichten en de uittreksels uit fora op Franse internetsites voldeden aan deze twee voorwaarden voor inaanmerkingneming ervan door het BHIM.

64 Enerzijds konden de verklaring van K. en de daarbij gevoegde afbeeldingen van de voorkant, beide zijkanten en de achterkant van de fles immers prima facie werkelijk relevant zijn voor de uitkomst van de oppositieprocedure voor het BHIM, daar de eventuele inaanmerkingneming ervan de beoordelingen van de kamer van beroep in de punten 17 en 18 van de bestreden beslissing (zie punten 16 en 17 supra) op losse schroeven had kunnen zetten, volgens welke, ten eerste, „de diagonale lijn niet [was] aangebracht op de buitenkant en niet voorkwam op het etiket zelf", ten tweede, „het door de aanwezigheid van het etiket onmogelijk [was] te zien wat er zich achter het etiket of in de flessen [bevond]" en, ten derde, „in deze omstandigheden [diende] te worden geoordeeld dat [verzoekster] niet het bewijs [had] geleverd van de wijze van gebruik" van haar oudere Franse driedimensionale merk.

65 In dit verband is het belangrijk te benadrukken dat de driedimensionale aard van een merk als het in geding zijnde merk zich verzet tegen een statische zienswijze, in twee dimensies, en een dynamische waarneming, in drie dimensies, verlangt. Aldus kan de relevante consument een driedimensionaal merk in beginsel van verschillende kanten waarnemen. Wat de bewijzen van gebruik van een dergelijk merk betreft, dienen deze dus in aanmerking te worden genomen, niet als weergaven van de zichtbaarheid ervan in twee dimensies, maar als weergaven van de waarneming ervan in drie dimensies door de relevante consument. Hieruit volgt dat de afbeeldingen van de zij- en achterkant van een driedimensionaal merk in beginsel werkelijk relevant kunnen zijn voor de beoordeling van het normale gebruik van dat merk en niet buiten beschouwing kunnen worden gelaten op de loutere grond dat zij geen vooraanzicht weergaven.

66 Ook de Franse persberichten en de uittreksels uit fora op Franse internetsites, die in wezen verklaren dat de wodka Żubrówka met het „vermaarde bizongras" „gemakkelijk kan worden herkend dankzij de in de fles aanwezige aromatische grashalm" (zie punt 50 supra), konden prima facie werkelijk relevant zijn voor de uitkomst van de bij het BHIM ingestelde oppositieprocedure, daar de eventuele inaanmerkingneming ervan het bewijs van normaal gebruik van het oudere Franse merk op het Franse grondgebied gedurende de relevante periode zou hebben vergemakkelijkt.

67 Anderzijds stonden het stadium van de procedure en de omstandigheden waarin deze bewijzen niet tijdig zijn aangevoerd, niet eraan in de weg dat er rekening mee wordt gehouden door het BHIM, daar verzoekster deze heeft overgelegd op het tijdstip van indiening van haar uiteenzetting van de gronden van het beroep voor de kamer van beroep, zodat deze laatste op objectieve en gemotiveerde wijze haar beoordelingsbevoegdheid met betrekking tot de inaanmerkingneming van die bewijzen kon uitoefenen.

68 Hieruit volgt dat overeenkomstig de in punt 62 supra aangehaalde rechtspraak de kamer van beroep op objectieve en gemotiveerde wijze haar beoordelingsbevoegdheid diende uit te oefenen met betrekking tot de inaanmerkingneming van de niet tijdig overgelegde bewijzen die voldeden aan de twee door de rechtspraak gestelde criteria, te weten minstens de verklaring van K. en de daarbij gevoegde afbeeldingen van de voorkant, beide zijkanten en de achterkant van de fles, alsmede de Franse persberichten en de uittreksels uit fora op Franse internetsites.

69 Derhalve dient te worden geoordeeld dat de kamer van beroep, door niet op objectieve en gemotiveerde wijze haar beoordelingsbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot de inaanmerkingneming van de bewijzen van gebruik van het oudere Franse driedimensionale merk die voor het eerst voor haar zijn overgelegd, artikel 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009 alsmede, gelet op het aldus vastgestelde motiveringsgebrek, artikel 75 van dezelfde verordening heeft geschonden.

70 Aan deze conclusie kan niet worden afgedaan door de beweringen van het BHIM en van interveniënte.

71 Voor zover het BHIM voor het Gerecht de bestreden beslissing wil baseren op elementen die niet in aanmerking werden genomen in die beslissing, dient allereerst te worden vastgesteld dat een dergelijke aanvullende motivering voor het Gerecht niet met succes kan worden aangevoerd voor de vervolmaking van de eventueel ontoereikende motivering in de bestreden beslissing (zie in die zin en naar analogie arrest van 11 december 2012, Sina Bank/Raad, T-15/11, Jurispr., EU:T:2012:661, punt 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

72 Er dient immers in herinnering te worden gebracht dat de motivering van een handeling aan de door die handeling geraakte persoon moet worden verstrekt voordat hij beroep tegen die handeling instelt, en dat de niet-eerbiediging van het motiveringsvereiste niet kan worden geregulariseerd door het feit dat de betrokkene tijdens de procedure voor de Unierechter kennisneemt van de motivering van de handeling (zie in die zin en naar analogie arrest Sina Bank/Raad, punt 71 supra, EU:T:2012:661, punt 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak). De mogelijkheid voor een instelling of een orgaan van de Unie om dergelijke aanvullende gronden op te werpen ter vervolmaking van de in de bestreden beslissing vermelde motivering, zou de rechten van verdediging van de betrokkene en zijn recht op effectieve rechterlijke bescherming schenden, alsmede het beginsel dat partijen voor de Unierechter gelijk zijn (zie in die zin en naar analogie arrest van 6 september 2013, Bateni/Raad, T-42/12 en T-181/12, EU:T:2013:409, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

73 Onverminderd deze vaststelling acht het Gerecht het passend, die beweringen te onderzoeken en te weerleggen.

74 In de eerste plaats dient de bewering van het BHIM, volgens welke artikel 42, leden 2 en 3, van verordening nr. 207/2009, zoals ten uitvoer gelegd door regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95, een „andersluidende bepaling" bevat in de zin van de in punt 44 supra aangehaalde rechtspraak die zich verzet tegen de inaanmerkingneming van bewijzen van gebruik die voor het eerst voor de kamer van beroep zijn overgelegd, te worden afgewezen om de volgende redenen.

75 Onder het opschrift „Onderzoek van de oppositie" bepaalt artikel 42, leden 2 en 3, van verordening nr. 207/2009 in wezen dat op verzoek van de aanvrager de houder van een ouder gemeenschapsmerk die oppositie heeft ingesteld, het bewijs levert dat in de vijf jaar vóór de publicatie van de gemeenschapsmerkaanvraag het oudere gemeenschapsmerk of nationale merk in de Unie normaal is gebruikt voor de waren of diensten waarvoor het ingeschreven is en waarop de oppositie gebaseerd is, of dat er een geldige reden is voor het niet gebruiken. Kan dat bewijs niet worden geleverd, dan wordt de oppositie afgewezen.

76 In dit verband dient te worden vastgesteld dat artikel 42, leden 2 en 3, van verordening nr. 207/2009 als materieelrechtelijke bepaling geen enkel vereiste bevat met betrekking tot de aan de opposant verleende termijn voor overlegging van het bewijs van gebruik van het oudere merk (arrest New Yorker SHK Jeans/BHIM, punt 44 supra, EU:C:2013:484, punt 24; zie ook naar analogie arrest Centrotherm Systemtechnik/BHIM en centrotherm Clean Solutions, punt 44 supra, EU:C:2013:593, punt 79). Aldus is de afwijzing van de oppositie wanneer „dat bewijs niet kan worden geleverd", het gevolg van een beoordeling van het overgelegde bewijs ten gronde, en niet van de niet-eerbiediging van een procestermijn.

77 Derhalve kan artikel 42, leden 2 en 3, van verordening nr. 207/2009 niet afdoen aan de beoordelingsbevoegdheid waarover het BHIM beschikt krachtens artikel 76, lid 2, van deze verordening om te beslissen of rekening dient te worden gehouden met niet tijdig voor hem overgelegde bewijzen.

78 Regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95 bepaalt dat, indien de opposant het bewijs moet leveren van het gebruik van het merk of van het bestaan van goede redenen voor het niet gebruiken ervan, het BHIM hem verzoekt het vereiste bewijs binnen een door het BHIM te stellen termijn over te leggen. Het BHIM wijst de oppositie af, indien de opposant dit bewijs niet binnen de gestelde termijn overlegt.

79 Op dezelfde wijze bepaalt regel 40, lid 5, van verordening nr. 2868/95 dat in het geval van een vordering tot vervallenverklaring op grond van artikel 51, lid 1, sub a, van verordening nr. 207/2009 het BHIM de houder van het gemeenschapsmerk verzoekt het bewijs van gebruik van het merk over te leggen binnen een door hem gestelde termijn. Indien het bewijs niet binnen de gestelde termijn wordt geleverd, wordt het gemeenschapsmerk vervallen verklaard. Artikel 22, leden 2 tot en met 4, is mutatis mutandis van toepassing.

80 Er dient evenwel in herinnering te worden gebracht dat het Hof heeft geoordeeld dat regel 40, lid 5, van verordening nr. 2868/95 niet eraan in de weg stond dat de kamer van beroep de beoordelingsbevoegdheid uitoefende die artikel 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009 haar in beginsel verleent, wat de eventuele inaanmerkingneming van aan haar overgelegde aanvullende bewijzen betreft (zie in die zin arrest Centrotherm Systemtechnik/BHIM en centrotherm Clean Solutions, punt 44 supra, EU:C:2013:593, punt 90).

81 Om dezelfde redenen geldt dit ook voor regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95, aangezien deze regel voor de oppositieprocedure het equivalent is van regel 40 van deze verordening, die de procedure tot vervallenverklaring regelt.

82 Uit de bewoordingen van regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95 volgt weliswaar dat het BHIM het ontbreken van normaal gebruik van het oudere merk in beginsel ambtshalve moet vaststellen wanneer geen enkel bewijs van het gebruik van het betrokken merk binnen de door het BHIM gestelde termijn wordt overgelegd, maar deze conclusie geldt evenwel niet wanneer binnen deze termijn wel bewijzen van dat gebruik zijn aangedragen (arrest New Yorker SHK Jeans/BHIM, punt 44 supra, EU:C:2013:484, punt 28; zie ook naar analogie arrest Centrotherm Systemtechnik/BHIM en centrotherm Clean Solutions, punt 44 supra, EU:C:2013:593, punt 86).

83 In dat geval moet de procedure immers worden voortgezet, tenzij blijkt dat deze bewijzen met het oog op het bewijs van het normale gebruik van het merk volstrekt irrelevant zijn. Met name moet het BHIM, zoals artikel 42, lid 1, van verordening nr. 207/2009 voorschrijft, onder meer de partijen zo dikwijls als nodig verzoeken hun opmerkingen te maken over de betekeningen die zij ontvangen of over de mededelingen die andere partijen doen (arrest New Yorker SHK Jeans/BHIM, punt 44 supra, EU:C:2013:484, punt 29; zie ook naar analogie arrest Centrotherm Systemtechnik/BHIM en centrotherm Clean Solutions, punt 44 supra, EU:C:2013:593, punt 87).

84 Indien het ontbreken van normaal gebruik van het oudere merk naderhand wordt vastgesteld, is dat in een dergelijke context niet het gevolg van de toepassing van regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95, die in wezen een procedurevoorschrift is, maar uitsluitend van de toepassing van de materieelrechtelijke bepalingen van artikel 42 van verordening nr. 207/2009 (arrest New Yorker SHK Jeans/BHIM, punt 44 supra, EU:C:2013:484, punt 29; zie ook naar analogie arrest Centrotherm Systemtechnik/BHIM en centrotherm Clean Solutions, punt 44 supra, EU:C:2013:593, punt 87).

85 Uit een en ander volgt inzonderheid dat overlegging van bewijzen van het gebruik van het merk ter aanvulling van bewijzen die zelf binnen de door het BHIM overeenkomstig regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95 gestelde termijn zijn verstrekt, nog steeds mogelijk is nadat deze termijn is verstreken, en het het BHIM geenszins verboden is om rekening te houden met aldus niet tijdig overgelegde aanvullende bewijzen door gebruik te maken van de hem krachtens artikel 76, lid 2, van

verordening nr. 207/2009 toegekende beoordelingsbevoegdheid (arrest New Yorker SHK Jeans/BHIM, punt 44 supra, EU:C:2013:484, punt 30; zie ook naar analogie arrest Centrotherm Systemtechnik/BHIM en centrotherm Clean Solutions, punt 44 supra, EU:C:2013:593, punt 88).

86 Derhalve dient te worden geoordeeld dat regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95 niet eraan in de weg staat dat de kamer van beroep de beoordelingsbevoegdheid uitoefent die artikel 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009 haar verleent, wat de eventuele inaanmerkingneming van voor het eerst voor haar overgelegde aanvullende bewijzen betreft.

87 Zoals in punt 48 supra in herinnering is gebracht, staat in casu vast dat verzoekster binnen de door het BHIM gestelde termijn verschillende bewijzen heeft overgelegd om het gebruik van het oudere Franse merk aan te tonen. Tevens dient te worden vastgesteld dat de aldus aanvankelijk overgelegde elementen niet volstrekt irrelevant waren, temeer daar de kamer van beroep deze in aanmerking heeft genomen in de punten 13 tot en met 18 van de bestreden beslissing, maar deze ontoereikend heeft geacht. Hieruit volgt dat de overlegging van aanvullende bewijzen, die komen bovenop de relevante bewijzen die binnen de door het BHIM overeenkomstig regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95 gestelde termijn waren overgelegd, nog steeds mogelijk was nadat die termijn was verstreken, en dat het het BHIM geenszins verboden was om daarmee rekening te houden door gebruik te maken van de krachtens artikel 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009 toegekende beoordelingsbevoegdheid.

88 In de tweede plaats faalt tevens het betoog van het BHIM en interveniënte, dat op de rechtspraak zou zijn gebaseerd en volgens hetwelk de nieuwe stukken geen aanvulling vormen op de binnen de termijnen overgelegde stukken, dan wel geen enkele materiële band daarmee hebben, daar zij een andere fles weergeven, met een flessenhals die bol en niet rechtlijnig is, alsmede een voorwerp met een langgerekte vorm – dat een grashalm zou kunnen zijn – dat steeds wordt getoond in een fles, zodat dit het eerste en enige bewijs is van het gebruik van dit voorwerp in een positie in een fles.

89 Op dit punt dient om te beginnen te worden opgemerkt dat de rechtspraak geen materieel verband tussen de aanvullende bewijzen en de vroegere bewijzen vereist. Zij vereist enkel dat het buiten de door de oppositieafdeling gestelde termijn overgelegde bewijsmateriaal niet het eerste en enige bewijs van gebruik vormt, maar „aanvullende” of „extra” bewijzen die komen bovenop relevante bewijzen die binnen de gestelde termijn werden overgelegd [arresten New Yorker SHK Jeans/BHIM, punt 44 supra, EU:C:2013:484, punt 30, en van 29 september 2011, New Yorker SHK Jeans/BHIM – Vallis K.-Vallis A. (FISHBONE), T-415/09, EU:T:2011:550, punt 33].

90 Tevens dient eraan te worden herinnerd dat de criteria die zijn geformuleerd in de in punt 62 supra aangehaalde rechtspraak, evenmin een materieel verband tussen de extra elementen en de eerder overgelegde bewijzen vereisen, maar de wezenlijke relevantie ervan voor de uitkomst van de procedure voor het BHIM.

91 Bovendien moet worden opgemerkt dat dit betoog van het BHIM en interveniënte feitelijke grondslag mist, daar de bewijzen die binnen de door de oppositieafdeling gestelde termijn werden overgelegd, daarin onjuist worden opgevat. Daadwerkelijk moet worden vastgesteld dat op de in de punten 14 en 15 van de bestreden beslissing (zie punt 15 supra) weergegeven foto's een grashalm – en niet een of ander langwerpig voorwerp – in een fles zichtbaar is voor de waarnemer. De in punt 52 supra weergegeven foto's vormen dus niet het eerste en enige bewijs van het gebruik van een in een fles geplaatste grashalm.

92 In de derde plaats faalt a fortiori de bewering van het BHIM en interveniënte, volgens welke verzoekster niet heeft uiteengezet in welk opzicht de voor het eerst voor de kamer van beroep overgelegde bewijzen een aanvulling vormen op de reeds overgelegde bewijzen, en evenmin waarom zij deze niet binnen de gestelde termijn had overgelegd.

93 Allereerst dient erop te worden gewezen dat een dergelijke uiteenzetting niet vereist wordt door de in punt 62 supra aangehaalde rechtspraak.

94 Verder moet worden opgemerkt dat verzoekster in haar uiteenzetting van de gronden van haar beroep voor de kamer van beroep daadwerkelijk heeft verwezen naar zowel de beslissing van de oppositieafdeling die de voor haar overgelegde bewijzen ontoereikend achtte, als de extra bewijzen. Anders dan interveniënte beweert, heeft zij aldus elk van die elementen aangevoerd ter onderbouwing van haar betoog op de bladzijden 2 en 3 van die uiteenzetting. Geoordeeld dient te worden dat een dergelijke verwijzing volstond om te tonen dat verzoekster aanvoerde dat deze bewijzen relevant waren voor de procedure voor de kamer van beroep. Deze laatste lijkt evenwel niet naar behoren te hebben onderzocht of de door verzoekster overgelegde extra bewijzen relevant waren (zie naar analogie arrest Centrotherm Systemtechnik/BHIM en centrotherm Clean Solutions, punt 44 supra, EU:C:2013:593, punt 116).

95 Bovendien moet worden benadrukt dat voor de eventuele inaanmerkingneming van aanvullend bewijs van het gebruik van het merk dat ná het verstrijken van de krachtens regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95 gestelde termijn is overgelegd, niet noodzakelijkerwijs is vereist dat de belanghebbende zich in een situatie bevond waarin hij dat bewijs niet binnen die termijn kon overleggen (zie naar analogie arrest Centrotherm Systemtechnik/BHIM en centrotherm Clean Solutions, punt 44 supra, EU:C:2013:593, punt 117).

96 In de vierde en laatste plaats faalt het betoog van interveniënte, dat op de rechtspraak zou zijn gebaseerd en volgens hetwelk de motivering van de kamer van beroep impliciet kan zijn, zoals in casu in punt 16 van de bestreden beslissing (zie punt 15 supra), aangezien van haar niet kan worden verlangd dat zij een uiteenzetting geeft die getrouw alle argumenten van de partijen volgt.

97 In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat de door interveniënte aangehaalde rechtspraak enkel van toepassing is onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat enerzijds de belanghebbenden de redenen kunnen kennen waarom de beslissing van de kamer van beroep werd vastgesteld en anderzijds de bevoegde rechter over voldoende elementen beschikt om zijn toezicht uit te oefenen [zie in die zin arrest van 9 juli 2008, Reber/BHIM – Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart), T-304/06, Jurispr., EU:T:2008:268, punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

98 Uit de punten 47 tot en met 69 supra blijkt evenwel dat in casu niet is voldaan aan deze voorwaarde, minstens wat de beslissing van de kamer van beroep betreft inzake de inaanmerkingneming van de voor het eerst voor haar overgelegde bewijzen, zodat bovengenoemde rechtspraak in casu niet kan worden toegepast.

99 Evenzo blijkt de door het BHIM aangehaalde rechtspraak, volgens welke een ontoereikende motivering, zelfs indien hiervan sprake zou zijn, als zodanig niet dient te leiden tot vernietiging van de bestreden beslissing wanneer deze geen weerslag heeft op de gegrondheid van de bestreden beslissing [arrest van 12 september 2013, „Rauscher” Consumer Products/BHIM (Afbeelding van een tampon), T-492/11, EU:T:2013:421, punt 34], in casu niet van toepassing te zijn, juist omdat niet is voldaan aan die voorwaarde; de weerslag van de ontoereikende motivering op de gegrondheid van de bestreden beslissing is in casu uiteengezet in de punten 47 tot en met 69 supra, met name in de punten 64 en 66 supra.

100 Gelet op de voorgaande overwegingen dient te worden geoordeeld dat het derde middel gegrond is, voor zover de kamer van beroep heeft nagelaten op objectieve en gemotiveerde wijze haar beoordelingsbevoegdheid uit te oefenen om te beslissen of rekening diende te worden gehouden met de extra bewijzen die voor het eerst voor haar werden overgelegd, na het verstrijken van de door de oppositieafdeling gestelde termijn.

101 Daar de vraag of rekening diende te worden gehouden met de voor de kamer van beroep overgelegde extra bewijzen, niet werd onderzocht door deze laatste, staat het voorts niet aan het Gerecht die vraag voor het eerst te onderzoeken bij zijn toetsing van de rechtmatigheid van de bestreden beslissing [zie in die zin arresten van 5 juli 2011, Edwin/BHIM, C-263/09 P, Jurispr., EU:C:2011:452, punten 72 en 73; 12 mei 2010, Beifa Group/BHIM - Schwan-Stabilo Schwanhäußer (Schrijfinstrument), T-148/08, Jurispr., EU:T:2010:190, punt 124, en 14 december 2011, Völkl/BHIM – Marker Völkl (VÖLKL), T-504/09, Jurispr., EU:T:2011:739, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

102 Het staat dus aan de kamer van beroep om na te gaan of het voor haar beslissing op het bij haar ingestelde beroep nodig is, de voor het eerst voor haar door verzoekster overgelegde aanvullende bewijzen in aanmerking te nemen, waarbij zij zich door de in de rechtspraak en in het onderhavige arrest geformuleerde overwegingen dient te laten leiden, zij naar behoren rekening dient te houden met alle relevante omstandigheden en zij haar beslissing dienaangaande moet motiveren (zie in die zin arrest Centrotherm Systemtechnik/BHIM en centrotherm Clean Solutions, punt 44 supra, EU:C:2013:593, punt 119).

103 Gelet op de gegrondheid van het derde middel dient, zonder dat het eerste en het tweede middel hoeven te worden onderzocht, het beroep te worden toegewezen en de bestreden beslissing dus te worden vernietigd.

Kosten

104 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd.

105 Aangezien het BHIM en interveniënte in het ongelijk zijn gesteld, dient enerzijds het BHIM te worden verwezen in zijn eigen kosten en in die van verzoekster, overeenkomstig de vordering van deze laatste, en anderzijds interveniënte te worden verwezen in haar eigen kosten.

HET GERECHT (Achtste kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) De beslissing van de vierde kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) van 26 maart 2012 (zaak R 2506/2010-4) wordt vernietigd.

2) Het BHIM draagt zijn eigen kosten alsmede die van CEDC International sp. z o.o.

3) Underberg AG zal haar eigen kosten dragen.

Gratsias Kancheva Wetter

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 11 december 2014.

ondertekeningen