

ARREST VAN HET GERECHT (Achtste kamer)

9 december 2010*

In zaak T-303/08,

Tresplain Investments Ltd, gevestigd te Tsing Yi, Hong Kong (China), vertegenwoordigd door D. McFarland, barrister,

verzoekster,

tegen

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

verweerder,

* Procestaal: Engels.

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

Hoo Hing Holdings Ltd, gevestigd te Romford, Essex (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door M. Edenborough, barrister,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de eerste kamer van beroep van het BHIM van 7 mei 2008 (zaak R 889/2007-1) inzake een nietigheidsprocedure tussen Hoo Hing Holdings Ltd en Tresplain Investments Ltd,

wijst HET GERECHT (Achtste kamer),

bij de beraadslaging samengesteld als volgt: E. Martins Ribeiro, kamerpresident, S. Papasavvas en A. Dittrich (rapporteur), rechters,

griffier: E. Coulon,

gezien het op 30 juli 2008 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 18 december 2008 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van het BHIM,

gezien de op 1 december 2008 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van interveniënte,

gezien het door interveniënte bij brief van 27 augustus 2008 ter griffie van het Gerecht ingediende verzoek om voeging van de onderhavige zaak met zaak T-300/08 voor de mondelinge behandeling en het arrest,

gezien de respectievelijk op 10 november en 14 oktober 2008 ter griffie van het Gerecht ingediende opmerkingen van verzoekster en het BHIM over dit verzoek om voeging,

gezien het door interveniënte op 6 augustus 2009 ter griffie van het Gerecht ingediende verzoek om heropening van de schriftelijke behandeling en om voordracht van nieuwe middelen,

gezien de op 22 september 2009 ter griffie van het Gerecht ingediende opmerkingen van verzoekster over dit verzoek,

gezien het besluit van het Gerecht om een termijn vast te stellen voor de voordracht van nieuwe middelen,

gezien de op 17 december 2009 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van interveniënte waarbij nieuwe middelen worden voorgedragen,

gezien de respectievelijk op 13 en 18 januari 2010 ter griffie van het Gerecht ingediende opmerkingen van verzoekster en het BHIM over de door interveniënte voorgedragen nieuwe middelen,

gelet op de omstandigheid dat geen van de partijen om vaststelling van een terechtzitting heeft verzocht binnen een maand na de betekening van de sluiting van de schriftelijke behandeling, en dus op rapport van de rechter-rapporteur overeenkomstig artikel 135 bis van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht is besloten om zonder mondelinge behandeling uitspraak te doen,

het navolgende

Arrest

Feiten

- ¹ Op 29 april 1996 heeft verzoekster, Tresplain Investments Ltd, 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 beeldteken:



- 3 De waar waarvoor de inschrijving werd aangevraagd, behoort tot klasse 30 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. Hij is omschreven als volgt: „rijst”.
- 4 Op 4 februari 1999 werd verzoeksters gemeenschapsmerk ingeschreven onder nummer 241810 (hierna: „litigieuze gemeenschapsmerk”).

- 5 Op 5 augustus 2005 heeft interveniënte, Hoo Hing Holdings Ltd, een vordering tot nietigverklaring van het litigieuze gemeenschapsmerk ingesteld. In de eerste plaats heeft zij een beroep gedaan op artikel 51, lid 1, sub a, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 52, lid 1, sub a, van verordening nr. 207/2009], gelezen in samenhang met artikel 5 van verordening nr. 40/94 (thans artikel 5 van verordening nr. 207/2009), zoals van toepassing vóór 10 maart 2004, te weten de datum van inwerkingtreding van de nieuwe versie van dit artikel, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 422/2004 van de Raad van 19 februari 2004 tot wijziging van verordening nr. 40/94 (PB L 70, blz. 1). In de tweede plaats heeft zij artikel 51, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 52, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009] aangevoerd. In de derde plaats heeft zij een beroep gedaan op artikel 52, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 53, lid 1, sub c, van verordening nr. 207/2009], gelezen in samenhang met artikel 8, lid 4, van deze verordening (thans artikel 8, lid 4, van verordening nr. 207/2009). In dit verband heeft zij betoogd dat de regels inzake misbruik (passing off) haar in het Verenigd Koninkrijk het recht verleenden om het gebruik van het litigieuze gemeenschapsmerk te verbieden op basis van haar niet-ingeschreven beeldmerk dat hierna wordt afgebeeld en in het Verenigd Koninkrijk sinds 1988 door haar wordt gebruikt ter aanduiding van rijst (hierna: „oudere merk”):

金 象 牌
GOLDEN ELEPHANT



- 6 Bij beslissing van 16 april 2007 heeft de nietigheidsafdeling van het BHIM de vordering tot nietigverklaring afgewezen. Met betrekking tot de nietigheidsgrond van artikel 52, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94, gelezen in samenhang met artikel 8, lid 4, van deze verordening, heeft zij zich op het standpunt gesteld dat de relevante datum voor de beoordeling of interveniënte een ouder recht in de zin van artikel 8, lid 4, van verordening nr. 40/94 had verworven, de datum van indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze gemeenschapsmerk was, te weten 29 april 1996, en niet de datum waarop laatstgenoemd merk voor het eerst in het Verenigd Koninkrijk werd gebruikt. Zij was van mening dat interveniënte afdoende had aangetoond dat zij op die datum het oudere merk in het economisch verkeer had gebruikt en dat de betekenis ervan niet alleen plaatselijk was. Evenwel had interveniënte, gelet op het verwaarloosbare marktaandeel van de onder het oudere merk verkochte rijst, niet aangetoond dat het relevante publiek een „goodwill” (te weten de aantrekkingskracht die clientèle oplevert; zie punt 101 infra) had verbonden aan de waren waarop het oudere merk betrekking had. Interviënte heeft dus niet het bewijs geleverd dat de regeling inzake de vordering wegens misbruik haar het recht verleende om het gebruik van het litigieuze gemeenschapsmerk te verbieden.
- 7 Op 8 juni 2007 heeft interveniënte bij het BHIM beroep tegen de beslissing van de nietigheidsafdeling ingesteld.
- 8 Bij beslissing van 7 mei 2008 (hierna: „bestreden beslissing”) heeft de eerste kamer van beroep van het BHIM de beslissing van de nietigheidsafdeling vernietigd, het litigieuze gemeenschapsmerk nietig verklaard en verzoekster verwezen in de kosten.
- 9 De kamer van beroep was van mening dat was voldaan aan de voorwaarden van artikel 52, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94, gelezen in samenhang met artikel 8, lid 4, van deze verordening, en heeft het litigieuze gemeenschapsmerk op die grond nietig verklaard.

- 10 Zij heeft erop gewezen dat in het kader van een common law-vordering wegens misbruik, zoals ontwikkeld door de Engelse rechtspraak, degene die nietigverklaring vordert, het volgende moet aantonen: ten eerste dat hij goodwill of een reputatie op de markt heeft verworven onder het niet-ingeschreven merk en dat zijn waren door een onderscheidend element worden herkend, ten tweede dat er sprake is van een misleidende presentatie (opzettelijk of niet) door de houder van het gemeenschapsmerk waardoor het publiek denkt of kan denken dat de door de houder van het gemeenschapsmerk aangeboden waren die van de verzoeker in de nietigheidsprocedure zijn, en ten derde dat hij schade lijdt of dreigt te lijden wegens de verwarring voortvloeiende uit de misleidende presentatie door de houder van het gemeenschapsmerk.
- 11 De kamer van beroep heeft ingestemd met het standpunt van de nietigheidsafdeling dat de datum van indiening van de gemeenschapsmerkaanvraag de relevante datum is waarop de rechten op het oudere teken moeten zijn verworven.
- 12 Zij heeft met klem erop gewezen dat de door interveniënte overgelegde bewijselementen het bewijs leverden van een daadwerkelijke en ernstige commerciële activiteit waarbij speciale rijstsoorten onder het oudere merk in het Verenigd Koninkrijk werden ingevoerd en verkocht aan Chinese en Thaise restaurants. Het teken werd dus in het economisch verkeer gebruikt in de zin van artikel 8, lid 4, van verordening nr. 40/94.
- 13 De kamer van beroep heeft opgemerkt dat uit de door interveniënte overgelegde bewijzen blijkt dat het oudere merk was gebruikt in het Verenigd Koninkrijk (in Londen en in de nabijgelegen graafschappen Kent en Bedfordshire). Bovendien heeft een door interveniënte verstrekte plechtige verklaring bevestigd dat rijst werd verkocht aan klanten in andere grote steden van het Verenigd Koninkrijk, in het bijzonder Manchester, Liverpool, Birmingham, Glasgow en Bristol. Interviënte heeft dus aangetoond dat het gebruik van het oudere merk van meer dan alleen plaatselijke betekenis was in de zin van artikel 8, lid 4, van verordening nr. 40/94.

- 14 Interveniënte heeft aangetoond dat de betrokken rechten waren verworven vóór de datum van indiening van de gemeenschapsmerkaanvraag in de zin van artikel 8, lid 4, sub a, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 8, lid 4, sub a, van verordening nr. 207/2009).
- 15 Wat de voorwaarde van artikel 8, lid 4, sub b, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 8, lid 4, sub b, van verordening nr. 207/2009) betreft, volgens welke het niet-ingeschreven teken de houder ervan het recht moet verlenen om het gebruik van een later merk te verbieden, heeft de kamer van beroep het volgende vastgesteld.
- 16 Interveniënte heeft het bewijs geleverd dat op de datum van indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze gemeenschapsmerk sprake is van een toereikende goodwill, die in haar onderneming wordt opgewekt door de verkoop van speciale rijstsoorten. De nietigheidsafdeling had een hogere drempel voor het bewijs van goodwill vastgesteld dan die welke door het Engelse recht inzake de vordering wegens misbruik wordt geëist.
- 17 De kamer van beroep heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat het litigieuze gemeenschapsmerk een misleidende presentatie van het oudere merk vormde. Op dit punt heeft zij opgemerkt dat de betrokken waren dezelfde waren. Dit is eveneens het geval wat de woordelmente van de betrokken merken betreft. Deze merken zijn gelijk uit fonetisch en begripsmatig oogpunt en stemmen sterk overeen uit visueel oogpunt. Het is dus onvermijdelijk dat het publiek niet in staat is de betrokken tekens van elkaar te onderscheiden en dat de consumenten bij confrontatie met het oudere merk de door verzoekster onder het litigieuze gemeenschapsmerk verkochte rijst gelijkstellen met de door interveniënte in de handel gebrachte rijst.

- 18 Verder was zij van oordeel dat, aangezien interveniënte het bewijs had geleverd van het bestaan van goodwill in het Verenigd Koninkrijk voor het oudere merk, dat sterk leek op het litigieuze gemeenschapsmerk en betrekking had op dezelfde waren, redelijkerwijs kon worden geconcludeerd dat interveniënte schade dreigde te lijden.
- 19 Wat verder de vordering tot nietigverklaring betreft op grond van artikel 51, lid 1, sub a, van verordening nr. 40/94, gelezen in samenhang met artikel 5 van deze verordening, heeft de kamer van beroep in een „opmerking vooraf” gesteld dat deze niet-ontvankelijk was. In punt 19 van de bestreden beslissing heeft zij gepreciseerd dat, aangezien de vordering tot nietigverklaring op 5 augustus 2005 was ingesteld, de toepasselijke versie van verordening nr. 40/94 de versie was met de wijzigingen aan de absolute nietigheidsgronden door verordening nr. 422/2004, en dat het toepasselijke nieuwe artikel 51, lid 1, sub a, van verordening nr. 40/94 uitsluitend verwees naar artikel 7 van verordening nr. 40/94 (thans artikel 7 van verordening nr. 207/2009) inzake absolute weigeringsgronden, en niet meer naar artikel 5 van deze verordening inzake de houders van gemeenschapsmerken.
- 20 Ten slotte heeft de kamer van beroep in de bestreden beslissing het argument van interveniënte inzake artikel 51, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 niet onderzocht.
- 21 Op 1 augustus 2008 heeft interveniënte bij het Gerecht beroep tegen de bestreden beslissing ingesteld. In het kader van dit beroep vorderde zij vernietiging van de bestreden beslissing voor zover de kamer van beroep had geconcludeerd tot de niet-ontvankelijkheid van het middel dat was ontleend aan de nietigheidsgrond van artikel 51, lid 1, sub a, van verordening nr. 40/94. Tevens heeft zij verzocht om herziening van de bestreden beslissing zodat haar middelen inzake de nietigheidsgronden van respectievelijk artikel 51, lid 1, sub a en b, van verordening nr. 40/94 ontvankelijk en gegrond worden verklaard, alsmede om herziening van de bestreden beslissing zodat

het litigieuze gemeenschapsmerk op grond van een van deze aanvullende middelen, of op grond van beide nietig wordt verklaard.

- ²² Het Gerecht heeft dit beroep niet-ontvankelijk verklaard [beschikking Gerecht van 14 juli 2009, Hoo Hing/BHIM — Tresplain Investments (Golden Elephant Brand), T-300/08, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie]. Het Gerecht heeft in wezen vastgesteld dat overeenkomstig artikel 63, lid 4, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 65, lid 4, van verordening nr. 207/2009) Hoo Hing geen beroep voor het Gerecht kon instellen, aangezien zij door de beslissing van de kamer van beroep volledig in het gelijk was gesteld (beschikking Golden Elephant Brand, reeds aangehaald, punt 37).

Conclusies van partijen

- ²³ In het verzoekschrift concludeert verzoekster dat het het Gerecht behage:

- de bestreden beslissing te vernietigen;

- het BHIM te verwijzen in de kosten.

- ²⁴ In zijn memorie van antwoord concludeert het BHIM dat het het Gerecht behage:

- het beroep te verwerpen;

- verzoekster te verwijzen in de kosten.

25 In haar memorie van antwoord concludeert interveniënte dat het het Gerecht behage:

- het beroep te verwerpen;

- bovendien, of subsidiair, de bestreden beslissing te vernietigen met betrekking tot de vaststelling dat de passende datum voor de beoordeling van het misbruik de datum van indiening van de gemeenschapsmerkaanvraag is, en niet de datum van het eerste gebruik van het gemeenschapsmerk;

- verder, of subsidiair, de bestreden beslissing te herzien teneinde vast te stellen dat de passende datum voor de beoordeling van het misbruik de datum van het eerste gebruik van het gemeenschapsmerk is, en niet de datum van indiening van de gemeenschapsmerkaanvraag;

- het BHIM of verzoekster te verwijzen in de kosten of, subsidiair, het BHIM en verzoekster hoofdelijk te verwijzen in de kosten.

26 In haar memorie waarin nieuwe middelen worden voorgedragen, concludeert interveniënte voorts dat het het Gerecht behage:

- de bestreden beslissing te vernietigen voor zover daarbij wordt geconcludeerd tot de niet-ontvankelijkheid van het middel ontleend aan de nietigheidsgrond van artikel 51, lid 1, sub a, van verordening nr. 40/94;

- verder, of subsidiair, de bestreden beslissing te herzien zodat het middel ontleend aan de nietigheidgrond van artikel 51, lid 1, sub a, van verordening nr. 40/94 ontvankelijk en gegrond wordt verklaard;

- de bestreden beslissing te herzien zodat het middel ontleend aan de nietigheidgrond van artikel 51, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 ontvankelijk en gegrond wordt verklaard;

- voor zover de bestreden beslissing wordt herzien in de gevraagde zin, deze beslissing eveneens te herzien zodat het litigieuze gemeenschapsmerk op grond van een van deze aanvullende middelen, of op grond van beide wordt nietig verklaard;

- het BHIM of verzoekster te verwijzen in de kosten of, subsidiair, het BHIM en verzoekster hoofdelijk te verwijzen in de kosten.

²⁷ In haar schriftelijke opmerkingen over de nieuwe middelen concludeert verzoekster dat het het Gerecht behage:

— de nieuwe rechtsmiddelen af te wijzen;

— interveniënte te verwijzen in de kosten.

28 In zijn schriftelijke opmerkingen over de nieuwe middelen concludeert het BHIM dat het het Gerecht behage:

- de nieuwe rechtsmiddelen niet-ontvankelijk te verklaren;

- subsidiair, de nieuwe rechtsmiddelen ongegrond te verklaren;

- interveniënte te verwijzen in de kosten.

In rechte

29 Wat allereerst het door interveniënte ingediende verzoek om voeging van de onderhavige zaak met zaak T-300/08 voor de mondelinge behandeling en het arrest betreft, volstaat de vaststelling dat dit verzoek zonder voorwerp is geraakt wegens de niet-ontvankelijkverklaring van het beroep in zaak T-300/08 (beschikking Golden Elephant Brand, punt 22 supra).

1. Vorderingen van verzoekster

30 Tot staving van haar beroep voert verzoekster twee middelen aan, te weten schending van de artikelen 73 en 74 van verordening nr. 40/94 (thans artikelen 75 en 76 van verordening nr. 207/2009) en schending van artikel 8, lid 4, van verordening nr. 40/94.

Eerste middel: schending van de artikelen 73 en 74 van verordening nr. 40/94

Eerste onderdeel van het eerste middel: schending van artikel 74 van verordening nr. 40/94

— Argumenten van partijen

- ³¹ In het kader van het eerste onderdeel van het eerste middel betoogt verzoekster dat de kamer van beroep heeft geweigerd rekening te houden met relevante feiten, bewijzen en argumenten, die tijdig door verzoekster waren overgelegd. Daardoor heeft zij artikel 74 van verordening nr. 40/94, in het bijzonder lid 2 ervan (thans artikel 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009), geschonden.
- ³² In het bijzonder heeft de kamer van beroep geweigerd rekening te houden met verzoeksters argumenten inzake:

— de betwisting van de „bewijzen” die interveniënte zou hebben overgelegd;

— het feit dat interveniënte geen bewijzen heeft verstrekt met betrekking tot het gewicht en het belang van de reputatie of de goodwill die door het gebruik zou zijn verworven;

- het ontbreken van werkelijke gevallen van verwarring of van gevaar voor verwarring van de betrokken merken. De kamer van beroep heeft met name niet in aanmerking genomen dat interveniënte (evenmin als haar klanten) nooit iets had ondernomen tegen verzoekster, terwijl men het erover eens is dat er sinds november 2003 sprake was van parallelle verkoop van de waren van de twee partijen, te weten onder de betrokken merken verkochte rijst, op de markt van het Verenigd Koninkrijk.

- 33 De kamer van beroep heeft ook geweigerd de door verzoekster in haar schriftelijke opmerkingen overgelegde bewijzen inzake het ontbreken van verwarringsgevaar in aanmerking te nemen.

- 34 Aldus heeft de kamer van beroep in ruime mate geweigerd rekening te houden met verzoeksters opmerkingen van 3 februari 2006, 31 oktober 2007 en 1 april 2008.

- 35 De kamer van beroep heeft de marktaandelen niet beoordeeld en heeft geen rekening gehouden met de door verzoekster overgelegde bewijselementen waaruit blijkt dat jaarlijks gemiddeld 500 000 ton rijst in het Verenigd Koninkrijk wordt ingevoerd.

- 36 Het BHIM en interveniënte concluderen tot afwijzing van dit onderdeel van het eerste middel. Het BHIM stelt met name dat dit middel niet-ontvankelijk is, aangezien verzoekster onvoldoende duidelijk aangeeft welke argumenten of bewijzen die zij tijdens de administratieve procedure heeft aangevoerd of overgelegd, buiten beschouwing zijn gelaten door de kamer van beroep. In elk geval is dit onderdeel van het

eerste middel ongegrond, aangezien de kamer van beroep alle opmerkingen van partijen heeft onderzocht.

— Beoordeling door het Gerecht

- ³⁷ Volgens artikel 21 van het Statuut van het Hof van Justitie en artikel 44, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, moet het verzoekschrift in het bijzonder het „voorwerp van het geschil” en een „summiere uiteenzetting van de aangevoerde middelen” bevatten. Volgens artikel 48, lid 2, van bedoeld Reglement „[mogen] nieuwe middelen in de loop van het geding niet worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken”. Blijkens deze bepalingen moet ieder middel dat in het inleidend verzoekschrift onvoldoende is uiteengezet als niet-ontvankelijk worden aangemerkt (arrest Gerecht van 14 december 2005, Honeywell/Commissie, T-209/01, Jurispr. blz. II-5527, punt 54).
- ³⁸ Volgens vaste rechtspraak wordt voor de ontvankelijkheid van een beroep verlangd, dat de wezenlijke elementen, feitelijk en rechtens, waarop het beroep is gebaseerd, op zijn minst summier, maar coherent en begrijpelijk zijn weergegeven in de tekst van het verzoekschrift zelf (zie arrest Honeywell/Commissie, punt 37 supra, punt 56, en aldaar aangehaalde rechtspraak). Ofschoon het verzoekschrift op specifieke punten kan worden vervolledigd en aangevuld met verwijzingen naar passages in bijgevoegde stukken, kan een algemene verwijzing naar andere geschriften, ook al zijn die bij het verzoekschrift gevoegd, in dat verband geen alternatief zijn voor de vermelding van de essentiële elementen van het betoog rechtens, die volgens voornoemde bepalingen in het verzoekschrift moeten staan. Bovendien is het niet de taak van het Gerecht om in de bijlagen de middelen en argumenten op te sporen en te identificeren die het als grondslag voor het beroep zou kunnen beschouwen, daar de bijlagen slechts als bewijsmiddel en documentatie dienen (zie arrest Honeywell/Commissie, punt 37 supra, punt 57, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 39 Bovendien bepaalt artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 76, lid 1, van verordening nr. 207/2009) dat het BHIM ambtshalve de feiten onderzoekt en dat in procedures inzake relatieve weigeringsgronden dit onderzoek echter beperkt blijft tot de door de partijen aangevoerde feiten, bewijsmiddelen en argumenten en tot de door hen ingestelde vordering. Volgens lid 2 van ditzelfde artikel hoeft het BHIM geen rekening te houden met feiten en bewijsmiddelen die de partijen niet tijdig hebben aangevoerd.
- 40 Verzoekster betoogt in wezen dat de kamer van beroep deze procedureregels heeft geschonden door te weigeren bepaalde door verzoekster aangevoerde argumenten of bewijsmiddelen in aanmerking te nemen, terwijl niet was voldaan aan de voorwaarden van artikel 74, lid 2, daar verzoekster al deze elementen tijdig had overgelegd.
- 41 In casu dient te worden vastgesteld dat bepaalde argumenten die verzoekster ter staving van dit onderdeel van het eerste middel heeft aangevoerd, onvoldoende nauwkeurig in het verzoekschrift werden uiteengezet. Zo heeft verzoekster in het verzoekschrift niet uitgelegd welke argumenten zij in de administratieve procedure had aangevoerd met betrekking tot de betwisting van de door interveniënte overgelegde bewijselementen. Evenmin heeft zij aangegeven welke in haar memories van 3 februari 2006, 31 oktober 2007 en 1 april 2008 aangevoerde argumenten de kamer van beroep had geweigerd in aanmerking te nemen.
- 42 Niettemin werd een deel van verzoeksters argumenten ter staving van dit onderdeel van het eerste middel voldoende duidelijk in het verzoekschrift uiteengezet. Aldus blijkt uit het verzoekschrift dat verzoekster de kamer van beroep verwijt, geen rekening te hebben gehouden met haar betoog volgens hetwelk interveniënte geen bewijzen had verstrekt met betrekking tot het gewicht en het belang van de reputatie of de goodwill die door het gebruik zou zijn verworven. Tevens blijkt uit het verzoekschrift dat verzoekster van mening is dat de kamer van beroep heeft geweigerd rekening te houden met haar betoog dat er geen gevaar voor verwarring van de betrokken

merken bestaat. Verder verwijt verzoekster de kamer van beroep expliciet dat zij geen rekening heeft gehouden met haar argument dat elk jaar gemiddeld 500 000 ton rijst in het Verenigd Koninkrijk wordt ingevoerd. Met betrekking tot deze argumenten is de inhoud van het betoog op zijn minst summier in het verzoekschrift weergegeven.

- 43 Het eerste onderdeel van het eerste middel, volgens hetwelk de kamer van beroep een procedurefout heeft begaan door te weigeren rekening te houden met een deel van verzoeksters argumenten zonder dat was voldaan aan de voorwaarden voor een dergelijke weigering, kan dus niet als zodanig niet-ontvankelijk worden geacht. Enkel een aantal argumenten die ter staving van dit onderdeel werden aangevoerd, zijn niet-ontvankelijk, daar zij onvoldoende duidelijk in het verzoekschrift werden uiteengezet (zie punt 41 supra).
- 44 Met betrekking tot de gegrondheid van het eerste onderdeel van het eerste middel dient op het volgende te worden gewezen. Zoals het BHIM beklemtoont, blijkt geenszins uit de bestreden beslissing of uit de briefwisseling tussen hem en verzoekster dat het heeft geweigerd rekening te houden met door verzoekster aangevoerde feiten, bewijzen en argumenten.
- 45 De kamer van beroep heeft in de punten 3, 5, 14 en 16 van de bestreden beslissing het betoog van verzoekster samengevat, waarbij alle memories die verzoekster tijdens de administratieve procedure had neergelegd, worden weergegeven.
- 46 In dit kader dient erop te worden gewezen dat de kamer van beroep niet verplicht is haar standpunt te bepalen over alle argumenten die partijen hebben aangevoerd. Zij kan volstaan met een uiteenzetting van de feiten en juridische overwegingen die in

het bestek van de beslissing van wezenlijk belang zijn (zie, in die zin, arrest Hof van 11 januari 2007, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie, C-404/04 P, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 30). Hieruit volgt dat de omstandigheid dat de kamer van beroep niet alle argumenten van een partij heeft overgenomen of niet op elk van deze argumenten heeft geantwoord, op zich niet volstaat voor de vaststelling dat de kamer van beroep heeft geweigerd deze in aanmerking te nemen.

- 47 In casu heeft de kamer van beroep in punt 14 van de bestreden beslissing opgemerkt dat verzoekster had aangevoerd dat het marktaandeel van interveniënte te zwak was om goodwill aan te tonen, en in punt 16 van de bestreden beslissing dat verzoekster had betoogd dat interveniënte niet het bewijs van het bestaan van goodwill had geleverd. Verder heeft zij verzoeksters argumenten inzake het zwakke marktaandeel van interveniënte in de punten 3 en 14 van de bestreden beslissing samengevat.
- 48 In de punten 40 tot en met 43 van de bestreden beslissing heeft de kamer van beroep onderzocht of interveniënte het bestaan van goodwill rechtens afdoende had aangetoond, en er is geen reden om aan te nemen dat de kamer van beroep heeft geweigerd rekening te houden met alle argumenten van verzoekster op dit punt.
- 49 Wat verzoeksters argument betreft dat de kamer van beroep geen rekening heeft gehouden met de door verzoekster overgelegde argumenten en bewijzen inzake het ontbreken van gevaar voor verwarring van de betrokken merken, dient het volgende te worden opgemerkt. Het is juist dat in de samenvatting van verzoeksters betoog in de bestreden beslissing geen enkel argument inzake het ontbreken van verwarringsgevaar is opgenomen. Evenwel dient met klem erop te worden gewezen dat verzoekster in de administratieve procedure geen betoog inzake het ontbreken van verwarringsgevaar heeft ontwikkeld. Verzoekster heeft in haar memorie van 31 oktober 2007 louter gewezen op het zwakke marktaandeel van interveniënte en vervolgens gesteld dat er „geen sprake [kon] zijn van goodwill, misleidende presentatie of schade”, dat er „geen sprake was van misleidende presentatie en geen schade was veroorzaakt” en, in

haar memorie van 1 april 2008, dat interveniënte „geen [...] misleidende presentatie of schade [had] kunnen aantonen”.

50 De kamer van beroep heeft in de punten 44 tot en met 47 van de bestreden beslissing onderzocht of er sprake was van een misleidende presentatie. Aangezien verzoekster in de administratieve procedure louter het bestaan ervan had betwist, zonder haar betoog uit te werken, betekent het enkele feit dat de kamer van beroep het bestaan van een misleidende presentatie heeft onderzocht, dat zij rekening heeft gehouden met verzoeksters betoog.

51 Wat het argument betreft dat de kamer van beroep met name niet in aanmerking heeft genomen dat interveniënte (evenmin als haar klanten) nooit iets had ondernomen tegen verzoekster, terwijl er sinds november 2003 sprake was van parallelle verkoop op de markt, dient erop te worden gewezen dat verzoekster niet heeft gesteund op deze omstandigheden in haar betoog in de administratieve procedure. Bijgevolg kan er geen sprake zijn van een weigering om rekening te houden met argumenten die verzoekster in de administratieve procedure heeft aangevoerd.

52 Wat het argument betreft dat de invoer van rijst in het Verenigd Koninkrijk gemiddeld 500 000 ton per jaar bedroeg, dient te worden vastgesteld dat de kamer van beroep dit argument expliciet heeft vermeld in punt 3 van de bestreden beslissing. Zij heeft evenwel in punt 26 van de bestreden beslissing opgemerkt dat zelfs kleine ondernemingen een goodwill konden hebben. Bijgevolg was het volgens de kamer van beroep niet nodig om het precieze marktaandeel van interveniënte vast te stellen. Dat de kamer van beroep het marktaandeel van interveniënte niet heeft berekend op basis van de door verzoekster verstrekte bewijselementen inzake de totale omvang van de markt betekent dus niet dat de kamer van beroep heeft geweigerd een deel van de door verzoekster aangevoerde argumenten of bewijselementen in aanmerking te nemen in strijd met artikel 74 van verordening nr. 40/94. Dat geen precies marktaandeel

van interveniënte werd vastgesteld, is te begrijpen door het feit dat dit marktaandeel in het bestek van de bestreden beslissing niet van wezenlijk belang was.

- 53 Uit het voorgaande volgt dat de kamer van beroep niet heeft geweigerd, de door verzoekster in de administratieve procedure aangevoerde argumenten in aanmerking te nemen. Verzoeksters betoog mist dus feitelijke grondslag, zodat het eerste onderdeel van het eerste middel dient te worden afgewezen.

Tweede onderdeel van het eerste middel: schending van artikel 73 en artikel 74, lid 1, in fine, van verordening nr. 40/94

— Argumenten van partijen

- 54 In het kader van het tweede onderdeel van het eerste middel betoogt verzoekster dat de kamer van beroep zich in de bestreden beslissing heeft gebaseerd op vermeende „feiten” en op vermoedens en beweringen in rechte die door partijen niet waren aangevoerd of gestaafd. Aldus heeft zij artikel 73 en artikel 74, lid 1, in fine, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 76, lid 1, in fine, van verordening nr. 207/2009) geschonden.
- 55 In de eerste plaats heeft de kamer van beroep het Engelse recht inzake de vordering wegens misbruik onjuist omschreven of, subsidiair, onjuist toegepast op het onderhavige geval.

- 56 In de tweede plaats heeft de kamer van beroep „vaststellingen uitgevonden” en zich gebaseerd op theoretische beschouwingen en veronderstellingen ter staving van haar vaststellingen inzake het gevaar voor verwarring van de betrokken merken.
- 57 In de derde plaats heeft de kamer van beroep ten onrechte het bestaan van schade vastgesteld, ondanks het ontbreken van bewijs of van bevestiging inzake het bestaan van dergelijke schade.
- 58 Interveniente heeft niet aangetoond dat zij goodwill heeft verworven. Haar markt-aandeel op de markt van rijst in het Verenigd Koninkrijk was te zwak om goodwill te verwerven.
- 59 Verder heeft de kamer van beroep blijk gegeven van een onjuiste opvatting door geen rekening te houden met de anatomische, esthetische en artistieke verschillen wat de weergave van de olifantenkoppen in de betrokken merken betreft.
- 60 De kamer van beroep heeft geen rekening gehouden met het feit dat de meeste bewijselementen van interveniente niet aantoonden dat het oudere merk in de betrokken periode voor rijst werd gebruikt. Zo verwijzen de kasregisterrollen enkel naar rijst „G/E” of „GE”, en niet naar het oudere merk.
- 61 Verzoekster is van mening dat het betoog van de kamer van beroep in punt 40 van de bestreden beslissing onlogisch is, voor zover deze zich op het standpunt heeft gesteld dat „de nietigheidsafdeling een hogere drempel [had] vastgesteld dan die welke door het Engelse recht inzake de vordering wegens misbruik wordt geëist”, maar niet heeft ingestemd met de conclusie van de nietigheidsafdeling dat misbruik niet was aangetoond.

- 62 Verzoekster stelt dat de kamer van beroep over geen enkele feitelijke grondslag beschikte om in punt 43 van de bestreden beslissing vast te stellen dat het „zeer onwaarschijnlijk [was] dat de na de datum van indiening geregistreerde groei van de verkoop van dien aard zou zijn geweest zonder de door de onderneming op die datum opgewekte goodwill”. Verder was de kamer van beroep onvoldoende strikt door de uitdrukking „door de onderneming opgewekte goodwill” te hanteren.
- 63 Het BHIM en interveniënte vorderen afwijzing van dit onderdeel van het eerste middel.

— Beoordeling door het Gerecht

- 64 Eerst dient de schending van artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94 te worden onderzocht, en vervolgens die van artikel 73, tweede volzin, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 75, tweede volzin, van verordening nr. 207/2009).
- 65 Volgens artikel 74, lid 1, in fine, van verordening nr. 40/94 blijft in procedures inzake relatieve weigeringsgronden het onderzoek beperkt tot de door de partijen aangevoerde feiten, bewijsmiddelen en argumenten en tot de door hen ingestelde vordering. Artikel 74, lid 1, in fine, van verordening nr. 40/94 is ingevolge artikel 52 van deze verordening eveneens van toepassing op nietigheidsprocedures waarin een relatieve nietigheidsgrond aan de orde is [arrest Gerecht van 25 mei 2005, TeleTech Holdings/ BHIM — Teletech International (TELETECH GLOBAL VENTURES), T-288/03, Jurispr. blz. II-1767, punt 65]. In nietigheidsprocedures inzake een relatieve nietigheidsgrond dient derhalve de partij die de vordering tot nietigverklaring heeft ingesteld op basis van een ouder nationaal merk, het bestaan en, in voorkomend geval, de beschermingsomvang ervan te bewijzen [zie, in die zin, arrest Gerecht van 20 april 2005,

Atomic Austria/BHIM — Fabricas Agrupadas de Muñecas de Onil (ATOMIC BLITZ), T-318/03, Jurispr. blz. II-1319, punt 33].

- 66 Daarentegen moet het BHIM onderzoeken of in het kader van een nietigheidsprocedure de voorwaarden voor toepassing van een aangevoerde nietigheidsgrond zijn vervuld. In dit kader dient het BHIM de realiteit van de aangevoerde feiten en de bewijskracht van de door partijen aangevoerde elementen te beoordelen (zie, in die zin, arrest ATOMIC BLITZ, punt 65 supra, punt 34).
- 67 Het is mogelijk dat het BHIM met name rekening moet houden met het nationale recht van de lidstaat waarin het oudere merk waarop de vordering tot nietigverklaring is gebaseerd, wordt beschermd. In dit geval moet het ambtshalve, met de middelen die hem nuttig lijken, inlichtingen inwinnen over het nationale recht van de betrokken lidstaat, wanneer deze inlichtingen nodig zijn voor de beoordeling van de voorwaarden voor toepassing van de betrokken nietigheidsgrond, en in het bijzonder voor de beoordeling van de realiteit van de aangevoerde feiten of van de bewijskracht van de overgelegde stukken. De beperking van de feitelijke grondslag van het onderzoek door het BHIM sluit immers niet uit dat het BHIM, behalve met de feiten die door de partijen bij de nietigheidsprocedure expliciet naar voren zijn gebracht, tevens rekening houdt met algemeen bekende feiten, dat wil zeggen feiten die voor een ieder kenbaar zijn of die kenbaar zijn via algemeen toegankelijke bronnen (zie, in die zin, arrest ATOMIC BLITZ, punt 65 supra, punt 35).
- 68 De argumenten van verzoekster dienen tegen de achtergrond van deze overwegingen te worden onderzocht.
- 69 Wat om te beginnen het argument betreft dat de kamer van beroep het Engelse recht inzake de vordering wegens misbruik onjuist heeft omschreven of, subsidiair, onjuist heeft toegepast op het onderhavige geval, dient te worden vastgesteld dat een onjuiste uitlegging of toepassing van het nationale recht van een lidstaat blijk kan geven van

een onjuiste rechtsopvatting, maar geen schending van artikel 74, lid 1, in fine, van verordening nr. 40/94 kan uitmaken. Aangezien het BHIM ambtshalve moet beoordelen of de voorwaarden voor toepassing van een aangevoerde nietigheidsgrond zijn vervuld en, in voorkomend geval, ambtshalve inlichtingen moet inwinnen over het recht van de betrokken lidstaat, kan een eventuele onjuiste uitlegging of toepassing van het nationale recht niet worden beschouwd als een schending van de grenzen van het geding tussen partijen.

- 70 Wat vervolgens verzoeksters argument betreft dat de kamer van beroep „vaststellingen [heeft] uitgevonden” en zich heeft gebaseerd op theoretische beschouwingen en veronderstellingen ter staving van haar vaststellingen inzake het gevaar voor verwar- ring van de betrokken merken, dient op het volgende te worden gewezen. De kamer van beroep heeft in de punten 44 tot en met 47 van de bestreden beslissing onder- zocht — zoals zij moest doen — of was voldaan aan een van de voorwaarden van een vordering wegens misbruik, te weten het bestaan van een misleidende presentatie van het oudere merk. In dit verband heeft zij eerst in punt 44 van de bestreden beslissing het nationale recht uiteengezet, om dit vervolgens op het concrete geval toe te passen in de punten 45 tot en met 47 van de bestreden beslissing.
- 71 Aangezien de kamer van beroep diende te onderzoeken of het door interveniënte aangevoerde oudere teken het recht verleende om het gebruik van een later merk te verbieden in de zin van artikel 8, lid 4, sub b, van verordening nr. 40/94, moest zij onderzoeken of er sprake was van een misleidende presentatie waardoor het publiek kon denken dat de door verzoekster aangeboden waren die van interveniënte waren. Dat de kamer van beroep in punt 47 van de bestreden beslissing vaststellingen heeft verricht als de vaststelling dat „het onvermijdelijk is dat het publiek de rijst en de merken ervan niet kan onderscheiden” of dat „er zeker sprake is van misleidende presentatie”, kan dus niet worden beschouwd als een schending van de grenzen van het geding tussen partijen. Verzoeksters betoog op dit punt betreft in werkelijkheid geen schending van artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94, maar een onjuiste

rechtsopvatting van de kamer van beroep bij de toepassing van het nationale recht, gelezen in samenhang met artikel 8, lid 4, van verordening nr. 40/94.

- 72 Met betrekking tot het argument dat de kamer van beroep ten onrechte het bestaan van schade heeft vastgesteld, ondanks het ontbreken van bewijs of van bevestiging inzake het bestaan van dergelijke schade, dient te worden opgemerkt dat de kamer van beroep moest onderzoeken of was voldaan aan de voorwaarden van een vordering wegens misbruik volgens het recht van het Verenigd Koninkrijk. Dat zij in punt 49 van de bestreden beslissing van mening was dat redelijkerwijs kon worden geconcludeerd dat interveniënte schade in de vorm van rechtstreeks of onrechtstreeks verlies van verkopen dreigde te lijden, maakt geen schending van artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94 uit.
- 73 Met haar argument dat interveniënte de verwerving van goodwill niet heeft aangetoond en haar marktaandeel te zwak was, betoogt verzoekster in feite dat de kamer van beroep blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting in het kader van de beoordeling van de goodwill, en niet dat deze laatste artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94 heeft geschonden door rekening te houden met feiten of bewijsstukken die niet door partijen waren overgelegd.
- 74 Wat verzoeksters argument betreft dat de kamer van beroep blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting door geen rekening te houden met de anatomische, esthetische en artistieke verschillen van de weergave van een olifantenkop in de betrokken merken, dient te worden opgemerkt dat dit argument in werkelijkheid betrekking heeft op een onjuiste rechtsopvatting van de kamer van beroep bij de beoordeling van het bestaan van een misleidende presentatie, en niet op een schending van artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94.

- 75 Met haar argument dat de kamer van beroep geen rekening heeft gehouden met het feit dat de meeste bewijselementen van interveniënte niet aantoonen dat het oudere merk in de betrokken periode voor rijst werd gebruikt, verwijt verzoekster de kamer van beroep in feite dat zij de door interveniënte overgelegde bewijzen onjuist heeft beoordeeld. Een dergelijk betoog heeft betrekking op een onjuiste opvatting van de kamer van beroep, en niet op een schending van artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94.
- 76 Verzoeksters argument dat het betoog van de kamer van beroep onlogisch is (zie punt 61 supra) betreft eveneens een vermeende onjuiste rechtsopvatting en niet een schending van artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94.
- 77 Wat verzoeksters argument betreft dat de kamer van beroep zich op geen enkel feit baseerde voor haar vaststelling in punt 43 van de bestreden beslissing dat het „zeer weinig waarschijnlijk [was] dat de na de datum van indiening geregistreerde groei van de verkoop van dien aard zou zijn geweest zonder de door de onderneming op die datum opgewekte goodwill”, dient op het volgende te worden gewezen. De kamer van beroep moest vaststellen of interveniënte goodwill had verworven zoals vereist door het recht van het Verenigd Koninkrijk in het kader van een vordering wegens misbruik. Indien de kamer van beroep heeft geconcludeerd tot het bestaan van een goodwill zonder afdoende feitelijke grondslag, gaat het om een onjuiste opvatting. Verzoekster stelt niet dat de kamer van beroep zich heeft gebaseerd op feiten die niet door partijen waren aangevoerd, maar dat de kamer van beroep ongegronde conclusies heeft getrokken uit de feitelijke elementen die voor haar waren aangevoerd.
- 78 Wat ten slotte verzoeksters argument betreft dat de kamer van beroep niet strikt genoeg was door de uitdrukking „door de onderneming opgewekte goodwill” te hantieren, dient te worden opgemerkt dat dit argument in werkelijkheid ziet op een onjuiste rechtsopvatting van de kamer van beroep.

79 Hieruit volgt dat verzoeksters argumenten in werkelijkheid geen betrekking hebben op een schending van artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94, maar op onjuiste rechtsopvattingen van de kamer van beroep bij de toepassing van het nationale recht of op onjuiste opvattingen. Deze argumenten zullen dus in het kader van het tweede middel worden onderzocht.

80 Wat de schending van artikel 73 van verordening nr. 40/94 betreft, dient eraan te worden herinnerd dat overeenkomstig artikel 73, tweede volzin, van verordening nr. 40/94 de beslissingen van het BHIM slechts kunnen worden genomen op gronden waartegen de partijen verweer hebben kunnen voeren.

81 In dit verband dient te worden gepreciseerd dat de beoordeling van de feiten deel uitmaakt van het nemen van de beslissing. Het recht om te worden gehoord heeft betrekking op alle gegevens, feitelijk of rechtens, waarop de beslissing is gebaseerd, maar niet op de beslissing die het bestuursorgaan voornemens is te nemen [zie arrest Gerecht van 7 juni 2005, Lidl Stiftung/BHIM — REWE-Zentral (Salvita), T-303/03, Jurispr. blz. II-1917, punt 62, en aldaar aangehaalde rechtspraak]. De kamer van beroep was dan ook niet verplicht, verzoekster te horen omtrent de beoordeling van de feitelijke en juridische gegevens waarop zij haar beslissing heeft gebaseerd. Zij heeft derhalve artikel 73 van verordening nr. 40/94 niet geschonden.

82 Gelet op een en ander moet het tweede onderdeel van het eerste middel, en dus het eerste middel in zijn geheel, worden afgewezen.

Tweede middel: schending van artikel 8, lid 4, van verordening nr. 40/94

Argumenten van partijen

- ⁸³ Verzoekster betoogt dat de kamer van beroep in punt 26 van de bestreden beslissing ten onrechte heeft gesteld dat de goodwill enkel zwak wordt geacht wanneer de onderneming geen vaste vestiging heeft. Verder heeft de kamer van beroep ten onrechte gesteld dat het volgens het Engelse recht vereiste bewijsniveau niet hetzelfde is als dat voor het door gebruik verkregen onderscheidend vermogen. Verzoekster is van mening dat het volgens het Engelse recht vereiste bewijsniveau hetzelfde is voor alle burgerlijke zaken.
- ⁸⁴ Dat interveniënte rechtens afdoende het bewijs van elk aspect van de voorwaarden voor een vordering wegens misbruik had moeten leveren, is door de kamer van beroep veronachtzaamd of slecht uitgelegd. De kamer van beroep heeft enkel in de punten 47 tot en met 49 van de bestreden beslissing vaststellingen geformuleerd met betrekking tot het bestaan van verwarringsgevaar en van schade, hoewel deze door geen enkel bewijsstuk werden gestaafd.
- ⁸⁵ Verder heeft de kamer van beroep blijk gegeven van een onjuiste opvatting of van onbegrip met betrekking tot de aard van de waar. Het litigieuze gemeenschapsmerk is ingeschreven voor rijst, zonder de rijstsoort nader aan te duiden. In de bestreden beslissing verwijst de kamer van beroep op verschillende plaatsen naar het feit dat interveniënte speciale rijstsoorten leverde. Zij heeft zich evenwel vervolgens op het standpunt gesteld dat interveniënte houder was van rechten voor rijst en dat de door de betrokken merken beschermde waren dezelfde waren. Aldus heeft zij ten onrechte voor bepaalde aspecten van de zaak geoordeeld dat de activiteit van interveniënte een

nicheactiviteit was die speciale rijstsoorten betrof, terwijl zij in andere delen van de bestreden beslissing van mening was dat de betrokken waar rijst in het algemeen was en de markt die van rijst in het algemeen.

- ⁸⁶ Er zijn voldoende visuele en begripsmatige verschillen tussen de betrokken merken wat de tekening van de olifant betreft, en de kamer van beroep had deze in aanmerking moeten nemen.
- ⁸⁷ Verder hebben de betrokken merken gedurende meerdere jaren vreedzaam op de markt gecoëxisteerd zonder dat enig geval van verwarring de aandacht van partijen heeft getrokken.
- ⁸⁸ Het BHIM en interveniënte vorderen afwijzing van het tweede middel.

Beoordeling door het Gerecht

— Opmerkingen vooraf

- ⁸⁹ Volgens artikel 52, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94 wordt het gemeenschapsmerk op vordering bij het BHIM nietig verklaard wanneer er een in artikel 8, lid 4,

bedoeld ouder recht bestaat en aan de in dat lid genoemde voorwaarden is voldaan. Artikel 8, lid 4, van verordening nr. 40/94 bepaalt dat na oppositie door de houder van een niet-ingeschreven merk of een ander in het economisch verkeer gebruikt teken van meer dan alleen plaatselijke betekenis, inschrijving van het aangevraagde merk wordt geweigerd indien en voor zover krachtens het voor dat teken geldende recht van de lidstaat de rechten op dit teken verworven zijn vóór de datum van indiening van de gemeenschapsmerkaanvraag en dit teken de houder ervan het recht verleent om het gebruik van een later merk te verbieden.

- 90 In hun onderlinge samenhang beschouwd, volgt uit deze twee bepalingen dat de houder van een niet-ingeschreven merk van meer dan alleen plaatselijke betekenis de nietigverklaring van een later gemeenschapsmerk kan vorderen, indien en voor zover krachtens het geldende recht van de lidstaat rechten op dit teken verworven zijn vóór de datum van indiening van de gemeenschapsmerkaanvraag en dit teken de houder ervan het recht verleent om het gebruik van een later merk te verbieden.
- 91 Bij de toepassing van artikel 8, lid 4, van verordening nr. 40/94 dient de kamer van beroep zowel rekening te houden met de nationale wettelijke regeling die van toepassing is krachtens de door deze bepaling gedane verwijzing, als met de rechterlijke beslissingen die in de betrokken lidstaat zijn geweest. Gelet hierop moet degene die nietigverklaring vordert aantonen dat het betrokken teken valt binnen de werkingssfeer van het aangevoerde recht van de lidstaat en dat dit teken het recht verleent om het gebruik van een later merk te verbieden [arrest Gerecht van 11 juni 2009, Last Minute Network/BHIM — Last Minute Tour (LAST MINUTE TOUR), T-114/07 en T-115/07, Jurispr. blz. II-1919, punt 47; zie ook, naar analogie, arrest Gerecht van 12 juni 2007, Budějovický Budvar/BHIM — Anheuser-Busch (BUDWEISER), T-53/04–T-56/04, T-58/04 en T-59/04, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 74].

⁹² In casu is het recht van de lidstaat dat van toepassing is op het niet-ingeschreven nationale merk, de Trade Marks Act 1994 (merkenwet van het Verenigd Koninkrijk), waarvan section 5(4) luidt als volgt:

„Een merk kan niet worden ingeschreven indien of in zoverre kan worden opgeko-
men tegen het gebruik ervan in het Verenigd Koninkrijk:

a) op grond van een rechtsregel [in het bijzonder krachtens de wettelijke regeling inzake misbruik (law of passing off)] die een niet-ingeschreven merk of elk ander in het economisch verkeer gebruikt teken beschermt [...]

⁹³ Uit deze bepaling, zoals uitgelegd door de nationale rechterlijke instanties [Reckitt & Colman Products Ltd v Borden Inc. & Ors (1990) R.P.C. 341, 406 HL], vloeit voort dat interveniënte, om in casu nietigverklaring van het litigieuze gemeenschapsmerk te verkrijgen ter bescherming van haar niet-ingeschreven nationale merk, moet aantonen dat overeenkomstig de in het Verenigd Koninkrijk geldende regeling inzake de vordering wegens misbruik is voldaan aan drie voorwaarden, die betrekking hebben op de verworven goodwill, de misleidende presentatie en de daaruit voortvloeiende schade voor de goodwill.

⁹⁴ De kamer van beroep heeft verwezen naar deze drie voorwaarden in punt 23 van de bestreden beslissing (zie punt 10 supra) en verzoekster erkent overigens dat de kamer van beroep de theoretische benadering inzake de vorderingen wegens misbruik correct heeft vastgesteld.

⁹⁵ Zij is evenwel van mening dat de kamer van beroep voor elk van deze voorwaarden die theoretische benadering niet correct heeft toegepast op het onderhavige geval. Derhalve dient voor elk van de drie voorwaarden te worden onderzocht of de kamer van beroep terecht heeft vastgesteld dat in casu aan die voorwaarde was voldaan.

— Goodwill

- ⁹⁶ Verzoekster verwijt de kamer van beroep in wezen dat zij heeft geconcludeerd tot het bestaan van een goodwill ondanks de zwakke aanwezigheid van interveniënte op de markt van rijst in het Verenigd Koninkrijk.
- ⁹⁷ Om te beginnen dient te worden vastgesteld welke datum relevant is voor het bewijs door interveniënte dat zij goodwill had verworven. De kamer van beroep heeft zich op het standpunt gesteld dat de relevante datum die van indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze gemeenschapsmerk was, te weten 29 april 1996. Interveniente stelt dat volgens het recht van het Verenigd Koninkrijk de relevante datum die van het eerste gebruik van het litigieuze gemeenschapsmerk op de markt is, te weten in casu het jaar 2003.
- ⁹⁸ Interveniente stelt terecht dat blijkens de nationale rechtspraak volgens de regeling inzake de vordering wegens misbruik de goodwill moet worden aangetoond op de datum waarop de verwerende partij haar waren of diensten is beginnen aan te bieden [Cadbury Schweppes/Pub Squash (1981) R.P.C. 429].
- ⁹⁹ Volgens artikel 8, lid 4, van verordening nr. 40/94 dient evenwel niet te worden uitgegaan van deze datum, maar van de datum van indiening van de gemeenschapsmerk-aanvraag. Deze bepaling vereist immers dat degene die nietigverklaring van het gemeenschapsmerk vordert, de rechten op zijn niet-ingeschreven nationale merk heeft verworven vóór de datum van die indiening (arrest LAST MINUTE TOUR, punt 91 supra, punt 51), te weten in casu 29 april 1996. Zoals de kamer van beroep in punt 27 van de bestreden beslissing met klem erop heeft gewezen, zijn de bewoordingen van artikel 8, lid 4, van verordening nr. 40/94 duidelijk op dit punt.

- 100 De kamer van beroep heeft derhalve op goede gronden onderzocht of interveniënte had aangetoond dat zij op 29 april 1996 goodwill had verworven.
- 101 De kamer van beroep heeft in punt 24 van de bestreden beslissing terecht opgemerkt dat goodwill werd omschreven als de aantrekkingskracht die clientèle oplevert [„the attractive force which brings in custom”; *IRC v Muller & Co’s Margarine (1901) A.C. 217, 224, H.L.*].
- 102 De kamer van beroep was verder van mening dat het bestaan van goodwill in beginsel werd aangetoond door het bewijs van commerciële en reclameactiviteiten, klantenrekeningen, enz. Het bewijs van ernstige commerciële activiteiten die uitmonden in de verwerving van een reputatie en de opbouw van een klantenkring volstaat over het algemeen om goodwill aan te tonen (bestreden beslissing, punt 25).
- 103 Wat de door interveniënte overgelegde bewijsstukken betreft, dient het volgende te worden opgemerkt.
- 104 Interveniente heeft onder meer een plechtige verklaring van haar directeur van 13 december 1998 overgelegd, waarin de jaarlijkse tonnage van verkochte rijst van 1988 tot en met 1997 wordt vermeld. Volgens deze verklaring heeft interveniente in het Verenigd Koninkrijk onder het oudere merk 84 ton rijst verkocht in 1995, 52 ton in 1996 en tussen de 42 en 68 ton per jaar tussen 1988 en 1994.
- 105 Zoals de kamer van beroep in punt 31 van de bestreden beslissing heeft vastgesteld, wordt de inhoud van de plechtige verklaring bevestigd door de overige bewijsstukken van interveniente. Het is juist dat de meeste door interveniente overgelegde

bewijsstukken betrekking hebben op een periode na 29 april 1996, maar dit neemt niet weg dat een deel van de overgelegde bewijzen verwijst naar een periode voor die datum. Zo heeft de kamer van beroep in punt 30 van de bestreden beslissing terecht erop gewezen dat interveniënte acht facturen heeft overgelegd die tussen 1992 en 29 april 1996 werden opgesteld en aan klanten te Londen, Kent en Middlesex (Verenigd Koninkrijk) waren gericht ter zake van de verkoop van rijst met vermelding van de woorden „Golden Elephant”.

¹⁰⁶ Bovendien heeft interveniënte kasregisterrollen overgelegd waarin gewag wordt gemaakt van verkoop van rijst op verschillende data in de maanden maart en april 1993, december 1994 en januari, februari en maart 1995. Verzoekster merkt ter zake op dat de kasregisterrollen enkel verwijzen naar rijst „G/E” of „GE”, en niet naar het oudere merk. Evenwel dient te worden geoordeeld dat dit loutere feit niet volstaat om deze rollen elke bewijskracht te ontnemen. Zoals de kamer van beroep in punt 32 van de bestreden beslissing heeft opgemerkt, is het de facto gebruikelijk dat de verkochte waren in de afgekorte vorm ervan op de kasregisterrollen worden beschreven. Verder dient te worden beklemtoond dat het niet gaat om de enige bewijsstukken die interveniënte heeft overgelegd ten bewijze van de verkoop van rijst onder het oudere merk in het Verenigd Koninkrijk. In dit kader dient erop te worden gewezen dat de kamer van beroep alle voor het BHIM overgelegde bewijsstukken globaal moet beoordelen. Er kan immers niet worden uitgesloten dat een reeks van bewijsstukken de te bewijzen feiten kunnen aantonen, terwijl elk van deze stukken, afzonderlijk beschouwd, niet in staat is om het bewijs van de juistheid van deze feiten te leveren (arrest Hof van 17 april 2008, Ferrero Deutschland/BHIM en Cornu, C-108/07 P, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 36). De kamer van beroep heeft op goede gronden rekening gehouden met de kasregisterrollen als stukken die de inhoud van de plechtige verklaring bevestigen.

¹⁰⁷ In elk geval dient te worden vastgesteld dat, zelfs indien deze rollen geen bewijskracht hadden, het feit dat interveniënte rijst onder het oudere merk heeft verkocht in het Verenigd Koninkrijk in een periode voor de indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze gemeenschapsmerk, afdoende is bewezen door de overlegging van de plechtige verklaring en meerdere facturen.

- 108 Het is juist dat de verkopen waarvan gewag wordt gemaakt in de plechtige verklaring, zwak moeten worden geacht ten opzichte van de volledige markt van in het Verenigd Koninkrijk ingevoerde rijst. Volgens de verklaring van de secretaris-generaal van het Rijstverbond (Rice Association), die verzoekster voor het BHIM heeft overgelegd, bedroeg de totale invoer van rijst in het Verenigd Koninkrijk gemiddeld 500 000 ton per jaar tussen 2000 en 2004, hetgeen doet veronderstellen dat de invoer tussen 1988 en 1996 in soortgelijke orde van grootte lag. Gesteld dat in 1995 de volledige markt 500 000 ton bedroeg, was het marktaandeel van interveniënte 0,0168 %.
- 109 Derhalve dient te worden onderzocht of de kamer van beroep op goede gronden heeft geoordeeld dat de commerciële activiteit van interveniënte evenwel volstond om goodwill te verwerven.
- 110 De kamer van beroep heeft in punt 26 van de bestreden beslissing opgemerkt dat zelfs kleine ondernemingen een goodwill kunnen hebben. Deze vaststelling berust op de nationale rechtspraak, waarnaar de kamer van beroep terecht heeft verwezen, te weten de zaak *Stannard c. Reay*, [1967] R.P.C. 589. In deze zaak werd geoordeeld dat een ambulante handel van „fish and chips” met een omzet tussen de 129 en 138 Britse pond per week, goodwill had verworven na ongeveer drie weken werkzaamheid.
- 111 Wat verzoeksters argument betreft dat in het kader van de vordering wegens misbruik voor de vaststelling van het bestaan van goodwill moet worden aangetoond dat de commerciële activiteit een minimumdrempel overschrijdt, merkt het BHIM terecht op dat het onderdeel van de juridische publicatie en de rechtspraak die op dit punt in het verzoekschrift worden aangehaald, het gevaar voor misleiding betreffen. Niettemin blijkt uit de nationale rechtspraak dat verkopen onder een de-minimisdrempel niet volstaan [*Anheuser-Busch Inc v Budejovicky Budvar Narodni Podnik* (1984) F.S.R. 413, 457 CA]. In deze zaak werd geoordeeld dat de verkoop van kleine hoeveelheden bier die in het Verenigd Koninkrijk in een valies waren ingevoerd en in een restaurant in Amerikaanse stijl te Canterbury (Verenigd Koninkrijk) waren verkocht, zich onder de de-minimisdrempel bevond.

- 112 In casu dient te worden geoordeeld dat de verkopen van rijst die interveniënte onder het oudere merk heeft verricht vóór de relevante datum, zich boven deze de-minimisdrempel bevinden. Het gaat immers niet om gelegenheidsverkopen in zeer kleine hoeveelheden. Interviënte had voortdurend rijst onder het oudere merk verkocht in het Verenigd Koninkrijk sinds 1988, dit wil zeggen gedurende een periode van acht jaar vóór de datum van indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze gemeenschapsmerk door verzoekster. De hoeveelheid verkochte rijst, die van 1988 tot 1996 tussen de 42 en 84 ton per jaar bedroeg, kan niet volstrekt verwaarloosbaar worden geacht.
- 113 Het loutere feit dat het marktaandeel van interveniënte zeer zwak was ten opzichte van de totale invoer van rijst in het Verenigd Koninkrijk, volstaat niet voor de vaststelling dat de verkoop van rijst zich onder de de-minimisdrempel bevond.
- 114 Zo werd in de zaak *Jian Tools for Sales v Roderick Manhattan Group* [(1995) F.S.R. 924, 933 (Knox J.)] de verkoop van 127 stukken software door een Amerikaanse onderneming op de markt in het Verenigd Koninkrijk niet beschouwd als zijnde onder de de-minimisdrempel.
- 115 In dit kader dient met klem erop te worden gewezen dat de rechterlijke instanties van het Verenigd Koninkrijk helemaal niet genegen zijn te oordelen dat een onderneming klanten kan hebben maar geen goodwill (Wadlow, C., *The law of passing-off*, Sweet and Maxwell, Londen, 2004, punt 3.11). De kamer van beroep heeft derhalve op goede gronden gesteld dat zelfs kleine ondernemingen een goodwill kunnen hebben.
- 116 Wat verzoeksters argument betreft dat de kamer van beroep in punt 26 van de bestreden beslissing ten onrechte heeft gesteld dat de goodwill enkel zwak wordt geacht wanneer de onderneming geen vaste vestiging heeft, volstaat de vaststelling dat deze stelling niet van wezenlijk belang is in het kader van het betoog van de kamer van beroep. Deze heeft terecht vastgesteld dat de commerciële activiteiten van interveniënte,

bestaande in de verkoop van rijst onder het oudere merk in het Verenigd Koninkrijk, volstonden om goodwill te verwerven vóór de datum van indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze gemeenschapsmerk. Zelfs indien wordt aangenomen dat deze goodwill zwak moeten worden geacht wegens het beperkte aantal verkopen, kan deze in elk geval niet onbestaand worden geacht.

- 117 Wat verzoeksters argument betreft dat de kamer van beroep in punt 26 van de bestreden beslissing ten onrechte heeft geoordeeld dat „[h]et volgens het Engelse recht vereiste bewijsniveau niet hetzelfde [was] als dat voor bijvoorbeeld het door gebruik verkregen onderscheidend vermogen”, en dat het volgens het Engelse recht vereiste bewijsniveau hetzelfde is in alle burgerlijke zaken, gesteund op waarschijnlijkheidsafwegingen, dient het volgende te worden opgemerkt. De hierboven aangehaalde zin van de bestreden beslissing verwijst niet naar het bewijsniveau in de zin van de mate van overtuiging van de rechter die nodig is. Dit blijkt uit de volgende zin van de bestreden beslissing, volgens welke „een onderneming meerwaarde en goodwill kan creëren zonder het niveau van bekendheid te hebben behaald dat noodzakelijk is voor de vaststelling van een door gebruik verkregen onderscheidend vermogen of bekendheid in de zin van artikel 8, lid 5, van [verordening nr. 40/94]”. In dit verband heeft de kamer van beroep geen blijk gegeven van een onjuiste opvatting. De door haar aangehaalde rechtspraak ter staving van haar standpunt, te weten het arrest *Phones4U Ltd v Phone4u.co.uk Internet Ltd* [(2007) R.P.C. 5, 83, 96], bevestigt dat de maatstaf die wordt gehanteerd voor het bewijs van onderscheidend vermogen bij de inschrijving van een merk veel hoger is dan die welke geldt voor het bewijs van het bestaan van goodwill.
- 118 Gelet op een en ander, moest interveniënte geen markstudie over de mate van bekendheid van het oudere merk bij het publiek overleggen, anders dan verzoekster betoogt.
- 119 Tevens faalt verzoeksters argument dat het betoog van de kamer van beroep in punt 40 van de bestreden beslissing onlogisch is voor zover deze zich op het standpunt heeft gesteld dat „de nietigheidsafdeling een hogere drempel [had] vastgesteld

dan die welke door het Engelse recht inzake de vordering wegens misbruik wordt geëist”, maar niet heeft ingestemd met de conclusie van de nietigheidsafdeling dat misbruik niet was aangetoond. Aangezien de kamer van beroep zich op het standpunt heeft gesteld dat de nietigheidsafdeling bij vergissing een te hoge drempel voor het bewijs van het bestaan van goodwill had vastgesteld, is het volstrekt logisch dat zij niet heeft ingestemd met de conclusie van de nietigheidsafdeling.

- 120 Wat verzoeksters argument betreft dat de kamer van beroep in punt 43 van de bestreden beslissing ten onrechte heeft gesteld dat het zeer onwaarschijnlijk was dat de groei van de verkoop van rijst onder het oudere merk na de datum van indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze gemeenschapsmerk van dien aard zou zijn geweest zonder de door de onderneming op die datum opgewekte goodwill, en dat de kamer van beroep onvoldoende strikt was door de uitdrukking „door de onderneming opgewekte goodwill” te hanteren, dient te worden vastgesteld dat punt 43 een ten overvloede geformuleerde overweging van de bestreden beslissing is. Interveniente had immers het bestaan van goodwill afdoende aangetoond op de datum van indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze gemeenschapsmerk, zelfs indien geen rekening wordt gehouden met de groei van de verkoop na deze datum.
- 121 Met betrekking tot het argument dat de kamer van beroep onvoldoende strikt was door de uitdrukking „door de onderneming opgewekte goodwill” te hanteren en dat interveniente goodwill in verband met de naam of het betrokken merk had moeten aantonen, dient voorts erop te worden gewezen dat de vordering wegens misbruik niet de met een merk als zodanig verbonden goodwill beschermt, maar een met de onderneming of de goodwill verbonden eigendomsrecht, in verband waarmee het merk werd gebruikt (Wadlow, C., *The law of passing-off*, Sweet and Maxwell, Londen, 2004, punt 3.4). De door de kamer van beroep gebruikte terminologie kan dus niet worden bekritiseerd.
- 122 In elk geval, voor zover verzoeksters betoog aldus zou moeten worden begrepen dat zij de kamer van beroep verwijt rekening te hebben gehouden met de volledige

commerciële activiteit van interveniënte voor de vaststelling van het bestaan van goodwill, dient te worden vastgesteld dat een dergelijk argument feitelijke grondslag mist. De kamer van beroep heeft zich immers voor de vaststelling van de goodwill van interveniënte gebaseerd op haar commerciële activiteit bestaande in de verkoop van rijst onder het oudere merk op de markt van het Verenigd Koninkrijk en niet op haar volledige commerciële activiteit.

— Misleidende presentatie

- ¹²³ De kamer van beroep heeft zich op het standpunt gesteld dat het litigieuze gemeenschapsmerk een misleidende presentatie van het oudere merk vormde (zie punt 17 supra).
- ¹²⁴ In dit verband verwijt verzoekster de kamer van beroep dat zij zich heeft gebaseerd op veronderstellingen die door geen enkel bewijs waren gestaafd. Verder had de kamer van beroep rekening moeten houden met de vreedzame coëxistentie van de betrokken merken op de markt zonder dat enig geval van verwarring de aandacht van partijen heeft getrokken. Zij had het ontbreken van verwarring en de instemming van interveniënte in aanmerking moeten nemen. Bovendien heeft de kamer van beroep geen rekening gehouden met de punten van verschil wat de weergave van de olifantenkoppen in de betrokken merken betreft.
- ¹²⁵ Eerst dient te worden onderzocht of het argument dat verzoekster ontleent aan de vreedzame coëxistentie van de betrokken merken zonder gevallen van verwarring tussen deze merken, en aan de instemming van interveniënte, ontvankelijk is.

- 126 Het BHIM stelt terecht dat dit argument voor het eerst voor het Gerecht is aangevoerd. Volgens artikel 135, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering kunnen de memories van de partijen geen wijziging brengen in het voorwerp van het geschil voor de kamer van beroep.
- 127 Ook dient eraan te worden herinnerd dat overeenkomstig artikel 74, lid 1, in fine, van verordening nr. 40/94, dat van toepassing is op nietigheidsprocedures waarin een relatieve nietigheidsgrond aan de orde is, het onderzoek van het BHIM in casu beperkt was tot de door de partijen aangevoerde feiten, bewijsmiddelen en argumenten en tot de door hen ingestelde vordering (zie punt 65 supra).
- 128 De vermeende instemming van interveniënte met betrekking tot het gebruik van het litigieuze gemeenschapsmerk door verzoekster is een verweermiddel dat deze laatste niet heeft aangevoerd voor het BHIM, en dat het BHIM niet ambtshalve diende te onderzoeken krachtens artikel 74, lid 1, in fine, van verordening nr. 40/94. Dit argument is derhalve niet-ontvankelijk, daar het beoogt wijziging te brengen in het voorwerp van het geschil voor de kamer van beroep.
- 129 Verzoekster voert evenwel ook aan dat de kamer van beroep in het kader van het onderzoek van het bestaan van een misleidende presentatie in aanmerking had moeten nemen dat interveniënte geen enkel geval van verwarring had aangetoond. Op dit punt dient eraan te worden herinnerd dat het BHIM ambtshalve inlichtingen moet inwinnen over het nationale recht van de betrokken lidstaat wanneer deze inlichtingen nodig zijn voor de beoordeling van de voorwaarden voor toepassing van een nietigheidsgrond, en in het bijzonder voor de beoordeling van de realiteit van de aangevoerde feiten of van de bewijskracht van de overgelegde stukken (zie punt 67 supra). Verder dient te worden opgemerkt dat interveniënte tijdens de administratieve procedure niet heeft betwist dat verzoekster het litigieuze gemeenschapsmerk in november 2003 in het Verenigd Koninkrijk was begonnen te gebruiken.

- 130 Verzoekster is in wezen van mening dat het recht van het Verenigd Koninkrijk in een dergelijke situatie vereist dat in het kader van een vordering wegens misbruik de verzoekende partij het bewijs levert van concrete gevallen van verwarring die hebben plaatsgevonden teneinde de misleidende presentatie aan te tonen. Dit argument moet ontvankelijk worden geacht, daar — gesteld dat de uitlegging van het recht van het Verenigd Koninkrijk door verzoekster juist is — de kamer van beroep had moeten onderzoeken of interveniënte het bewijs van concrete gevallen van verwarring had geleverd. De vraag of verzoekster het recht van het Verenigd Koninkrijk juist heeft uitgelegd, betreft de gegrondheid van dit argument, en niet de ontvankelijkheid ervan.
- 131 Ten gronde dient te worden opgemerkt dat voor de beoordeling van de misleidende aard van de betrokken presentatie dient te worden onderzocht of het aanbod van rijst onder het litigieuze gemeenschapsmerk in het Verenigd Koninkrijk het publiek ertoe kan brengen, de commerciële herkomst van deze waar aan interveniënte toe te schrijven.
- 132 In dit kader dient te worden onderzocht of, op basis van waarschijnlijkheidsafwegingen, het waarschijnlijk is dat een aanzienlijk aantal leden van de relevante groep van personen ertoe zal worden gebracht de waar van verzoekster per vergissing te kopen in de veronderstelling dat het gaat om de waar van interveniënte (zie, in die zin, *Reckitt & Colman Products Ltd v Borden Inc. & Ors*, punt 93 supra, 407). Verder blijkt uit de nationale rechtspraak dat de misleidende aard van de presentatie van de waren van degene tegen wie een vordering wegens misbruik is ingesteld, moet worden beoordeeld uit het oogpunt van de klanten van degene die de vordering heeft ingesteld, en niet uit het oogpunt van het publiek in het algemeen (*Reckitt & Colman Products Ltd v Borden Inc. & Ors*, punt 93 supra; zie ook, in die zin, arrest *LAST MINUTE TOUR*, punt 91 supra, punt 60).
- 133 In casu heeft de kamer van beroep in punt 45 van de bestreden beslissing terecht gesteld dat de betrokken waren dezelfde waren. Het litigieuze gemeenschapsmerk is immers ingeschreven voor rijst en het oudere merk werd gebruikt voor dezelfde waar. Wat verzoeksters argument betreft dat het oudere merk voor speciale rijstsoorten

werd gebruikt, dient met klem te worden gewezen op het feit dat speciale rijstsoorten deel uitmaken van de waar „rijst” waarvoor het litigieuze gemeenschapsmerk is ingeschreven. Dat interveniënte niet alle rijstsoorten in de handel heeft gebracht, doet niet af aan de vaststelling dat de waren dezelfde zijn.

- ¹³⁴ De kamer van beroep heeft voorts gesteld, zonder op dit punt te zijn weersproken door verzoekster, dat het wordelement van de betrokken tekens hetzelfde is. Zoals de kamer van beroep heeft opgemerkt, vormt het woord „brand” (merk) in het litigieuze gemeenschapsmerk een toevoeging zonder onderscheidend vermogen. Beide tekens worden in hoofdzaak gevormd door het element „golden elephant” met daarboven de Chinese vertaling ervan, en de weergave van een olifantenkop.
- ¹³⁵ Verzoekster merkt terecht op dat er aanzienlijke verschilpunten zijn wat de concrete weergave van de olifantenkoppen betreft. Het oudere merk laat immers een olifantenkop in vooraanzicht zien. Een kroon staat op de olifantenkop met neergelaten slurf, waarbij de kop is omringd door een schijf versierd met een vlaggetjesmotief in cirkelvorm. Daarentegen bevat het litigieuze gemeenschapsmerk een meer gestileerde olifantenkop in zijaanzicht. De olifant draagt een decoratief vlak kapje van stof en zijn slurf is opgeheven.
- ¹³⁶ In casu is het zeer waarschijnlijk dat een aanzienlijk deel van de klanten van interveniënte, wanneer deze worden geconfronteerd met rijst die wordt aangeduid door een merk dat het wordelement „golden elephant” in het Engels en het Chinees en de weergave van een olifantenkop bevat, zal veronderstellen dat het gaat om rijst die door interveniënte in de handel is gebracht. De loutere verschilpunten wat het dessin van de olifantenkop betreft, volstaan niet om de vaststelling van het bestaan van een misleidende presentatie in twijfel te trekken. In dit kader dient met klem erop te worden gewezen dat een gemiddelde klant niet in staat is om zich exact alle details van een merk te herinneren (Wadlow, C., *The law of passing-off*, Sweet and Maxwell, Londen, 2004, punt 8.41).

- 137 Zelfs indien wordt aangenomen dat de klanten van interveniënte het verschil in het dessin van de olifant opmerken, is het voorts zeer waarschijnlijk dat zij van mening zijn dat het gaat om een eenvoudig decoratief verschil. Aldus werd een vordering wegens misbruik toegewezen in een zaak waarin de verwerende partijen voor garen gebruik hadden gemaakt van een etiket bestaande in de weergave van twee olifanten die een vaandel droegen, net als de etiketten die voor dezelfde waren werden gebruikt door de verzoekende partijen. De verschillen met betrekking tot het dessin van de olifanten in de twee merken werden niet als doorslaggevend beschouwd, daar werd geoordeeld dat zelfs de personen die in staat zijn de verschillen tussen de twee etiketten op te merken, waarschijnlijk zullen denken dat het gaat om verschilpunten van decoratieve aard, waardoor het onderscheidende en kenmerkende symbool niet wezenlijk wordt gewijzigd, en dat de verzoekende partijen dus zelf het merk hadden gewijzigd [Johnston v Orr-Ewing (1882) 7 App. Cas. 219, 225, HL]. Zo is het ook zeer waarschijnlijk dat wanneer een klant van interveniënte de verschillen in het dessin van de olifanten opmerkt, hij zal denken dat het litigieuze gemeenschapsmerk een eenvoudige variant of een wijziging van het oudere merk is.
- 138 Het wordelement van de betrokken merken heeft een sterk onderscheidend vermogen, aangezien het een fantasie-element is en geenszins rijst beschrijft. In deze omstandigheden bestaat onvermijdelijk het gevaar dat wanneer de klanten van interveniënte worden geconfronteerd met rijst die wordt aangeduid door een merk met hetzelfde wordelement en het dessin van een olifantenkop, zij de commerciële herkomst van deze rijst zullen toeschrijven aan interveniënte, ondanks de verschillen in het dessin van de olifanten.
- 139 Anders dan verzoekster betoogt, blijkt uit de bestreden beslissing niet dat de kamer van beroep volledig is voorbijgegaan aan de verschillen tussen de twee dessins bestaande in de weergave van een olifantenkop. Het is juist dat de kamer van beroep niet is overgegaan tot een expliciete analyse van de verschillen tussen deze dessins. Opgemerkt dient evenwel te worden dat de kamer van beroep zich niet op het standpunt heeft gesteld dat de betrokken merken dezelfde waren uit visueel oogpunt, maar enkel dat sprake was van een „duidelijke visuele gelijkenis” (punt 46 van de bestreden beslissing). Deze vaststelling is gerechtvaardigd gelet op de aanwezigheid van

hetzelfde woordelement in het Engels en het Chinees en op de aanwezigheid van het dessin dat een olifantenkop weergeeft.

- 140 Wat verzoeksters argument betreft dat interveniënte het bewijs van concrete gevallen van verwarring had moeten leveren, dient het volgende te worden opgemerkt. Volgens het recht van het Verenigd Koninkrijk dient de rechter vast te stellen of het waarschijnlijk is dat het relevante publiek zal worden misleid. Voorbeelden van concrete gevallen van verwarring zijn nuttig, maar de uitspraak van de rechter hangt niet uitsluitend of hoofdzakelijk af van het onderzoek van dergelijke bewijzen [Parker-Knoll Ltd v Knoll International Ltd (1962) R.P.C. 265, 285, 291 HL].
- 141 Het ontbreken van bewijzen van concrete gevallen van verwarring kan een rol spelen in de zin dat deze omstandigheid in het nadeel kan werken van degene die een vordering wegens misbruik heeft ingesteld, wanneer de waren van de verwerende partij zichtbaar op de markt aanwezig waren gedurende een lange periode (Wadlow, C., *The law of passing-off*, Sweet and Maxwell, Londen, 2004, punten 10-13). Niettemin kan het ontbreken van bewijzen van concrete gevallen van verwarring vaak gemakkelijk worden verklaard en blijkt het zelden een doorslaggevende factor te zijn [Harrods Ltd v Harrodian School Ltd (1996) R.P.C. 697, 716 CA].
- 142 Er kunnen zeker zaken zijn die dermate problematisch zijn dat de rechter niet tot een conclusie kan komen zonder bewijs van het bestaan van een misleidende presentatie [zie, in die zin, AG Spalding & Bros v AW Gamage Ltd (1915) R.P.C. 273, 286].
- 143 In casu heeft de kamer van beroep evenwel in punt 47 van de bestreden beslissing op goede gronden geoordeeld dat het onvermijdelijk was dat de consumenten bij confrontatie met het oudere merk de onder het litigieuze gemeenschapsmerk verkochte rijst gelijkstellen met de door interveniënte in de handel gebrachte rijst. Daar het woordelement hetzelfde is en het beeldelement van de betrokken merken een olifantenkop weergeeft, is deze conclusie mogelijk op basis van de loutere vergelijking van

die merken. In een dergelijke situatie kan het ontbreken van het bewijs van concrete gevallen van verwarring niet worden beschouwd als een doorslaggevende factor.

- ¹⁴⁴ Uit het voorgaande volgt dat in de omstandigheden van het onderhavige geval de kamer van beroep op goede gronden heeft geconcludeerd tot het bestaan van een misleidende presentatie en het niet nodig was dat interveniënte bewijzen van concrete gevallen van verwarring leverde.

— Schade of dreiging van schade

- ¹⁴⁵ De kamer van beroep heeft in punt 49 van de bestreden beslissing vastgesteld dat, aangezien interveniënte het bewijs heeft geleverd van het bestaan van goodwill in het Verenigd Koninkrijk voor een merk dat sterk lijkt op het litigieuze gemeenschapsmerk en betrekking heeft op dezelfde waren, redelijkerwijs kon worden geconcludeerd dat interveniënte schade dreigde te lijden.
- ¹⁴⁶ Dienaangaande is verzoekster van mening dat de kamer van beroep ten onrechte het bestaan van schade heeft vastgesteld, ondanks het ontbreken van bewijs of van bevestiging van dergelijke schade. De kamer van beroep heeft enkel beweringen op dit punt geformuleerd.
- ¹⁴⁷ Opgemerkt dient te worden dat blijkens de nationale rechtspraak degene die een vordering wegens misbruik heeft ingesteld, niet verplicht is te bewijzen dat hij schade heeft geleden. Het volstaat dat schade waarschijnlijk is.

- 148 Een misleidende presentatie, waardoor het relevante publiek ertoe wordt gebracht te denken dat de waren van de verwerende partij in een procedure wegens misbruik die van de verzoekende partij zijn, kan naar haar aard schade veroorzaken voor de verzoekende partij wanneer de gebieden waarop de verzoekende en de verwerende partij hun commerciële activiteiten ontwikkelen, vrij dicht bij elkaar liggen (Wadlow, C., *The law of passing-off*, Sweet and Maxwell, Londen, 2004, punt 4.13).
- 149 In casu werd vastgesteld dat de betrokken waren dezelfde waren en dat een aanzienlijk deel van de klanten van interveniënte zou denken dat de door verzoekster onder het litigieuze gemeenschapsmerk verkochte rijst afkomstig was van interveniënte. In deze omstandigheden bestaat wel degelijk het gevaar dat interveniënte verkopen misloopt, daar haar klanten, die haar rijst willen kopen, per vergissing die van verzoekster kopen.
- 150 De kamer van beroep heeft zich dus terecht op het standpunt gesteld dat schade dreigde.
- 151 Bijgevolg dient het tweede middel te worden afgewezen, en moet verzoeksters beroep derhalve in zijn geheel worden verworpen.

2. Tweede en derde vordering van interveniënte

- 152 Met haar tweede en derde vordering vordert interveniënte bovendien, of subsidiair, enerzijds de vernietiging van de bestreden beslissing voor zover de kamer van beroep daarbij stelt dat de passende datum voor de beoordeling van het misbruik de datum van indiening van de gemeenschapsmerkaanvraag is, en anderzijds de herziening van

die beslissing teneinde vast te stellen dat de passende datum voor de beoordeling van deze kwestie de datum van het eerste gebruik van dit merk is.

- 153 Op dit punt kan worden volstaan met eraan te herinneren dat uit de overwegingen in de punten 97 tot en met 100 supra voortvloeit dat de kamer van beroep op goede gronden heeft geoordeeld dat de relevante datum waarop interveniënte moest aantonen dat zij goodwill had verworven, de datum van indiening van de gemeenschapsmerkaanvraag is. Uit de bewoordingen van artikel 8, lid 4, sub a, van verordening nr. 40/94 blijkt immers duidelijk dat de rechten op het oudere teken vóór die datum moeten zijn verworven.
- 154 Derhalve dienen de tweede en de derde vordering van interveniënte te worden afgewezen, zonder dat het Gerecht zich hoeft uit te spreken over de vraag of deze vorderingen ontvankelijk zijn niettegenstaande het feit dat zij geen wijziging van het dispositief van de bestreden beslissing beogen.

3. Vorderingen van interveniënte inzake de nietigheidsgronden van respectievelijk artikel 51, lid 1, sub a en b, van verordening nr. 40/94

- 155 In haar memorie waarin nieuwe middelen worden voorgedragen, vordert interveniënte vernietiging van de bestreden beslissing voor zover daarbij wordt geconcludeerd tot de niet-ontvankelijkheid van het middel ontleend aan de nietigheidsgrond van artikel 51, lid 1, sub a, van verordening nr. 40/94. Tevens heeft zij verzocht om herziening van de bestreden beslissing, zodat haar middelen ontleend aan de nietigheidsgronden van respectievelijk artikel 51, lid 1, sub a en b, van verordening nr. 40/94 ontvankelijk en gegrond wordt verklaard, en zodat het litigieuze gemeenschapsmerk

op grond van een van deze aanvullende middelen, of op grond van beide wordt nietig verklaard (zie punt 26 supra).

- 156 In dit verband stelt interveniënte dat de kamer van beroep haar ten onrechte niet in het gelijk heeft gesteld op deze twee punten en het betrokken merk op deze twee aanvullende gronden nietig had moeten verklaren.
- 157 Deze nieuwe middelen en vorderingen werden door interveniënte aangevoerd na de niet-ontvankelijkverklaring — bij de beschikking Golden Elephant Brand (zie punt 22 supra) — van het afzonderlijke beroep dat zij tegen de bestreden beslissing had ingesteld. Interveniente is van mening dat de nieuwe middelen ontvankelijk zijn, daar zij steunen op gegevens, rechtens en feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken in de zin van artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering. Volgens haar vormt de beschikking Golden Elephant Brand (punt 22 supra) een dergelijk nieuw gegeven, feitelijk en rechtens.
- 158 Verzoekster en het BHIM concluderen tot afwijzing van deze middelen. Verzoekster is in het bijzonder van mening dat het geen „nieuwe middelen” in de zin van artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering betreft, daar het gaat om dezelfde rechtsmiddelen als die welke door Hoo Hing werden aangevoerd in het kader van de zaak die heeft geleid tot de beschikking Golden Elephant Brand (punt 22 supra), en werden afgewezen. Volgens verzoekster kan deze beschikking niet met succes worden aangevoerd als grondslag voor het argument dat zij heeft geleid tot een afdoende en relevante „wijziging rechtens of feitelijk”, waarvan „eerst is gebleken” in omstandigheden die de heropening van de behandeling kunnen rechtvaardigen. Het BHIM stelt met name dat de nieuwe middelen te laat werden voorgedragen en dus niet-ontvankelijk zijn.
- 159 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat volgens artikel 134, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering interveniënten in het kader van geschillen betreffende de

intellectuele-eigendomsrechten dezelfde processuele rechten hebben als de partijen ten principale. Zij kunnen onder meer conclusies en middelen voordragen die autonoom zijn ten opzichte van die van de partijen ten principale. Volgens artikel 134, lid 3, van dit reglement kan een interveniënt in zijn memorie van antwoord conclusies voordragen strekkende tot vernietiging of wijziging van de bestreden beslissing op een punt dat in het verzoekschrift niet is opgeworpen en middelen voordragen die in het verzoekschrift niet zijn voorgedragen.

160 In casu heeft interveniënte de betrokken middelen niet voorgedragen in haar memorie van antwoord overeenkomstig artikel 134, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering.

161 Overeenkomstig artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering mogen nieuwe middelen in de loop van het geding niet worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken. De beslissing over de ontvankelijkheid van het middel wordt aangehouden tot het eindarrest.

162 Derhalve dient te worden onderzocht of er in casu sprake is van een dergelijk nieuw gegeven, rechtens of feitelijk, waardoor interveniënte in de loop van het geding nieuwe middelen mocht voordragen.

163 Vastgesteld dient te worden dat in casu objectief gezien niets eraan in de weg stond dat interveniënte in haar memorie van antwoord de middelen voordroeg die zij in haar memorie van 17 december 2009 heeft aangevoerd. Interviënte heeft dit niet gedaan omdat zij dezelfde middelen had aangevoerd in het kader van het afzonderlijke beroep dat zij tegen de bestreden beslissing had ingesteld in de zaak die heeft geleid tot de beschikking Golden Elephant Brand (punt 22 supra).

- 164 De advocaat van interveniënte had nochtans kunnen weten dat het door hem ingestelde beroep niet-ontvankelijk was.
- 165 In dit verband dient te worden opgemerkt dat interveniënte in de eerste plaats aanvoert dat het Gerecht in de beschikking Golden Elephant Brand (punt 22 supra) heeft gepreciseerd dat een partij die op verschillende gronden nietigverklaring van een gemeenschapsmerk heeft gevorderd en in het gelijk is gesteld op basis van één grond, geen beroep kan instellen voor het Gerecht. Evenwel dient met klem erop te worden gewezen dat de redenering van het Gerecht in die beschikking was gebaseerd op vaste rechtspraak, te weten de beschikking van het Gerecht van 11 mei 2006, TeleTech Holdings/BHIM — Teletech International (TELETECH INTERNATIONAL) (T-194/05, Jurispr. blz. II-1367), en het arrest van het Gerecht van 22 maart 2007, Sigla/BHIM — Elleni Holding (VIPS) (T-215/03, Jurispr. blz. II-711).
- 166 In de tweede plaats stelt interveniënte dat het Gerecht in punt 40 van de beschikking Golden Elephant Brand (punt 22 supra) heeft vastgesteld dat interveniënte in het kader van de onderhavige procedure de middelen kon aanvoeren die zij had aangevoerd in het kader van de zaak die heeft geleid tot die beschikking. Op dit punt dient te worden vastgesteld dat het Gerecht in punt 40 van de beschikking Golden Elephant Brand (punt 22 supra) enkel de inhoud van artikel 134 van het Reglement voor de procesvoering uiteenzet in antwoord op het argument van Hoo Hing, dat zij verplicht was om zelf beroep tegen de bestreden beschikking in te stellen bij gebreke van bepalingen op grond waarvan een partij die in het gelijk is gesteld, incidenteel beroep bij het Gerecht kan instellen buiten de termijn waarbinnen de in het ongelijk gestelde partij beroep moet instellen (zie beschikking Golden Elephant Brand, punt 22 supra, punten 22, 39 en 40).
- 167 Het is juist dat, op het tijdstip waarop interveniënte haar memorie van antwoord heeft overgelegd, het Gerecht het afzonderlijke beroep van interveniënte nog niet niet-ontvankelijk had verklaard. Gesteld dat interveniënte pas kennis heeft gekregen van de rechtssituatie na de kennisgeving van de beschikking Golden Elephant Brand (punt 22 supra), is dit feit evenwel geen nieuw gegeven feitelijk of rechtens. De

omstandigheid dat een partij in de loop van de behandeling voor het Gerecht kennis heeft gekregen van een feitelijk gegeven, betekent immers niet dat het hierbij gaat om een feitelijk gegeven waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken. Daartoe is bovendien vereist, dat de partij van dit gegeven niet eerder kennis heeft kunnen krijgen (arrest Gerecht van 6 juli 2000, AICS/Parlement, T-139/99, Jurispr. blz. II-2849, punt 62). A fortiori kan de omstandigheid dat een partij pas in de loop van de behandeling kennis heeft gekregen van de rechtssituatie, geen nieuw gegeven, feitelijk of rechtens, in de zin van artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering vormen.

- 168 In casu had de advocaat van interveniënte bij het opstellen van de memorie van antwoord kunnen weten dat het door hem ingestelde afzonderlijke beroep niet-ontvankelijk was en hij had tevens op de hoogte kunnen zijn van de bepalingen van artikel 134 van het Reglement voor de procesvoering.
- 169 Er is derhalve geen sprake van een nieuw gegeven, rechtens of feitelijk, in de zin van artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat het voordragen van nieuwe middelen door interveniënte kan rechtvaardigen.
- 170 Gelet op het voorgaande moeten de door interveniënte aangevoerde nieuwe middelen en de daarbij horende vorderingen niet-ontvankelijk worden verklaard.
- 171 Wat het voorstel van interveniënte betreft, om de middelen inzake de nietigheidsgronden van respectievelijk artikel 51, lid 1, sub a en b, van verordening nr. 40/94 ambtshalve aan te voeren, volstaat de vaststelling dat het Gerecht enkel middelen van openbare orde ambtshalve kan aanvoeren (arrest Gerecht van 8 juli 2004, Mannesmannröhren-Werke/Commissie, T-44/00, Jurispr. blz. II-2223, punt 126). De in casu aan de orde zijnde middelen betreffen de grond van de zaak en zijn dus geen middelen van openbare orde.

Kosten

- 172 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Volgens artikel 87, lid 3, van dit Reglement kan het Gerecht voorts de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld.
- 173 In casu is verzoekster in het ongelijk gesteld. Interveniente is in het gelijk gesteld met betrekking tot haar eerste vordering en in het ongelijk gesteld met betrekking tot haar tweede en derde vordering en met betrekking tot haar vorderingen inzake de nietigheidsgonden van respectievelijk artikel 51, lid 1, sub a en b, van verordening nr. 40/94.
- 174 Opgemerkt dient te worden dat de afgewezen vorderingen van interveniente van ondergeschikt belang zijn ten opzichte van de vordering van verzoekster strekkende tot vernietiging van de bestreden beslissing en ten opzichte van de eerste vordering van interveniente strekkende tot verwerping van het beroep.
- 175 Verder dient de vordering van interveniente strekkende tot verwijzing van het BHIM in de kosten te worden afgewezen, daar het BHIM in het gelijk is gesteld.
- 176 Gelet op het voorgaande is het Gerecht van oordeel dat een billijke beoordeling van de omstandigheden van de zaak vereist dat verzoekster haar eigen kosten, de kosten

van het BHIM en de helft van de kosten van interveniënte draagt, en dat interveniënte de helft van haar eigen kosten draagt.

- ¹⁷⁷ Wat ten slotte het verzoek van interveniënte betreft om de beslissing over de kosten van de zaak die heeft geleid tot de beschikking Golden Elephant Brand (punt 22 supra), aan te houden tot de definitieve beslissing in de nietigheidsprocedure, in haar geheel beschouwd, volstaat de vaststelling dat de beslissing over de kosten van die zaak werd genomen in die beschikking en dat deze beslissing definitief is geworden daar geen enkele partij hogere voorziening heeft ingesteld. Dit verzoek van interveniënte moet derhalve worden afgewezen.

HET GERECHT (Achtste kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**

- 2) **De vorderingen van Hoo Hing Holdings Ltd strekkende tot gedeeltelijke vernietiging en tot herziening van de beslissing van de eerste kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) van 7 mei 2008 (zaak R 889/2007-1) inzake een nietigheidsprocedure tussen Hoo Hing Holdings en Tresplain Investments Ltd worden afgewezen.**

- 3) Tresplain Investments zal haar eigen kosten, de kosten van het BHIM en de helft van de kosten van Hoo Hing Holdings dragen. Hoo Hing Holdings zal de helft van haar eigen kosten dragen.**

Martins Ribeiro

Papasavvas

Dittrich

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 9 december 2010.

ondertekeningen

Inhoud

| | |
|---|-----------|
| Feiten | II - 5667 |
| Conclusies van partijen | II - 5674 |
| In rechte | II - 5677 |
| 1. Vorderingen van verzoekster | II - 5677 |
| Eerste middel: schending van de artikelen 73 en 74 van verordening nr. 40/94 | II - 5678 |
| Eerste onderdeel van het eerste middel: schending van artikel 74 van verordening nr. 40/94 | II - 5678 |
| — Argumenten van partijen | II - 5678 |
| — Beoordeling door het Gerecht | II - 5680 |
| Tweede onderdeel van het eerste middel: schending van artikel 73 en artikel 74, lid 1, in fine, van verordening nr. 40/94 | II - 5685 |
| — Argumenten van partijen | II - 5685 |
| — Beoordeling door het Gerecht | II - 5687 |
| Tweede middel: schending van artikel 8, lid 4, van verordening nr. 40/94 | II - 5693 |
| Argumenten van partijen | II - 5693 |
| Beoordeling door het Gerecht | II - 5694 |
| — Opmerkingen vooraf | II - 5694 |
| — Goodwill | II - 5697 |

| | |
|--|-----------|
| — Misleidende presentatie | II - 5704 |
| — Schade of dreiging van schade | II - 5710 |
| 2. Tweede en derde vordering van interveniënte | II - 5711 |
| 3. Vorderingen van interveniënte inzake de nietigheidsgronden van respectievelijk artikel 51, lid 1, sub a en b, van verordening nr. 40/94 | II - 5712 |
| Kosten | II - 5717 |