ARREST VAN HET GERECHT (Achtste kamer)

24 februari 2016*

„Gemeenschapsmerk — Aanvraag voor een driedimensionaal gemeenschapsmerk — Vorm van een contourfles zonder groeven — Absolute weigeringsgrond — Geen onderscheidend vermogen — Artikel 7, lid 1, onder b), van verordening (EG) nr. 207/2009 — Geen door gebruik verkregen onderscheidend vermogen — Artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009”

In zaak T-411/14,

The Coca-Cola Company, gevestigd te Atlanta, Georgia (Verenigde Staten), vertegenwoordigd door D. Stone, A. Dykes, solicitors, en S. Malynicz, barrister,

verzoekster,

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM), vertegenwoordigd door P. Geroulakos en A. Folliard-Monguiral als gemachtigden,

verweerder,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de tweede kamer van beroep van het BHIM van 27 maart 2014 (zaak R 540/2013-2) inzake een procedure voor de inschrijving van een driedimensionaal teken dat bestaat in de vorm van een contourfles, als gemeenschapsmerk,

wijst

HET GERECHT (Achtste kamer),

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

griffier: I. Dragan, administrateur,

gezien het op 10 juni 2014 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 22 oktober 2014 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

na de terechtzitting op 16 september 2015,

het navolgende

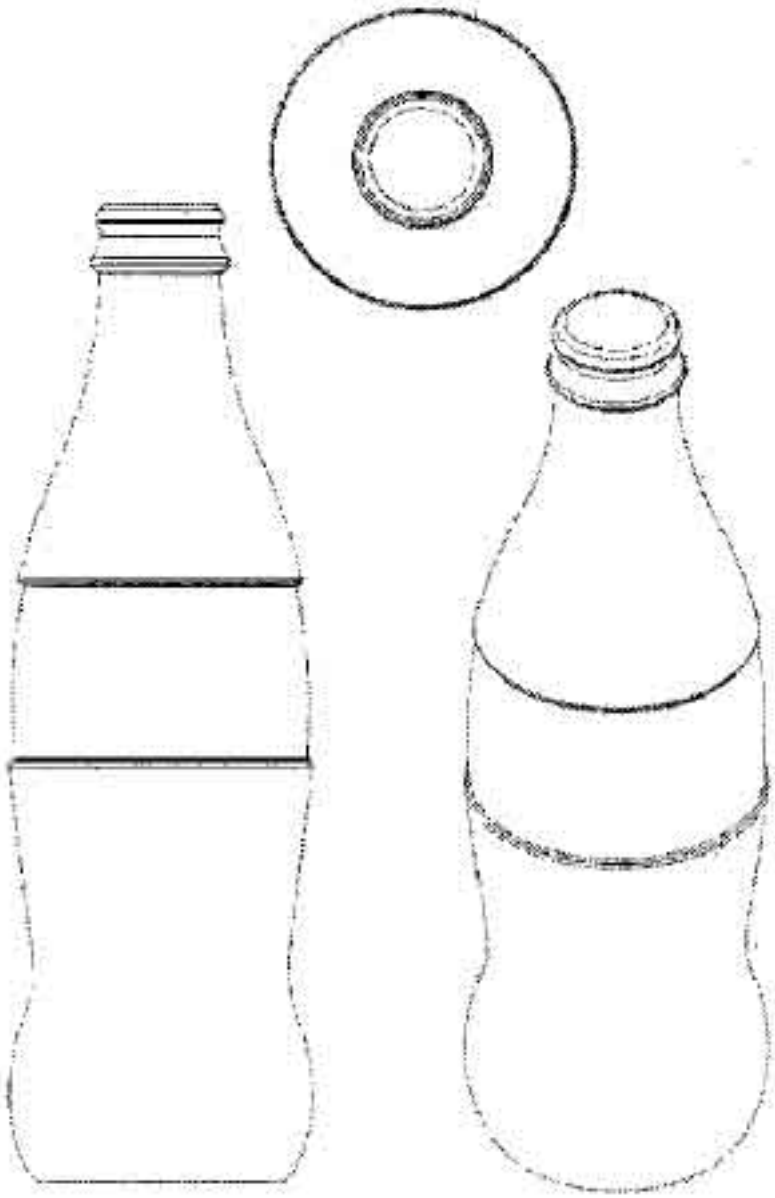
* Procestaal: Engels.

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Op 29 december 2011 heeft verzoekster, The Coca-Cola Company, bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) een gemeenschapsmerkaanvraag ingediend krachtens verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het gemeenschapsmerk (PB L 78, blz. 1).

2 Het merk waarvan inschrijving is aangevraagd, is het volgende driedimensionale teken:



3 De waren waarvoor inschrijving is aangevraagd, behoren tot de klassen 6, 21 en 32 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:

— klasse 6: „Onedele metalen en hun legeringen; bouwmaterialen van metaal; slotenmakerswaren van metaal en kleinijzerwaren; metaalwaren voor zover niet begrepen in andere klassen; metalen flessen”;

— klasse 21: „Gerei en vaatwerk voor de huishouding of de keuken; ruw of halfbewerkt glas (uitgezonderd glas voor bouwdoeleinden); glas-, porselein- en aardewerk voor zover niet begrepen in andere klassen; glazen en plastic flesjes”;

— klasse 32: „Bieren; minerale en gazeuse wateren en andere alcoholvrije dranken; vruchtendranken en vruchtensappen; siropen en andere preparaten voor de bereiding van dranken”.

4 Op 23 januari 2012 heeft de onderzoeker verzoekster ervan op de hoogte gebracht dat hij de inschrijvingsaanvraag moest afwijzen voor een deel van de betrokken waren, op grond van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009, namelijk de volgende waren:

— klasse 6: „Metaalwaren voor zover niet begrepen in andere klassen; metalen flessen”;

— klasse 21: „Gerei en vaatwerk voor de huishouding of de keuken; ruw of halfbewerkt glas (uitgezonderd glas voor bouwdoeleinden); glas-, porselein- en aardewerk voor zover niet begrepen in andere klassen; glazen en plastic flesjes”;

— klasse 32: „Bieren; minerale en gazeuse wateren en andere alcoholvrije dranken; vruchtendranken en vruchtensappen; siropen en andere preparaten voor de bereiding van dranken”.

5 Op 23 maart 2012 heeft verzoekster het BHIM meegedeeld dat zij haar inschrijvingsaanvraag handhaafde voor alle betrokken waren, waarbij zij stelde dat het teken waarvoor de inschrijving was aangevraagd krachtens artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009 onderscheidend vermogen had verkregen. Op 19 oktober 2012 heeft verzoekster, na verkrijging van verlengingen van de gestelde termijn om alle documenten ter ondersteuning van haar betoog te verzamelen en over te leggen, haar argumenten tegen het oorspronkelijke standpunt van de onderzoeker uiteengezet.

6 Op 23 januari 2013 heeft de onderzoeker de inschrijvingsaanvraag afgewezen. Hij heeft geoordeeld – na de door verzoekster aangedragen argumenten en overgelegde bewijzen te hebben onderzocht – dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen miste voor de betrokken waren. Na te hebben overwogen dat de gemeenschapsmerkaanvraag viel onder de in artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 vastgestelde absolute weigeringsgronden, heeft de onderzoeker verzoeksters aanvraag tevens afgewezen op grond van artikel 7, lid 3, van deze verordening.

7 Op 20 maart 2013 heeft verzoekster bij het BHIM beroep ingesteld tegen de beslissing van de onderzoeker.

8 Bij beslissing van 27 maart 2014 (hierna: „bestreden beslissing”) heeft de tweede kamer van beroep het beroep verworpen op grond dat het aangevraagde merk voor de betrokken waren onderscheidend vermogen miste in de zin van artikel 7, lid 1, onder b), en lid 3, van verordening nr. 207/2009.

9 De kamer van beroep heeft geoordeeld dat de betrokken waren gangbare consumptiegoederen waren en hoofdzakelijk op het grote publiek waren gericht. Rekening houdend met het feit dat de betrokken waren in massa worden geproduceerd, heeft de kamer van beroep geoordeeld dat de gemiddelde consument van de betrokken waren niet bijzonder aandachtig was en dat het „waarschijnlijk [was] dat hij een onvolmaakte herinnering van de merkproducten had”.

10 Aangaande het onderscheidend vermogen heeft de kamer van beroep allereerst het aangevraagde merk beschreven. Vervolgens heeft zij het vergeleken met afbeeldingen in de mededeling van de weigeringsgronden van de onderzoeker en besloten dat deze terecht had overwogen dat het aangevraagde merk elk onderscheidend vermogen miste voor de betrokken waren.

11 De kamer van beroep heeft geoordeeld dat het geheel van de kenmerken van de betrokken recipiënt het aangevraagde merk geen onderscheidend vermogen verleende, aangezien de vormen van de betrokken waren van de klassen 6 en 21 en de verpakking van de betrokken waren van klasse 32 alle deze kenmerken hadden. Zij heeft bijgevolg ingestemd met het besluit van de onderzoeker dat de betrokken vorm niet aanzienlijk verschilde van de basisvormen van de betrokken waren en van hun verpakking.

12 Gelet op verzoeksters argument dat het aangevraagde merk moest worden beschouwd als de „contourfles zonder groeven", die het relevante publiek associeert met haar beroemde emblematische fles (hierna: „contourfles met groeven"), aangezien het aangevraagde merk volgens dit publiek een ontwikkeling daarvan zou zijn, heeft de kamer van beroep deze twee flessen vergeleken.

13 In wezen is de kamer van beroep, hoewel zij erkende dat de twee flessen gelijkenissen vertoonden, tot het besluit gekomen dat de totaalindruk die deze flessen maakten, verschilde. Dienaangaande heeft zij bijzondere aandacht gehad voor de groeven als een opvallend element van de contourfles met groeven. Bijgevolg heeft de kamer van beroep het argument dat het aangevraagde merk moest worden beschouwd als een natuurlijke ontwikkeling van de contourfles met groeven, afgewezen. Zij heeft geoordeeld dat het aangevraagde merk moest worden beoordeeld rekening houdend met de wijze waarop het relevante publiek dit teken opvatte, zonder te veronderstellen dat dit publiek een rechtstreeks en onmiddellijk verband zou leggen tussen dit teken en de contourfles met groeven waarvoor verzoekster wereldwijd wordt erkend.

14 Gelet op deze overwegingen is de kamer van beroep bij het onderzoek van de kenmerken van het aangevraagde merk tot het besluit gekomen dat dit merk niet voldoende afweek van de normen en wat in de betrokken sector gangbaar is, opdat het relevante publiek onmiddellijk en rechtstreeks de commerciële herkomst van de waren kan identificeren. Bijgevolg is de kamer van beroep tot de conclusie gekomen dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen miste in de zin van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009.

15 Wat artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009 betreft, heeft de kamer van beroep geoordeeld dat verzoekster niet had bewezen dat het aangevraagde merk door gebruik onderscheidend vermogen had verkregen.

16 De kamer van beroep heeft ernstige twijfels geuit over de betrouwbaarheid van de door verzoekster overgelegde enquêtes, en met name over de oorsprong ervan, op grond dat deze niet waren uitgevoerd door de erkende onderneming voor marktonderzoek zoals aangegeven in die enquêtes, maar door een voormalige directeur van die onderneming, die zelfstandig consultant voor marktonderzoek was geworden. De kamer van beroep heeft tevens overwogen dat de enquêtes tendentieuze vragen bevatten en dat de cijfers inzake de percentages niet klopten (volgens haar bedroeg de som meer dan 100 % wanneer bepaalde percentages werden opgeteld). Naast deze twijfels heeft de kamer van beroep vastgesteld dat de enquêtes in minder dan de helft van de lidstaten van de Europese Unie waren uitgevoerd. Zij heeft tevens opgemerkt dat de enquêtes waren verricht na de datum van indiening van de merkaanvraag.

17 Aangaande de door verzoekster verstrekte omzetcijfers en verkoopvolumes heeft de kamer van beroep geoordeeld dat – zelfs rekening houdend met de getuigenverklaring van de marketingadviseur van verzoeksters dochteronderneming in Frankrijk – deze betrekking hadden op al verzoeksters activiteiten en niet op het aangevraagde merk.

18 Aangaande het reclamemateriaal heeft de kamer van beroep geoordeeld dat nagenoeg al dit materiaal geen betrekking had op het aangevraagde merk, maar op verzoeksters andere flessen of blikjes en in het bijzonder op haar beroemde contourfles met groeven.

19 Verzoeksters argument dat het aangevraagde merk als gevolg van het gebruik ervan als onderdeel van een ander merk onderscheidend vermogen had verkregen, is ook door de kamer van beroep afgewezen. Zij heeft gepreciseerd dat het voorliggende geval verschilde van de zaken waarop verzoekster zich dienaangaande had beroepen. Zij heeft daaraan toegevoegd dat de perceptie van de relevante consument niet noodzakelijkerwijs dezelfde was bij vormen en bij woordelementen.

20 De kamer van beroep is rekening houdend met de kenmerken van het aangevraagde teken, de aard van de betrokken waren en de in de bewijzen uiteengezette marketingstrategie, tot de conclusie gekomen dat het relevant was dat in casu de contourfles zonder groeven met een etiket kon worden verkocht. Dienaangaande heeft zij erkend dat een op een merk gerichte reclamestrategie niet in de weg kon staan aan het verwerven van onderscheidend vermogen, maar heeft zij eraan herinnerd dat de overgelegde bewijselementen toonden hoe de betrokken waren onder het aangevraagde merk werden verhandeld ten aanzien van het relevante publiek. Volgens de kamer van beroep konden deze overwegingen inzake de marketingstrategie bij de beoordeling van de perceptie van het aangevraagde merk door dit publiek niet worden genegeerd.

21 Hoewel zij heeft erkend dat verzoekster aanzienlijk in reclame had geïnvesteerd en dat de verstrekte verkoopcijfers zeer hoog waren, heeft de kamer van beroep geoordeeld dat de bewijzen in hun geheel genomen ontoereikend en weinig overtuigend bleven wat betreft de werkelijke perceptie van het aangevraagde merk door het relevante publiek.

22 De kamer van beroep heeft opgemerkt dat er met betrekking tot de betrokken waren, andere dan alcoholvrije dranken, nagenoeg geen bewijzen van het door gebruik verkregen onderscheidend vermogen bestonden. Dienaangaande heeft zij benadrukt dat geen enkel bewijs was overgelegd inzake de aankoop van „glazen en plastic flessen” en „keukengerei”.

23 De kamer van beroep heeft ook geoordeeld dat de documenten inzake de geschiedenis van verzoeksters alcoholvrije dranken, afbeeldingen van de contourfles met groeven toonden en in de meeste gevallen beelden leken te bevatten die buiten de Unie (in het bijzonder in de Verenigde Staten) of op onbekende plaatsen waren gemaakt, of dat het teksten betrof die buiten de Unie of op onbekende plaatsen waren geschreven, en dat deze documenten bijgevolg geen door het aangevraagde merk verkregen onderscheidend vermogen konden aantonen in de Unie.

Conclusies van partijen

24 Verzoekster verzoekt het Gerecht:

— de bestreden beslissing te vernietigen;

— het BHIM te verwijzen in de kosten.

25 Het BHIM verzoekt het Gerecht:

— het beroep in zijn geheel te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

26 Verzoekster voert ter ondersteuning van haar beroep twee middelen aan: schending van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 en schending van artikel 7, lid 3, van deze verordening.

Eerste middel: schending van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009

27 Verzoekster verwijt de kamer van beroep dat zij geen rekening heeft gehouden, overeenkomstig de rechtspraak van het Gerecht, met de normen en wat in de betrokken sector gangbaar is. Dienaangaande stelt zij dat indien de markt voor de betrokken waren concurrerend is en er vele marktdeelnemers zijn, dit bepaalde van deze marktdeelnemers er sterk toe kan aanzetten om de verpakking van hun waren aldus te ontwikkelen dat deze zich van de waren van de andere marktdeelnemers onderscheiden en de aandacht van de consument trekken, opdat de consument deze bijzondere vorm kan onthouden voor een latere aankoop.

28 Dit is volgens verzoekster het geval voor de drankensector. Zij stelt dat het weliswaar klopt dat flessen louter functioneel kunnen zijn, door een lang cilindrisch deel en een hals, maar een groot aantal flesvormen zijn ontwikkeld om de aandacht van de consument te trekken en de waren van een specifieke marktdeelnemer te onderscheiden. De consument is er volgens verzoekster dus aan gewend dat vormen die afwijken van de gebruikelijke vorm van een fles, als merken worden ingeschreven. Dit is het geval in de onderhavige zaak.

29 De kamer van beroep heeft tevens blijk gegeven van een onjuiste opvatting door het aangevraagde merk en de manier waarop zijn verschillende elementen zijn gecombineerd, niet globaal te onderzoeken, om het te vergelijken met de op de markt gebruikelijke vormen.

30 Daarenboven stelt verzoekster dat het aangevraagde merk, ten eerste, verschilt van de voorbeelden die de onderzoeker op internet heeft gevonden, die bovendien enkel op Ierland zijn gericht, en, ten tweede, de aandacht van de consument trekt en hem in staat stelt het te onthouden.

31 Verzoekster meent ook dat de kamer van beroep in punt 35 van de bestreden beslissing blijk heeft gegeven van dezelfde onjuiste opvatting als vastgesteld in het arrest van 20 oktober 2011, Freixenet/BHIM (C-344/10 P en C-345/10 P, Jurispr., EU:C:2011:680, punt 49). De kamer van beroep heeft immers ten onrechte vastgesteld dat omdat de waar ook onder een onderscheidend woordmerk wordt verhandeld, in casu een etiket, de vorm van de waar noodzakelijkerwijze elk onderscheidend vermogen zou worden ontnomen. Deze benadering zou inhouden dat geen enkele vorm onderscheidend kan zijn, omdat geen enkele vorm op de markt wordt aangeboden zonder een woordmerk of een ander soort merk.

32 Het BHIM betwist verzoeksters betoog.

33 Artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 bepaalt dat inschrijving wordt geweigerd van merken die elk onderscheidend vermogen missen.

34 Volgens vaste rechtspraak houdt het onderscheidend vermogen van een merk in de zin van deze bepaling in dat het merk zich ertoe leent de waar of de dienst waarvoor de inschrijving is aangevraagd, als afkomstig van een bepaalde onderneming te identificeren en dus deze waar van die van andere ondernemingen te onderscheiden (zie arrest Freixenet/BHIM, punt 31 supra, EU:C:2011:680, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

35 Dit onderscheidend vermogen moet enerzijds worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving is aangevraagd, en anderzijds met betrekking tot de perceptie ervan door het relevante publiek, dat bestaat uit de consument van die waren of diensten (zie arrest Freixenet/BHIM, punt 31 supra, EU:C:2011:680, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36 Eveneens volgens vaste rechtspraak verschillen de criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken bestaande in de verschijningsvorm van de waar zelf, niet van die welke voor andere categorieën van merken gelden (zie arrest Freixenet/BHIM, punt 31 supra, EU:C:2011:680, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

37 Bij de toepassing van deze criteria dient er evenwel rekening mee te worden gehouden dat de perceptie door de gemiddelde consument in het geval van een driedimensionaal merk bestaande in de verschijningsvorm van de waar zelf, niet noodzakelijk dezelfde is als bij een woord- of beeldmerk dat bestaat in een van de verschijningsvorm van de erdoor aangeduide waar onafhankelijk teken. De gemiddelde consument is immers niet gewend om de herkomst van de waar bij gebreke van enig tekstueel of grafisch element af te leiden uit de vorm ervan of uit die van de verpakking, en het zou dus moeilijker kunnen zijn om het onderscheidend vermogen van een dergelijk driedimensionaal merk vast te stellen dan van een woord- of beeldmerk (zie arrest Freixenet/BHIM, punt 31 supra, EU:C:2011:680, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

38 In het bijzonder, aangezien de verpakking noodzakelijk is om een vloeibare waar in de handel te kunnen brengen, schrijft de gemiddelde consument daaraan in de eerste plaats louter een functie van verpakking toe. Een driedimensionaal merk dat bestaat in een dergelijke verpakking is slechts onderscheidend wanneer dit merk het de normaal geïnformeerde, redelijk omzichtige en oplettende, gemiddelde consument van de betrokken waar mogelijk maakt om deze waar zonder analytisch of vergelijkend onderzoek en zonder bijzondere oplettendheid van de waren van andere ondernemingen te onderscheiden [arresten van 12 februari 2004, Henkel, C-218/01, Jurispr., EU:C:2004:88, punt 53, en 29 april 2004, Eurocermex/BHIM (Vorm van bierfles), T-399/02, Jurispr., EU:T:2004:120, punt 24].

39 In die omstandigheden bezit alleen een merk dat op significante wijze afwijkt van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is, en derhalve de wezenlijke functie van herkomstaanduiding kan vervullen, onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 (zie arrest Freixenet/BHIM, punt 31 supra, EU:C:2011:680, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

40 Gelet op een en ander, moet worden onderzocht of het aangevraagde merk op significante wijze afwijkt van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is.

41 Vooraf zij opgemerkt dat niet wordt betwist dat, zoals de kamer van beroep terecht heeft vastgesteld, de door het aangevraagde merk aangeduide waren gangbare consumptiegoederen zijn die tot het grote publiek zijn gericht. Tevens dient te worden vastgesteld – zonder dat dit wordt betwist en zoals de kamer van beroep in wezen ook heeft gesteld – dat gelet op het feit dat de betrokken waren gangbare consumptiegoederen zijn, het aandachtsniveau van het relevante publiek als gemiddeld moet worden beschouwd.

42 Dienaangaande bestaat het aangevraagde merk volgens de door verzoekster verstrekte beschrijving uit een vlakke basis met een welving naar buiten om een gewelfde indruk te geven, een kegelvormig deel dat naar binnen toeloopt en naar buiten uitloopt tot aan de eerste horizontale lijn om een trapeziumvorm aan te geven, een licht verzonken uitspringend middendeel met een vlakke indruk, hoewel de zijden licht gebogen zijn, om een vlak profiel te geven, en een bovendeel dat naar boven spits toeloopt als een trechter en licht gewelfd is ter hoogte van de hals.

43 Het aangevraagde merk is dus een samengesteld teken met verschillende kenmerken.

44 Bijgevolg dient het aangevraagde merk voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen ervan in zijn geheel te worden beschouwd. Dit is evenwel niet onverenigbaar met het achtereenvolgende onderzoek van de verschillende elementen waaruit het bestaat [arresten van 5 maart 2003, Unilever/BHIM (Ovaal tablet), T-194/01, Jurispr., EU:T:2003:53, punt 54, en Vorm van bierfles, punt 38 supra, EU:T:2004:120, punt 25].

45 Allereerst, aangaande het onderste deel van het aangevraagde merk, dient te worden vastgesteld dat dit deel van de fles geen kenmerken vertoont op basis waarvan deze van andere op de markt aanwezige flessen kan worden onderscheiden. Het is algemeen bekend dat het onderste deel van flessen zeer verschillende vormen kan hebben. Uit dergelijke verschillen kan de gemiddelde consument echter gewoonlijk de commerciële herkomst van de betrokken waren niet afleiden.

46 Vervolgens, met betrekking tot het middendeel van het aangevraagde merk, dient te worden opgemerkt dat dit evenmin bijzonderheden vertoont ten opzichte van hetgeen op de markt beschikbaar is. Zoals de kamer van beroep terecht heeft opgemerkt, dient dit deel van het aangevraagde merk in normale commerciële omstandigheden om een etiket aan te brengen waarop de naam van het merk, informatie over de ingrediënten voor de consument, de inhoud van de fles en de namen van de producent en de distributeur zouden worden vermeld. Het feit dat dit deel licht gebogen is, betekent niet dat dit het aangevraagde merk onderscheidend vermogen verleent waaruit de consument de commerciële herkomst ervan kan afleiden.

47 Ten slotte, aangaande het bovendeel van het aangevraagde merk, welk deel bestaat uit een ter hoogte van de hals licht gewelfde trechter, zij vastgesteld dat het algemeen bekend is dat de op de markt beschikbare flessen kenmerken vertonen die min of meer gelijk zijn aan die van het aangevraagde merk. Het bovendeel van een fles is immers meestal trechtervormig met een hals. Daaruit volgt dat, ook al wordt erkend dat dit element een zekere originaliteit vertoont, het niet kan worden geacht op significante wijze af te wijken van de normen of van wat in de betrokken sector gangbaar is.

48 Het aangevraagde merk bestaat derhalve uit een combinatie van elementen, waarvan elk element, dat gewoonlijk kan worden gebruikt in de handel van de in de inschrijvingsaanvraag bedoelde waren, voor deze waren onderscheidend vermogen mist (zie in die zin en naar analogie arrest Vorm van bierfles, punt 38 supra, EU:T:2004:120, punt 30).

49 Volgens de rechtspraak wettigt het feit dat een samengesteld merk slechts bestaat uit elementen zonder onderscheidend vermogen met betrekking tot de betrokken waren, in de regel de conclusie dat dit merk in zijn geheel beschouwd onderscheidend vermogen mist. Een dergelijke conclusie kan alleen worden ontkracht wanneer concrete aanwijzingen, zoals de wijze waarop de verschillende elementen zijn gecombineerd, erop duiden dat het samengestelde merk, in zijn geheel beschouwd, méér weergeeft dan de som van de elementen ervan (zie in die zin arrest Vorm van bierfles, punt 38 supra, EU:T:2004:120, punt 31).

50 In casu lijken dergelijke aanwijzingen niet te bestaan. Het aangevraagde merk wordt immers gekenmerkt door zijn vorm met gewelfde contouren. Deze vorm geeft echter niet méér weer dan de som van de elementen waaruit het aangevraagde merk bestaat, namelijk een fles naar het voorbeeld van de meeste flessen op de markt. Een dergelijke vorm kan immers gewoonlijk worden gebruikt in de handel van de in de inschrijvingsaanvraag bedoelde waren. Hieruit volgt dat de wijze waarop de elementen van het onderhavige samengestelde merk zijn gecombineerd, dit merk evenmin onderscheidend vermogen kan verlenen (zie in die zin arrest Vorm van bierfles, punt 38 supra, EU:T:2004:120, punt 32).

51 Het aangevraagde merk vormt bijgevolg slechts een variant op de vorm en de verpakking van de betrokken waren op basis waarvan de gemiddelde consument de betrokken waren niet van de waren van andere ondernemingen zal kunnen onderscheiden [zie in die zin arresten van 17 december 2008, Somm/BHIM (Zonwerend afdak), T-351/07, EU:T:2008:591, punt 27, en 16 september 2009, Alber/BHIM (Handgreep), T-391/07, EU:T:2009:336, punt 60].

52 De kamer van beroep heeft dus geen blijk gegeven van een onjuiste opvatting door te oordelen dat de gemiddelde consument van de Unie het aangevraagde merk, in zijn geheel beschouwd, slechts zou waarnemen als een variant op de vorm en de verpakking van de waren waarvoor inschrijving van dat merk is aangevraagd.

53 Aan deze oplossing wordt niet afgedaan door het argument dat de kamer van beroep het aangevraagde merk niet globaal heeft onderzocht. Met name uit punt 27 van de bestreden beslissing blijkt immers dat de kamer van beroep het aangevraagde merk heeft beoordeeld gelet op „het geheel van de kenmerken van [verzoeksters] recipiënt". In punt 35 van de bestreden beslissing heeft de kamer van beroep ook aangegeven dat „het algemene overzicht van de door [verzoekster] vermelde kenmerken geen totaalindruk wekte die het aangevraagde teken onderscheidend vermogen kan verlenen".

54 Aangaande het argument dat de kamer van beroep geen rekening heeft gehouden met het feit dat de relevante sector wordt gekenmerkt door sterke concurrentie en dat het gebruikelijk is dat de spelers op een dergelijke markt hun waren willen onderscheiden door de verpakking ervan, dient te worden vastgesteld dat deze omstandigheden op zich niet volstaan om het aangevraagde merk onderscheidend vermogen te verlenen. Bovendien heeft de kamer van beroep in het kader van haar globale beoordeling van het aangevraagde merk wel degelijk rekening gehouden met de marktvoorwaarden. Met name uit punt 28 van de bestreden beslissing blijkt dat de kamer van beroep heeft geoordeeld dat, aangezien er niet veel vrijheid bestaat bij het ontwerp van de flessen, minimale afwijkingen van de gebruikelijke vormen niet als merk konden worden ingeschreven, omdat het publiek deze niet zal beschouwen als een herkomstaanduiding.

55 Aangaande, ten slotte, verzoeksters kritiek op de verwijzing die de kamer van beroep in punt 35 van de bestreden beslissing ten overvloede heeft gemaakt naar het feit dat de eindgebruiker gewoonlijk zijn aandacht eerder zal richten op het etiket van de waar, of op haar verpakking en de naam, de afbeelding of de tekening daarop, dan louter op het ontwerp van de verpakking op zich, kan deze in elk geval niet afdoen aan de gegrondheid van de vaststellingen van de kamer van beroep [zie in die zin arrest van 30 april 2013, Boehringer Ingelheim International/BHIM (RELY-ABLE), T-640/11, EU:T:2013:225, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak]. In het kader van haar beoordeling van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk krachtens artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 heeft de kamer van beroep het aangevraagde merk immers onderzocht, rekening houdend met alle relevante kenmerken ervan, en heeft zij haar conclusie rechtens genoegzaam gebaseerd op het aangevraagde merk, namelijk alleen de vorm van de contourfles [zie in die zin arrest van 16 juli 2014, Langguth Erben/BHIM (Vorm van een fles voor alcoholische drank), T-66/13, EU:T:2014:681, punten 66 en 67].

56 Daaruit volgt dat het eerste middel moet worden afgewezen.

Tweede middel: schending van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009

57 Verzoekster stelt dat het aangevraagde merk in ieder geval door gebruik onderscheidend vermogen heeft verkregen. Zij meent dat zij heeft bewezen dat dit merk onderscheidend vermogen heeft verkregen door voor de instanties van het BHIM een groot aantal bewijselementen over te leggen.

58 De door verzoekster in de administratieve procedure voor het BHIM overgelegde bewijselementen zijn onder meer de volgende:

— een overzicht van de wijze waarop het aangevraagde merk is gebruikt, met inbegrip van de context en de grondslag op basis waarvan dit merk binnen de Unie is gebruikt;

— gegevens gebaseerd op enquêtes en de enquêtes zelf, die in tien lidstaten van de Unie zijn verricht, om aan te tonen dat de meeste ondervraagde personen het aangevraagde merk associëren met verzoekster en haar Coca-Coladranken;

— bewijzen, zoals de gedragscode van de onderneming voor marktonderzoek, om aan te tonen dat de voornoemde gegevens zijn opgesteld op basis van correcte en onafhankelijke enquêtes bij ongeveer 5 000 personen die representatief waren voor het relevante publiek in tien lidstaten;

— verkoopcijfers met een tabel met de verdeling van de verkopen tussen de lidstaten van de Unie en een verklaring op eer van de marketingadviseur van Coca-Cola (Europa), om aan te tonen dat verzoekster in de Unie in de jaren 2009 tot 2011 een groot aantal contourflessen met en zonder groeven heeft verkocht;

— tabellen waarin de reclame- en communicatie-investeringen tussen 2009 en 2011 worden aangegeven, om aan te tonen dat verzoeksters dranken Coca-Cola, Coca-Cola Light en Coca-Cola Zero in de hele Unie zijn verhandeld;

— bewijzen in de vorm van foto's, artikelen en van internet afkomstige uittreksels, om aan te tonen dat het aangevraagde merk is gebruikt in het kader van commerciële communicatie, publicaties op internet, „Pop Art", alsook in publicaties van derden en in andere media.

59 Ten eerste stelt verzoekster in wezen dat de twijfels van de kamer van beroep over de oorsprong, de betrouwbaarheid en de onafhankelijkheid van de enquêtes ongegrond zijn. Zij verwijt de kamer van beroep tevens dat zij de enquêtes onjuist heeft uitgelegd in het licht van de daarin gegeven toelichting. Gelet op deze onjuiste opvattingen, stelt verzoekster dat de kamer van beroep de haar overgelegde gegevens en de wijze waarop de enquêtes waren verricht, niet heeft begrepen, ondanks de toelichting verstrekt in die enquêtes en in de bij het BHIM ingediende schriftelijke uiteenzetting van de gronden van het beroep.

60 Ten tweede meent verzoekster in wezen dat de kamer van beroep blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting voor zover zij niet heeft erkend dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen had verkregen als gevolg van het gebruik ervan als onderdeel van een ingeschreven merk of in combinatie daarmee. Zij stelt dat het aangevraagde merk intensief is gebruikt als onderdeel van de vorm van haar contourfles met groeven. Zij beroept zich op dit punt op het arrest van 7 juli 2005, Nestlé (C-353/03, Jurispr., EU:C:2005:432), waarin het Hof heeft geoordeeld dat het in artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009 bedoelde onderscheidend vermogen van een merk zowel kan voortkomen uit het gebruik, als deel van een ingeschreven merk, van een element van dit laatste, als uit het gebruik van een afzonderlijk merk in samenhang met een ingeschreven merk.

61 Volgens verzoekster kan niet ernstig worden betwist dat de contourfles met groeven intensief is gebruikt. De contourfles met of zonder groeven is gedurende vele jaren in zeer grote hoeveelheden verkocht. Bovendien is voor de contourfles met of zonder groeven veel reclame gemaakt.

62 Volgens verzoekster pleiten verschillende argumenten vóór het verkrijgen van onderscheidend vermogen door het aangevraagde merk als onderdeel van de contourfles met groeven. In de eerste plaats blijkt duidelijk dat de vorm waarin het aangevraagde merk bestaat (dit wil zeggen het aangevraagde merk afzonderlijk beschouwd) tweedimensionaal is. De bewijzen tonen een tweedimensionaal zijaanzicht van het aangevraagde merk, dat is afgebeeld op displays uitgestald in

verkooppunten, reclamemateriaal of producten zoals flessen of blikjes. Geen enkele bepaling van merkenrecht van de Unie staat eraan in de weg dat het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken wordt verkregen door het gebruik van tweedimensionale merken.

63 In de tweede plaats zijn er speciale uitgaven van flessen geweest, die aldus waren vormgegeven dat de groeven waren bedekt, hetgeen globaal de indruk geeft van een contourfles zonder groeven. Deze waren bestaan in drie- en tweedimensionale versies. Verzoekster erkent dat deze flessen zijn ontworpen voor speciale gelegenheden, maar stelt dat er veel van zijn geweest en dat voor deze flessen veel reclame is gemaakt.

64 In de derde plaats beroept verzoekster zich op de wijze waarop derden het aangevraagde merk in verschillende vormen van culturele expressie hebben gebruikt. Zij stelt dat indien het publiek het aangevraagde merk niet als onderscheidend voor de onderneming Coca-Cola beschouwde, vragen zouden kunnen worden gesteld bij het doel dat bepaalde artiesten via hun werken nastreven, aangezien hun werken, volgens verzoekster, duidelijk verwijzen naar de Coca-Colafles.

65 Het BHIM betwist verzoeksters betoog.

66 Volgens artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009 staan de absolute weigeringsgronden van artikel 7, lid 1, onder b) tot en met d), van deze verordening niet in de weg aan de inschrijving van een merk dat als gevolg van het gebruik dat ervan is gemaakt, onderscheidend vermogen heeft verkregen voor de waren of diensten waarvoor de inschrijving is aangevraagd. In het door artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009 bedoelde geval is het feit dat het relevante publiek het teken dat het betrokken merk vormt, daadwerkelijk opvat als een aanduiding van de commerciële herkomst van een waar of dienst, immers het resultaat van een economische inspanning van de aanvrager van het merk. Deze omstandigheid levert een rechtvaardiging op om voorbij te gaan aan de overwegingen van algemeen belang die ten grondslag liggen aan lid 1, onder b) tot en met d), van dit artikel, volgens welke de in deze bepalingen bedoelde merken ongestoord moeten kunnen worden gebruikt, teneinde te verhinderen dat een ongerechtvaardigd mededingingsvoordeel wordt verleend aan één enkele marktdeelnemer [arresten van 21 april 2010, Schunk/BHIM (Afbeelding van onderdeel van klauwplaat), T-7/09, EU:T:2010:153, punt 38, en 22 maart 2013, Bottega Veneta International/BHIM (Vorm van handtas), T-409/10, EU:T:2013:148, punt 74].

67 Uit de rechtspraak blijkt dat opdat de inschrijving van een merk op grond van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009 wordt aanvaard, moet worden aangetoond dat dit merk door het gebruik onderscheidend vermogen heeft verkregen in het deel van de Unie waar het onderscheidend vermogen miste in de zin van artikel 7, lid 1, onder b) tot en met d), van deze verordening. Bovendien moet het onderscheidend vermogen als gevolg van gebruik vóór de indiening van de inschrijvingsaanvraag zijn verkregen (arresten Afbeelding van onderdeel van klauwplaat, punt 66 supra, EU:T:2010:153, punt 40, en Vorm van handtas, punt 66 supra, EU:T:2013:148, punt 76).

68 In gevallen waarin het niet om een woordmerk gaat, zoals het in casu bedoelde merk, moet bovendien worden aangenomen dat de beoordeling van hun onderscheidend vermogen voor de gehele Unie geldt, tenzij concrete aanwijzingen op het tegendeel duiden. Aangezien in casu uit het onderzoek van het eerste middel en uit de stukken niet kan worden opgemaakt dat dit laatste het geval is, moet worden aangenomen dat het aangevraagde merk in de gehele Unie onder de absolute weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 valt. Het is dus in de gehele Unie dat dit merk door gebruik onderscheidend vermogen moet hebben verkregen om op grond van artikel 7, lid 3, van deze verordening te kunnen worden ingeschreven [zie arrest van 12 september 2007, Glaverbel/BHIM (Textuur van glazen oppervlak), T-141/06, EU:T:2007:273, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

69 Uit de rechtspraak blijkt ook dat voor de verkrijging van onderscheidend vermogen door gebruik van het merk, vereist is dat minstens een aanzienlijk deel van het relevante publiek de betrokken waren of diensten op basis van het merk als van een bepaalde onderneming afkomstig identificeert. De

omstandigheden waaronder de voorwaarde inzake het verkrijgen van onderscheidend vermogen door gebruik als vervuld kan worden beschouwd, kunnen echter niet alleen op basis van algemene en abstracte gegevens, zoals bepaalde percentages, worden vastgesteld (arresten Afbeelding van onderdeel van klauwplaat, punt 66 supra, EU:T:2010:153, punt 39, en Vorm van handtas, punt 66 supra, EU:T:2013:148, punt 75).

70 Bij de beoordeling in een concreet geval van de verkrijging van onderscheidend vermogen door gebruik, moet bovendien rekening worden gehouden met factoren als het marktaandeel van het merk, de intensiteit, de geografische spreiding en de duur van het gebruik van dit merk, de hoogte van het reclamebudget van de onderneming voor het merk, het gedeelte van het betrokken publiek dat de waar op basis van het merk als afkomstig van een bepaalde onderneming identificeert, alsmede verklaringen van de kamers van koophandel en industrie of van andere beroepsverenigingen. Indien op basis van dergelijke factoren de betrokken kringen, of althans een aanzienlijk deel ervan, de waar op basis van het merk als van een bepaalde onderneming afkomstig identificeren, moet daaraan de conclusie worden verbonden dat is voldaan aan de in artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009 gestelde voorwaarde voor de inschrijving van het merk (arresten Afbeelding van onderdeel van klauwplaat, punt 66 supra, EU:T:2010:153, punt 41, en Vorm van handtas, punt 66 supra, EU:T:2013:148, punt 77).

71 Volgens de rechtspraak moet het onderscheidend vermogen van een merk, daaronder begrepen het onderscheidend vermogen verkregen door gebruik, ook worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving van het merk is aangevraagd, en rekening houdend met de vermoedelijke perceptie van een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument van de betrokken categorie waren of diensten (arresten Afbeelding van onderdeel van klauwplaat, punt 66 supra, EU:T:2010:153, punt 42, en Vorm van handtas, punt 66 supra, EU:T:2013:148, punt 78).

72 Ten slotte blijkt uit de rechtspraak dat het door gebruik verkregen onderscheidend vermogen niet kan worden bewezen door alleen verkoopvolumes en reclamemateriaal over te leggen. Voorts volstaat het enkele feit dat het teken gedurende een zekere tijd op het grondgebied van de Unie is gebruikt, evenmin om aan te tonen dat het met de betrokken waren beoogde publiek het opvat als een aanduiding van commerciële herkomst (zie in die zin arrest Textuur van glazen oppervlak, punt 69 supra, EU:T:2007:273, punten 41 en 42).

73 Het is in het licht van deze overwegingen dat moet worden onderzocht of de kamer van beroep in casu blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting door vast te stellen dat het aangevraagde merk als gevolg van het gebruik dat ervan is gemaakt, geen onderscheidend vermogen had verkregen in de zin van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009.

74 Vooraf zij opgemerkt dat de twijfels die de kamer van beroep heeft geuit over de betrouwbaarheid van de enquêtes, ongegrond zijn. Uit het dossier blijkt immers dat de ondervraagde personen slechts een beeld met een van de betrokken flessen hebben gezien en geen beelden van beide flessen, zoals de kamer van beroep had vastgesteld. Voorts heeft de kamer van beroep ten onrechte geoordeeld dat de cijfers over de percentages niet klopten. Ook dienen de twijfels die de kamer van beroep had geuit over de persoon die verantwoordelijk was voor het uitvoeren van de enquêtes, ongegrond te worden geacht. Het BHIM betwist deze punten overigens niet.

75 Niettemin blijkt uit de bestreden beslissing dat de kamer van beroep – ondanks haar onjuiste vaststelling van de in punt 16 hierboven beschreven gebreken, waardoor de enquêtes zouden zijn aangetast – deze enquêtes als bewijselementen niet buiten beschouwing heeft gelaten, maar deze heeft onderzocht om vast te stellen of zij aantoonden dat het aangevraagde merk in de tien lidstaten waar deze waren uitgevoerd, onderscheidend vermogen had verkregen. Uit de punten 51 en 52 van de bestreden beslissing blijkt immers dat de kamer van beroep heeft overwogen dat de enquêtes betrekking hadden op minder dan de helft van de lidstaten en dat zij deze samen met de andere door

verzoekster overgelegde bewijselementen heeft beoordeeld. Hieruit volgt dat de onjuiste opvattingen inzake de betrouwbaarheid van de enquêtes waarvan de kamer van beroep blijk heeft gegeven, de rechtmatigheid van de bestreden beslissing niet kunnen aantasten.

76 Vervolgens dient erop te worden gewezen dat – zoals verzoekster aanvoert – een driedimensionaal merk in voorkomend geval onderscheidend vermogen kan verkrijgen door gebruik, ook al wordt het gebruikt in combinatie met een woord- of beeldmerk. Het is voldoende dat de betrokken kringen de waar of de dienst die wordt aangeduid met het enkele merk waarvoor inschrijving wordt aangevraagd, ten gevolge van dit gebruik daadwerkelijk percipiëren als afkomstig van een bepaalde onderneming (arrest Nestlé, punt 60 supra, EU:C:2005:432, punt 30). Dienaangaande merkt het Gerecht op dat het aangevraagde merk – anders dan het merk dat aan de orde was in de zaak die heeft geleid tot het arrest Nestlé, punt 60 supra (EU:C:2005:432), – niet duidelijk kan worden onderscheiden van het merk waarvan het wordt geacht deel uit te maken. In casu kan op basis van de door verzoekster overgelegde bewijzen en met name het reclamemateriaal, niet duidelijk worden vastgesteld of de daarin voorkomende fles een afbeelding van de contourfles met groeven is, dan wel of het gaat om het aangevraagde merk. Dit geldt ook voor de bewijzen waarin contourflessen zonder groeven zijn weergegeven. Het aangevraagde merk wordt immers niet gebruikt in combinatie met het merk waarvan het wordt geacht deel uit te maken, maar neemt dit op, of, omgekeerd, wordt daarin zelf opgenomen, aangezien de contouren, zowel van het aangevraagde merk als van het merk waarvan dit wordt geacht deel uit te maken, elkaar overlappen. In deze omstandigheden dient te worden nagegaan of de bewijselementen aantonen dat het aangevraagde merk in de ogen van het relevante publiek kan worden herkend als een aanduiding van de commerciële herkomst van de betrokken waren.

77 Aangaande het grondgebied waarvoor het gebruik moet worden aangetoond, dient eraan te worden herinnerd dat overeenkomstig artikel 1, lid 2, van verordening nr. 207/2009 het gemeenschapsmerk een eenheid vormt, hetgeen inhoudt dat het dezelfde rechtsgevolgen heeft in de gehele Unie. Omdat het gemeenschapsmerk een eenheid vormt, moet een teken bijgevolg in de gehele Unie onderscheidend vermogen bezitten om te kunnen worden ingeschreven. Volgens artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 juncto lid 2 van dit artikel, moet inschrijving van een merk dan ook worden geweigerd indien het in een deel van de Unie onderscheidend vermogen mist, en het in lid 2 van dit artikel bedoelde deel van de Unie kan, in voorkomend geval, uit slechts één lidstaat bestaan [zie in die zin arresten van 22 juni 2006, Storck/BHIM, C-25/05 P, Jurispr., EU:C:2006:422, punten 81-83, en 29 september 2010, CNH Global/BHIM (Weergave van een tractor in rood, zwart en grijs), T-378/07, Jurispr., EU:T:2010:413, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

78 Artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009, volgens hetwelk tekens kunnen worden ingeschreven die door gebruik onderscheidend vermogen hebben verkregen, moet tegen de achtergrond van dit vereiste worden uitgelegd. Volgens de in punt 66 hierboven vermelde rechtspraak moet worden bewezen dat het merk onderscheidend vermogen door gebruik heeft verkregen op het gehele grondgebied waarop het onderscheidend vermogen mist. Het zou evenwel te ver gaan te eisen dat het bewijs van de verkrijging van onderscheidend vermogen door gebruik in de zin van de in de punten 66 tot en met 68 hierboven vermelde rechtspraak voor elke lidstaat afzonderlijk wordt geleverd (zie in die zin arrest van 24 mei 2012, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli/BHIM, C-98/11 P, Jurispr., EU:C:2012:307, punt 62).

79 Bijgevolg moet worden nagegaan of verzoekster, gelet op de in de punten 66 tot en met 68 hierboven vermelde rechtspraak, heeft kunnen aantonen dat het betrokken teken vóór de indiening van de inschrijvingsaanvraag in de gehele Unie voor een aanzienlijk deel van het relevante publiek onderscheidend vermogen had verkregen door gebruik. Hiertoe heeft verzoekster de gelegenheid gehad om voor het BHIM verschillende bewijselementen – waaronder de in punt 58 hierboven vermelde bewijselementen – in te dienen.

80 Ten eerste, aangaande de enquêtes waarop verzoekster zich beroept, dient te worden vastgesteld dat de kamer van beroep in punt 51 van de bestreden beslissing terecht heeft vastgesteld dat deze niet het bewijs konden leveren dat het aangevraagde merk in de gehele Unie voor een aanzienlijk deel van het relevante publiek onderscheidend vermogen had verkregen. De enquêtes zijn immers uitgevoerd in tien lidstaten van de Unie, namelijk Denemarken, Duitsland, Estland, Griekenland, Spanje, Frankrijk, Italië, Polen, Portugal en het Verenigd Koninkrijk, terwijl de Unie ten tijde van de inschrijvingsaanvraag 27 lidstaten telde. Het klopt inderdaad dat in de betrokken enquêtes wordt vastgesteld dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen had verkregen in de tien lidstaten waar deze zijn uitgevoerd, waarbij de herkenningsgraad tussen 48 % (Polen) en 79 % (Spanje) lag, maar deze tonen niet aan dat dit het geval was in de 17 andere lidstaten. Het resultaat van deze enquêtes kan immers niet worden geëxtrapoleerd naar de 17 lidstaten waarvoor geen enquêtes zijn uitgevoerd. Dienaangaande zij opgemerkt, wat met name de landen betreft die na 2004 lid van de Unie zijn geworden, dat de enquêtes nagenoeg geen informatie geven over de perceptie van het relevante publiek in deze lidstaten. Hoewel enquêtes zijn uitgevoerd in Polen en Estland, zijn er geen aanwijzingen dat de conclusies voor deze twee landen kunnen worden geëxtrapoleerd naar de andere lidstaten die na 2004 lid van de Unie zijn geworden. Bovendien heeft verzoekster niet aangetoond dat bepaalde markten van de lidstaten waarvoor de enquêtes zijn uitgevoerd, vergelijkbaar zijn met andere, en dat de resultaten van deze enquêtes daarop door extrapolatie zouden kunnen worden toegepast, en het staat niet aan het Gerecht om veronderstellingen in die zin te formuleren.

81 Gelet op een en ander, dient te worden vastgesteld dat de enquêtes op zich geen afdoende bewijs vormen dat het aangevraagde merk in de gehele Unie voor een aanzienlijk deel van het relevante publiek onderscheidend vermogen heeft verkregen door gebruik.

82 Ten tweede, aangaande de reclame- en communicatie-investeringen, blijkt uit de rechtspraak dat rekening kan worden gehouden met de hoogte van het reclamebudget van de onderneming voor het merk, om te bepalen of dit merk door gebruik onderscheidend vermogen heeft kunnen verkrijgen. In casu dient echter te worden vastgesteld dat de verstrekte cijfers ter zake niet specifiek betrekking hebben op het aangevraagde merk. Volgens de verklaring op eer van de marketingadviseur van verzoeksters dochteronderneming in Frankrijk betreffen de verstrekte cijfers alleen de dranken Coca-Cola, Coca-Cola Light en Coca-Cola Zero, zonder te preciseren over welke verpakking het gaat. Uit deze gegevens kunnen dus geen conclusies worden getrokken over de perceptie van het aangevraagde merk door het relevante publiek.

83 Ten derde, aangaande de verkoopcijfers en het reclamemateriaal, dient allereerst te worden opgemerkt dat deze slechts als secundaire bewijzen kunnen worden beschouwd, die in voorkomend geval de rechtstreekse bewijzen van het door gebruik verkregen onderscheidend vermogen, zoals geleverd door de door verzoekster overgelegde enquêtes, kunnen bevestigen.

84 De verkoopcijfers en het reclamemateriaal als zodanig tonen immers niet aan dat het met de betrokken waren beoogde publiek het aangevraagde merk opvat als een aanduiding van commerciële herkomst. Voor de lidstaten waarvoor geen enquêtes zijn overgelegd, kan het bewijs van het door gebruik verkregen onderscheidend vermogen dus in beginsel niet worden geleverd door alleen de verkoopcijfers en het reclamemateriaal over te leggen. Dit geldt in het bijzonder in de omstandigheden van de onderhavige zaak, aangezien blijkt dat de verstrekte verkoopcijfers niet betrouwbaar zijn.

85 Hoewel het geen twijfel lijdt dat de verkoopcijfers aantonen dat verzoekster in de Unie grote hoeveelheden dranken heeft verkocht, moet dienaangaande worden vastgesteld dat deze bewijselementen – zoals verzoekster ter terechtzitting heeft erkend – incoherent zijn. Bijvoorbeeld zij opgemerkt dat de verkoopcijfers voor België en Luxemburg, die samen ongeveer 12 miljoen inwoners tellen, bijna dezelfde zijn als voor Duitsland, terwijl dit land ongeveer 80 miljoen inwoners telt. Voorts bedragen de verkoopcijfers in Litouwen, met ongeveer 3 miljoen inwoners, het dubbele van de verkoopcijfers in Polen, terwijl dit land ongeveer 38 miljoen inwoners heeft. Bovendien is het

verkoopcijfer in Letland verdubbeld tussen 2009 en 2010. Deze incoherenties, die verzoekster ter terechtzitting heeft bevestigd, heeft zij niet kunnen verklaren. Bijgevolg moet worden geoordeeld dat deze bewijzen geen bewijskracht hebben.

86 Bovendien kan uit de door verzoekster verstrekte gegevens, zelfs in het licht van de verklaring op eer van de marketingadviseur van verzoeksters dochteronderneming in Frankrijk, niet worden afgeleid dat de verkoopcijfers specifiek betrekking hebben op het aangevraagde merk. In deze verklaring op eer wordt immers aangegeven dat de verkoopcijfers betrekking hebben op „contourflessen", zonder te preciseren of het gaat om het aangevraagde merk, de contourfles met groeven, of beide. Het is dus niet mogelijk om daaruit enig besluit te trekken inzake de perceptie van het aangevraagde merk door het relevante publiek.

87 Bijgevolg heeft de kamer van beroep in punt 57 van de bestreden beslissing terecht vastgesteld dat deze bewijselementen ontoereikend en weinig overtuigend waren inzake de echte perceptie van het aangevraagde merk.

88 Aangaande de bewijzen met foto's, artikelen en internetuittreksels om aan te tonen dat het aangevraagde merk was gebruikt in het kader van commerciële communicatie, publicaties op internet, „Pop Art", alsook in publicaties van derden en in andere media, dient te worden vastgesteld dat de kamer van beroep terecht tot het besluit is gekomen dat nagenoeg al deze elementen geen betrekking hadden op het aangevraagde merk. Op basis van deze bewijzen kan immers niet duidelijk worden vastgesteld of de daarin voorkomende fles een afbeelding van de contourfles met groeven is, dan wel of het gaat om het aangevraagde merk. Voorts tonen de documenten inzake de geschiedenis van verzoeksters alcoholvrije dranken alleen beelden van de contourfles met groeven. Bovendien moet de vaststelling van de kamer van beroep worden bevestigd dat de meeste van deze documenten beelden bevatten die buiten de Unie (in het bijzonder in de Verenigde Staten) of op onbekende plaatsen zijn gemaakt. Bijgevolg kunnen deze documenten evenmin de verkrijging van onderscheidend vermogen in de Unie aantonen.

89 Bovendien moet worden vastgesteld dat verzoekster nagenoeg geen bewijs van het verkrijgen van onderscheidend vermogen heeft overgelegd voor de betrokken waren die geen alcoholvrije dranken zijn, namelijk alle andere waren van klasse 32 en de waren van de klassen 6 en 21 van de classificatie van Nice, hetgeen verzoekster ter terechtzitting overigens heeft bevestigd.

90 Gelet op een en ander, volstaat bij afzonderlijk onderzoek geen van de bewijzen om aan te tonen dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen heeft verkregen door het gebruik dat ervan is gemaakt. Voorts kan op basis van een onderzoek van de bewijselementen in hun geheel evenmin worden vastgesteld dat dit het geval zou zijn. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de enquêtes slechts betrekking hebben op een deel van de Unie en dat de andere bewijselementen die verzoekster in de administratieve procedure voor het BHIM heeft overgelegd, gelet op de onnauwkeurigheden en incoherenties ervan, dit gebrek niet kunnen compenseren.

91 Daar geen van verzoeksters middelen gegrond is, dient het beroep te worden verworpen in zijn geheel.

Kosten

92 Volgens artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dat is gevorderd.

93 Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van het BHIM te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT (Achtste kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) The Coca-Cola Company wordt verwezen in de kosten.

Gratsias Kancheva Wetter

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 24 februari 2016.

ondertekeningen