

ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)

7 juni 2005 *

In zaak T-303/03,

Lidl Stiftung & Co. KG, gevestigd te Neckarsulm (Duitsland), vertegenwoordigd door P. Groß, advocaat,

verzoekster,

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM), vertegenwoordigd door U. Pflegar en G. Schneider als gemachtigden,

verweerder,

* Procestaal: Duits.

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

REWE-Zentral AG, gevestigd te Keulen (Duitsland), aanvankelijk vertegenwoordigd door M. Kinkeldey, vervolgens door M. Kinkeldey en C. Schmitt, advocaten,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de eerste kamer van beroep van het BHIM van 30 juni 2003 (zaak R 408/2002-1) inzake de oppositie door de houder van het nationale merk SOLEVITA tegen de inschrijving van het communautaire woordmerk Salvita,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: M. Vilaras, kamerpresident, F. Dehousse en D. Šváby, rechters,

griffier: H. Jung,

gezien het op 4 september 2003 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 16 januari 2004 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van het BHIM,

gezien de op 16 januari 2004 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van interveniënte,

na de terechtzitting op 30 november 2004,

het navolgende

Arrest

De voorgeschiedenis van het geding

- 1 Op 14 augustus 1997 heeft REWE-Zentral AG krachtens verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1) bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) een gemeenschapsmerk aangevraagd.
- 2 Het merk waarvoor inschrijving is aangevraagd, is het woordteken Salvita.
- 3 De inschrijvingsaanvraag betrof waren van de klassen 5, 29, 30 en 32 in de zin van de Overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie

van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, zoals herzien en gewijzigd. Zij zijn met betrekking tot deze klassen omschreven als volgt:

- klasse 5: „Kruidenaftreksels voor medisch gebruik, kauwgoms voor medisch gebruik; voedingsmiddelen voor baby's; alle voornoemde producten uitsluitend in voedingswinkels te koop”;

- klasse 29: „Vlees, vis, gevogelte, wild, week- en schelpdieren, de voornoemde producten ook geprepareerd; worst, vlees-, gevogelte- en viswaren, kaviaar; vlees-, vis-, gevogelte- en wildsalades; vlees-, gevogelte-, wild- en vispasteien, vleesextracten; vruchten, groenten en peulvruchten (verwerkt); vruchten- en groentemoes; delicatessensalades van groente- of kropsalades; aardappelproducten, te weten patates frites, kroketten, gebakken aardappelen, voorgebakken aardappelen, aardappelkoekjes, aardappelknoedels, rösti, aardappelpannenkoekjes, chips, sticks; knoedels van geweekte broodjes, meel en eieren; halfbereide en kant-en-klare maaltijden, te weten soepen (waaronder instantsoepen), eenpansgerechten, droge en natte kant-en-klare gerechten, hoofdzakelijk bestaande uit een of meerdere van de hierna genoemde producten; vlees, vis, groente, geprepareerde vruchten, kaas, deegwaren, rijst; vlees-, vruchten-, groentegeleien, jams; eieren, melk en melkproducten, met name consumptiemelk, zure melk, karnemelk, yoghurt, vruchtenyoghurt, yoghurt met toevoegingen van chocolade of cacao, alcoholvrije milkshakes, dranken op basis van melkwei, kefir, room, kwark, vruchten- en kruidenkwarkgerechten, dessertgerechten, hoofdzakelijk bestaande uit melk en smaakstoffen met gelatine en/of zetmeel als bindmiddel, boter, boterolie, kaas, kaaspreparaten; gelatinepuddingen; slasausen; eetbare oliën en vetten; gezouten banketbakkerswaren, chips van granen, gezouten en ongezouten noten en andere knabbelproducten, voorzover begrepen in klasse 29; alle voornoemde producten (voorzover mogelijk) ook als diëtische levensmiddelen voor niet-medisch gebruik; alle voornoemde producten (voorzover mogelijk) ook bevroren c.q. geconserveerd, gesteriliseerd of gehomogeniseerd”;

- klasse 30: „Sausen, vruchtensausen, bindmiddelen voor sausen, sausen in poedervorm, ketchup, mierikswortel, kappertjes; koffie, thee, cacao, cacao-producten, chocolade, chocoladeproducten, cacaohoudende poeders voor dranken; chocodranken, marsepein, noga, marsepein- en nogaproducten; puddingen, puddinggerechten, mengsels voor de boterham, hoofdzakelijk met gebruik van suiker, cacao, noga, melk en/of vetten; bonbons, ook gevulde; suiker, suikergoed, vanillesuiker, snoepgoed, met name karamel-, pepermint-, vruchten-, gummi-snoepjes, lolly's, kauwgom voor niet-medisch gebruik; rijst, tapioca, koffie-surrogaten; pizza's; meel en graanpreparaten voor voedingsdoeleinden, gepeld volkorengraan, te weten rijst, tarwe, haver, gerst, rogge, gierst, maïs en boekweit, de voornoemde producten ook in de vorm van mengsels en andere preparaten, met name tarwezemelen, tarwekiemen, maïsmeel, maïsgriesmeel, lijnzaad, muesli en mueslirepen (hoofdzakelijk bestaande uit graanvlokken, gedroogde vruchten, noten), granen, popcorn; brood, broodjes, banketbakkers- en suikerbakkerswaren; deegwaren en volkoren deegwaren, met name noedels; bakklare massa voor gebak, bakaroma's, taartgarnering, consumptie-ijs, ijs; honing, melassestroop, gist, rijsmiddelen; puddingpoeder; zout; mosterd; azijn; specerijen, kruiden, peperkorrels; gezouten banketbakkerswaren, chips van granen, gezouten en ongezouten noten en andere knabbelproducten, voorzover begrepen in klasse 30; alle voornoemde producten (voorzover mogelijk) ook als diëtische levensmiddelen voor niet-medisch gebruik, alle voornoemde producten (voorzover mogelijk) ook bevroren resp. geconserveerd, gesteriliseerd of gehomogeniseerd”;

- klasse 32: „Bieren; minerale en gazeuse wateren en andere alcoholvrije dranken; vruchtendranken en vruchtensappen, groentesappen; siropen en andere preparaten voor de bereiding van dranken; dranken op basis van melkwei; poeders voor instantdranken”.

4 Op 13 juli 1998 is de merkaanvraag gepubliceerd in het *Blad van gemeenschapsmerken* nr. 50/98.

- 5 Op 13 oktober 1998 heeft Lidl Stiftung & Co. KG oppositie ingesteld tegen de inschrijving van het aangevraagde merk op grond dat er verwarringsgevaar bestaat in de zin van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94. Deze oppositie was gebaseerd op het bestaan van het oudere Duitse merk SOLEVITA, dat op 27 juni 1983 is ingeschreven voor waren van klasse 32 in de zin van de Overeenkomst van Nice. De oppositie was gericht tegen verscheidene waren van de klassen 29, 30 en 32, die waren gespecificeerd in de gemeenschapsmerkaanvraag.

- 6 Bij brief van 27 oktober 1999 heeft interveniënte overeenkomstig artikel 43, lid 2, van verordening nr. 40/94 verzoekster verzocht, het bewijs te leveren dat haar merk is gebruikt.

- 7 Op 18 januari 2000 heeft de oppositieafdeling van het BHIM verzoekster verzocht, dit bewijs binnen twee maanden te leveren.

- 8 Op 14 februari 2000 heeft verzoekster de volgende bewijsstukken overgelegd:
 - een verklaring onder belofte van 27 januari 2000, ondertekend door de directeur internationale inkoop, betreffende de omzet die in de Bondsrepubliek Duitsland tussen 1993 en 1999 is behaald met waren van het merk SOLEVITA;

 - een lijst van de producten die van 1993 tot en met 1999 onder het merk SOLEVITA zijn verkocht, met als kop „Solevita bis 10-1999” (Solevita tot en met oktober 1999), en onder vermelding van „Stand: 23. März 1998 — 27.01.00” (stand van zaken: 23 maart 1998 — 27.01.00);

— kopieën van verpakkingsmodellen voor verscheidene vruchtensappen die onder het merk SOLEVITA worden verkocht, alle zonder datum.

- 9 Op 28 maart 2002 heeft de oppositieafdeling de oppositie van verzoekster afgewezen. Zij motiveerde haar beslissing in hoofdzaak aldus dat de door verzoekster overgelegde documenten onvoldoende bewijs waren van een daadwerkelijk en normaal gebruik van het oudere nationale merk. De oppositieafdeling heeft met name erop gewezen dat de verpakkingsmodellen ongedateerd zijn, dat de verklaring onder belofte slechts relatieve bewijskracht heeft omdat zij is opgesteld door een leidinggevend werknemer van verzoekster, en dat deze verklaring voorts slechts een aanwijzing van het gebruik van het merk oplevert. Volgens de oppositieafdeling heeft verzoekster geen van derden afkomstige facturen of verklaringen ter staving of bevestiging van de door haar zelf ingediende omzetcijfers overgelegd, zodat uit het onderzoek van de overgelegde bewijsmiddelen moest worden geconcludeerd dat een daadwerkelijk en normaal gebruik van het merk niet was aangetoond. Voorts verklaarde de oppositieafdeling dat de oppositie diende te worden afgewezen op grond dat de conflicterende tekens in geen enkel opzicht overeenstemden.
- 10 Op 10 mei 2002 heeft verzoekster beroep ingesteld tegen de beslissing van de oppositieafdeling, met name op grond dat het bewijs van het gebruik van het merk in casu was geleverd. Bovendien had de oppositieafdeling volgens verzoekster haar recht om te worden gehoord geschonden, doordat zij niet in de gelegenheid was gesteld, haar opmerkingen in te dienen over de beoordeling van de door haar ten bewijze van het normale gebruik van het merk aangevoerde gegevens. De oppositieafdeling heeft ook het „lijdelijkheidsbeginsel” geschonden, aangezien het gebruik van het merk niet door interveniënte was betwist.
- 11 Bij beslissing van 30 juni 2003 (hierna: „bestreden beslissing”) heeft de eerste kamer van beroep van het BHIM het beroep verworpen.

- 12 Wat het bewijs van het gebruik van het merk betreft, heeft de kamer van beroep opgemerkt, zakelijk weergegeven, dat de verklaring onder belofte een eenzijdige verklaring is, die door de betrokken partij of een van haar personeelsleden is opgesteld en die niet volstaat als bewijs voor objectieve feiten, tenzij zij wordt gestaafd door aanvullende bewijsstukken zoals facturen, hetgeen in casu niet het geval is geweest. Aangezien uit de verpakkingsmodellen op geen enkele manier blijkt hoe lang de periode is waarin de producten zijn verkocht, heeft de kamer van beroep voorts geoordeeld dat deze de aangevoerde omzetcijfers niet konden bevestigen, evenmin overigens als de andere overgelegde bewijzen. Daaruit heeft de kamer van beroep afgeleid dat de oppositieafdeling terecht had geconcludeerd dat de overgelegde documenten onvoldoende bewijs waren van het gebruik van het merk gedurende de in aanmerking te nemen periode.
- 13 Betreffende het recht om te worden gehoord in de zin van artikel 73, tweede volzin, van verordening nr. 40/94 heeft de kamer van beroep opgemerkt dat het BHIM bij het onderzoek van de stukken gebruik mag maken van alle door een partij verstrekte gegevens zonder deze partij vooraf de mogelijkheid te bieden, daarover een standpunt in te nemen, aangezien de betrokken partij wordt geacht die gegevens te kennen. Wat het „lijdelijkheidsbeginsel” betreft, heeft de kamer van beroep geoordeeld dat de kwestie van het gebruik van het merk slechts in zoverre door dit beginsel wordt beheerst dat de aanvrager zijn aanvraag te allen tijde kan intrekken. Derhalve heeft de oppositieafdeling artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94 niet geschonden.

De conclusies van partijen

- 14 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beslissing te vernietigen;

— het BHIM te verwijzen in de kosten.

15 Het BHIM en interveniënte concluderen dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

16 Ter ondersteuning van haar beroep voert verzoekster drie middelen aan. Met haar eerste middel betwist zij de conclusie van de kamer van beroep dat in casu het gebruik van het merk niet was bewezen. Haar tweede middel betreft schending van het recht te worden gehoord en haar derde middel schending van het „lijdelijkheidsbeginsel”.

Het bewijs van normaal gebruik van het merk

Argumenten van partijen

17 Verzoeksters eerste middel bestaat uit vijf onderdelen.

- 18 In de eerste plaats stelt zij, onder verwijzing naar de bewoordingen van artikel 43, leden 2 en 3, van verordening nr. 40/94 en naar enkele beslissingen van de kamers van beroep van het BHIM, dat onder „normaal” gebruik dient te worden verstaan dat het oudere merk op de markt daadwerkelijk is gebruikt om de aandacht van potentiële klanten te vestigen op de onder dat teken aangeboden waren en diensten. Artikel 43, lid 3, van verordening nr. 40/94 eist dus niet dat het gebruik van het merk omstandig wordt bewezen, anders dan andere bepalingen, zoals artikel 7, lid 3, van dezelfde verordening. Het is voldoende dat wordt aangetoond dat het oudere merk daadwerkelijk is gebruikt en dat het op de markt niet alleen is gebruikt „als fictief recht”.
- 19 In de tweede plaats benadrukt verzoekster dat de kamer van beroep in haar beslissing heeft verwezen naar het arrest van het Hof van 11 maart 2003, Anslu (C-40/01, Jurispr. blz. I-2439), en naar het arrest van het Gerecht van 12 maart 2003, Goulbourn/BHIM — Redcats (Silk Cocoon) (T-174/01, Jurispr. blz. II-789). Volgens verzoekster lijkt de kamer van beroep ervan uit te gaan dat deze twee arresten de vraag betroffen welke documenten voldoende bewijs vormden van een normaal gebruik van het merk. Dit is echter niet het geval, aangezien deze arresten volgens verzoekster geen verband vertonen met het onderwerp van het onderhavige beroep.
- 20 In de derde plaats betwist verzoekster met een beroep op artikel 43, lid 2, van verordening nr. 40/94 en regel 22, leden 2 en 3, van verordening nr. 2868/95 van de Commissie van 13 december 1995 tot uitvoering van verordening nr. 40/94 (PB L 303, blz. 1) door de kamer van beroep gevolgde benadering volgens welke bepaalde documenten weliswaar zouden kunnen volstaan om gebruik in de zin van het Duitse recht aan te tonen, doch niet altijd volstaan om gebruik in de zin van verordening nr. 40/94 te bewijzen. Deze opmerking betreft in het bijzonder het feit dat aan de verklaring onder belofte een geringere bewijskracht is toegekend dan doorgaans naar Duits recht het geval is.
- 21 In de vierde plaats voert verzoekster aan dat de bestreden beslissing in tegenspraak is met de beslissing van de derde kamer van beroep van het BHIM van 11 juli 2001

in zaak R 759/2000-3, Grafenwalder/Grafenwalder. In die zaak had de opposante een verklaring onder belofte overgelegd, een overzicht van de maandelijkse omzetcijfers voor de betrokken periode, twee kopieën van waren met haar merk en een reclamefolder. Verzoekster benadrukt dat de kamer van beroep in afwijking van het standpunt van de oppositieafdeling met name in punt 22 van haar beslissing heeft verklaard dat „de door opposante aangevoerde feiten en omstandigheden in casu voldoende [waren] om aan deze vereisten te voldoen, te meer daar regel [22 van verordening nr. 2868/95] niet eist dat alle in de tekst genoemde bewijsstukken worden overgelegd”. Volgens verzoekster is deze rechtsopvatting bovendien in overeenstemming met de beslissing van de tweede kamer van beroep van 8 november 2000 in zaak R 756/1999-2, DOCTORS/DOC & TORS.

- 22 In de vijfde plaats is verzoekster van mening dat de stukken van het dossier, tezamen beschouwd, er geen twijfel over laten bestaan dat het oudere merk voor de betrokken waren en gedurende de in aanmerking te nemen periode zeer frequent normaal is gebruikt in Duitsland, de lidstaat waar het merk is ingeschreven. Ter onderbouwing van haar standpunt verwijst verzoekster naar de beslissing van de eerste kamer van beroep van het BHIM van 6 april 2001 in zaak R 129/2000-1, VISIO/VISION. Daaruit concludeert zij dat het bewijs van normaal gebruik van het merk in de zin van artikel 43, lid 2, van verordening nr. 40/94 in casu is geleverd.
- 23 Het BHIM stelt dat, ook al wordt in het kader van de oppositieprocedure niet geëist dat de opposant bewijst dat zijn merk na het gebruik dat hij ervan heeft gemaakt, onderscheidend vermogen heeft verkregen, zoals ingevolge artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 het geval kan zijn, dit de opposant nog niet van zijn bewijslast bevrijdt.
- 24 Integendeel, krachtens artikel 43, lid 2, van verordening nr. 40/94 moet de opposant het bewijs leveren dat in de relevante periode een normaal gebruik van het teken is gemaakt.

- 25 Regel 22, lid 3, van verordening nr. 2868/95 vereist weliswaar dat alle aldaar genoemde bewijsstukken worden overgelegd, maar uit de door de opposant overgelegde bewijzen moeten de plaats, de tijd, de omvang en de wijze van gebruik van het oudere merk in de zin van lid 2 van die regel duidelijk kunnen worden afgeleid.
- 26 In casu erkent het BHIM dat de documenten in het dossier toelaatbare bewijsmiddelen zijn in de zin van artikel 76, lid 1, van verordening nr. 40/94 en regel 22, leden 2 en 3, van verordening nr. 2868/95. Het BHIM preciseert met name dat de door opposante ingediende „verklaring onder belofte” een toelaatbaar bewijsstuk is.
- 27 Het BHIM is niettemin van mening dat de bewijskracht van een dergelijke verklaring moet worden beoordeeld tezamen met alle andere overgelegde stukken, rekening houdend met hun inhoud en de bijzondere omstandigheden van het geval. Dit onderzoek leidt tot de conclusie dat deze verklaring onder belofte noch op zich, noch gelet op de daarbij gevoegde productpresentatie, voldoende bewijst dat van het oudere recht een normaal gebruik is gemaakt.
- 28 Dienaangaande is het BHIM van mening dat de bij de verklaring onder belofte gevoegde lijst slechts de in de verklaring genoemde getallen herhaalt, zonder deze te bewijzen. Deze gegevens vormen dus onvoldoende bewijs van een normaal gebruik, aangezien zij niet worden gestaafd met bijvoorbeeld facturen, catalogi of advertenties. Bovendien kunnen op grond van de ongedateerde voorbeelden van verpakkingen van de waren slechts veronderstellingen worden gedaan, zodat deze niet kunnen dienen als ondersteuning van de andere bewijsstukken en verklaringen.

- 29 Ook interveniënte erkent dat de verklaring onder belofte een toelaatbaar bewijsmiddel is, dat uitdrukkelijk in artikel 76, lid 1, sub f, van verordening nr. 40/94 wordt genoemd. Het is echter aan het BHIM, met name aan de kamers van beroep, om de bewijskracht van deze verklaring naar eigen inzicht te beoordelen.
- 30 In casu staan de gegevens over de verkopen en de periode waarin deze hadden plaatsgevonden, enkel in de verklaring onder belofte van verzoeksters directeur internationale inkoop omtrent de verkoopcijfers. Ook de productpresentatie is afkomstig van verzoekster zelf en wordt niet gestaafd door objectieve gegevens. Zij vergroot de bewijskracht van de verklaring onder belofte dus niet. Het is in wezen een gewone schriftelijke verklaring van een partij, zonder enige bewijskracht. Volgens interveniënte zijn de verpakking modellen de enige objectieve gegevens die verzoekster heeft overgelegd. Zij geven evenwel geen indicatie van de datum van het gebruik of de referentieperiode.
- 31 Voorts preciseert interveniënte dat de verklaring onder belofte ook naar Duits recht slechts voldoende bewijs van daadwerkelijk en normaal gebruik vormt indien zij tegelijkertijd wordt onderbouwd met ander bewijsmateriaal. In dit verband verwijst zij naar een beslissing van de eerste kamer van beroep van het BHIM die in het verzoekschrift wordt aangehaald.

Beoordeling door het Gerecht

- 32 Artikel 43, leden 2 en 3, van verordening nr. 40/94 bepaalt dat de aanvrager van een gemeenschapsmerk kan verzoeken om het bewijs dat in de vijf jaar vóór de publicatie van de merkaanvraag waartegen oppositie is ingesteld, het oudere merk in het gebied waarvoor de bescherming geldt, normaal is gebruikt.

- 33 Overeenkomstig regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95 bestaan de opgaven en het bewijsmateriaal die voor het leveren van het bewijs van het gebruik van het merk dienen, uit opgaven van de plaats, tijd, omvang en wijze van het gebruik van het oudere merk voor de waren en diensten waarvoor het is ingeschreven en waarop de oppositie is gebaseerd. Volgens dezelfde regel moeten deze opgaven worden verstrekt „ter staving”.
- 34 Dienaangaande wordt in regel 22, lid 3, van verordening nr. 2868/95 gepreciseerd dat het bewijs van het gebruik van het merk „in beginsel alleen” bestaat uit overlegging van tot staving dienende stukken en voorwerpen „zoals” verpakkingen, etiketten, prijslijsten, catalogi, facturen, foto’s, krantenadvertenties en schriftelijke verklaringen als bedoeld in artikel 76, lid 1, sub f, van verordening nr. 40/94; daaronder vallen onder meer ook verklaringen onder belofte.
- 35 Bovendien dient voor de uitlegging van het begrip normaal gebruik rekening te worden gehouden met het feit dat de ratio legis van het vereiste dat het oudere merk normaal is gebruikt om op basis daarvan oppositie te kunnen instellen tegen een gemeenschapsmerkaanvraag, erin bestaat het aantal conflicten tussen twee merken te beperken voorzover er geen geldige economische rechtvaardigingsgrond voortvloeiende uit een werkelijke functie van het merk op de markt bestaat (arrest Silk Cocoon, punt 19 supra, punt 38). Deze bepaling beoogt daarentegen niet, het commerciële succes te beoordelen of de handelsstrategie van een onderneming te controleren, noch de merkenbescherming te beperken tot de gevallen waarin er sprake is van een kwantitatief aanzienlijk commercieel gebruik van het merk [arrest Gerecht van 8 juli 2004, MFE Marienfelde/BHIM — Vétoquinol (HIPOVITON), T-334/01, Jurispr. blz. II-2787, punt 32].
- 36 Zoals blijkt uit het arrest Ansul, punt 19 supra, betreffende de uitlegging van artikel 12, lid 1, van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB 1989, L 40, blz. 1), dat in wezen hetzelfde bepaalt als artikel 43 van verordening nr. 40/94, wordt

van een merk een normaal gebruik gemaakt wanneer het, overeenkomstig zijn voornaamste functie, dat wil zeggen het waarborgen van de identiteit van de oorsprong van de waren of diensten waarvoor het is ingeschreven, wordt gebruikt teneinde voor die waren of diensten een afzet te vinden of te behouden, met uitsluiting van symbolisch gebruik dat enkel ertoe strekt, de door het merk verleende rechten te behouden (punt 43). In dit verband betekent het vereiste van normaal gebruik van het merk dat dit merk, zoals het op het relevante grondgebied wordt beschermd, publiek en naar buiten toe wordt gebruikt (arrest *Silk Cocoon*, punt 19 supra, punt 39; zie in die zin, *mutatis mutandis*, arrest *Ansul*, punt 19 supra, punt 37).

37 Bij de beoordeling of van het merk een normaal gebruik is gemaakt, moet rekening worden gehouden met alle feiten en omstandigheden aan de hand waarvan kan worden vastgesteld dat de commerciële exploitatie ervan reëel is, inzonderheid de gebruiken die in de betrokken economische sector gerechtvaardigd worden geacht om voor de door het merk beschermde waren of diensten marktaandeelen te behouden of te verkrijgen, de aard van die waren of diensten, de kenmerken van de markt en de omvang en de frequentie van het gebruik van het merk (arrest *HIPOVITON*, punt 35 supra, punt 34; zie in die zin, *mutatis mutandis*, arrest *Ansul*, punt 19 supra, punt 43).

38 Of het oudere merk normaal is gebruikt, dient globaal te worden beoordeeld met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval (arrest *HIPOVITON*, punt 35 supra, punt 36). Normaal gebruik van een merk kan overigens niet op basis van waarschijnlijkheden of vermoedens worden aangenomen, doch moet worden aangetoond aan de hand van concrete en objectieve gegevens die een daadwerkelijk en afdoend gebruik van het merk op de betrokken markt bewijzen [arrest *Gerecht van 12 december 2002, Kabushiki Kaisha Fernandes/BHIM — Harrison (HIWATT)*, T-39/01, *Jurispr. blz. II-5233*, punt 47].

39 In casu bevatten de schriftelijke verklaring van verzoeksters directeur internationale inkoop, alsmede de lijst van verkochte producten, gegevens over het gebruik van het merk, de plaats (Duitsland), de tijd (1993-1999), de omvang (jaarlijkse omzet per product) en de wijze waarop de genoemde waren worden gebruikt (vruchtensappen).

- 40 Wat de schriftelijke verklaring van verzoeksters directeur internationale inkoop betreft, zij eraan herinnerd dat artikel 76, lid 1, sub f, van verordening nr. 40/94 als bewijs voor het gebruik van het merk, gezien de verwijzing in regel 22 van verordening nr. 2868/95, doelt op „schriftelijke verklaringen die onder ede of belofte zijn afgelegd of overeenkomstig het recht van de staat waar zij afgelegd zijn een soortgelijke werking hebben”. Bijgevolg dient alleen in gevallen waarin een schriftelijke verklaring niet onder ede of belofte is afgelegd, te worden onderzocht wat de gevolgen van een schriftelijke verklaring zijn volgens het recht van de betrokken lidstaat. In casu staat vast dat de schriftelijke verklaring van verzoeksters directeur internationale inkoop een verklaring onder belofte is en dat zij als zodanig door de kamer van beroep als bewijsmiddel toelaatbaar is verklaard. Zonder dat de gevolgen van de verklaring naar Duits recht behoeven te worden onderzocht, maakt deze verklaring derhalve deel uit van de in artikel 76, lid 1, sub f, van verordening nr. 40/94 bedoelde bewijsmiddelen, waarnaar in artikel 22 van verordening nr. 2868/95 wordt verwezen.
- 41 Hoewel de verklaring onder belofte en de tabel van de door verzoekster verkochte producten kunnen worden beschouwd als toelaatbare bewijsmiddelen, moeten de gegevens in het dossier niettemin als geheel worden beoordeeld, met inachtneming van alle relevante factoren, teneinde uit te maken of het bewijs dat het merk normaal is gebruikt, is geleverd. Dienaangaande zij benadrukt dat de partijen volgens regel 22, lid 3, van verordening nr. 2868/95 over verschillende middelen beschikken om het gebruik van het merk te bewijzen. Bovendien biedt noch verordening nr. 40/94, noch verordening nr. 2868/95 steun voor het oordeel dat de middelen tot bewijs van het gebruik van het merk, samen dan wel afzonderlijk beschouwd, het BHIM noodzakelijkerwijze tot de conclusie moeten brengen dat het bewijs van een normaal gebruik is geleverd.
- 42 In casu moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat de verklaring onder belofte en de tabel van verkochte producten door verzoekster zelf zijn opgesteld. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat bij de beoordeling van de bewijskracht van een stuk in de eerste plaats moet worden gekeken naar de waarschijnlijkheid van de daarin vervatte informatie. Daarbij dient met name rekening te worden gehouden met de herkomst van het stuk, de omstandigheden waarin het tot stand is gekomen, en degene tot wie het is gericht, en voorts moet worden onderzocht of het stuk, gelet op zijn inhoud, redelijk en geloofwaardig overkomt (zie in die zin, mutatis mutandis, arrest Gerecht van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, T-25/95,

T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, Jurispr. blz. II-491, punt 1838; zie eveneens conclusie van advocaat-generaal Léger in zaak C-57/02 P, Acerinox/Commissie, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 202). Noch verordening nr. 40/94, noch verordening nr. 2868/95 biedt steun voor de conclusie dat de bewijskracht van de middelen die het gebruik van het merk moeten bewijzen, met inbegrip van verklaringen onder belofte, moet worden nagegaan aan de hand van de nationale wetgeving van een lidstaat.

- 43 In de tweede plaats heeft verzoekster in de loop van de procedure voor het BHIM geen andere feiten of omstandigheden aangevoerd die onder meer de in haar verklaring onder belofte en in haar lijst van verkochte producten genoemde cijfers kunnen staven.
- 44 De enige verdere aanwijzingen in het dossier waren ongedateerde verpakkingsmodellen van de betrokken waren. Gesteld dat deze konden dienen tot staving van de „wijze” van gebruik van het merk (vruchtensappen) en eventueel de „plaats” (de modellen dragen Duitse opschriften), dan nog bevatten ze geen aanwijzingen voor de duur en de omvang van dat gebruik.
- 45 Ten slotte zij opgemerkt dat het voor verzoekster niet moeilijk zou zijn geweest, meer gegevens aan te dragen om de opsomming in de verklaring onder belofte te onderbouwen, zoals facturen, catalogi of krantenadvertenties. Deze gegevens had zij met name voor de kamer van beroep kunnen overleggen, te meer daar in de beslissing van de oppositieafdeling reeds sprake was van onvoldoende bewijs voor het gebruik van het merk.

- 46 Gelet op het voorgaande dient, met inachtneming van alle relevante factoren, te worden geconcludeerd dat de kamer van beroep niet van een verkeerde opvatting blijk heeft gegeven door te oordelen dat het gebruik van het oudere nationale merk in casu niet was bewezen.
- 47 De overige argumenten van verzoekster doen aan dit oordeel niet af.
- 48 Wat betreft het feit dat de kamer van beroep in de bestreden beslissing verwijst naar de arresten Ansul en Silk Cocoon, punt 19 supra, die in casu niet relevant zouden zijn, is het voldoende op te merken dat, anders dan verzoekster stelt, de kamer van beroep niet heeft aangegeven dat deze arresten handelen over de vraag welke documenten volstonden als bewijs van een normaal gebruik van het merk. Zoals uit punt 15 van de bestreden beslissing duidelijk blijkt, heeft de kamer van beroep alleen naar deze twee arresten verwezen omdat daarin het begrip „normaal gebruik” wordt gedefinieerd in de zin van de communautaire regels. Dit argument mist dus feitelijke grondslag.
- 49 Wat de omstandigheid betreft dat eerdere beslissingen van de kamer van beroep van het BHIM in tegenspraak zouden zijn met de bestreden beslissing, volstaat het eraan te herinneren dat de wettigheid van de beslissingen van de kamers van beroep uitsluitend moet worden beoordeeld op basis van verordening nr. 40/94, zoals uitgelegd door de gemeenschapsrechter, en niet op basis van een vroegere beslissingspraktijk van de kamers van beroep [arresten Gerecht van 9 oktober 2002, Glaverbel/BHIM (Oppervlak van een glasplaat), T-36/01, Jurispr. blz. II-3887, punt 35, en 20 november 2002, Bosch/BHIM (Kit pro en Kit Super Pro), T-79/01 en T-86/01, Jurispr. blz. II-4881, punt 32]. Dit argument mist dus zijn doel.
- 50 Om al deze redenen dient het eerste middel te worden afgewezen.

Schending van het recht om te worden gehoord

Argumenten van partijen

- 51 Verzoekster stelt dat, aangezien de kamer van beroep niet heeft laten blijken dat zij twijfelde aan de geloofwaardigheid van de verklaring onder belofte en daaraan slechts een beperkte bewijskracht heeft toegekend, zij verzoekster vooraf de gelegenheid had moeten bieden, opmerkingen in te dienen overeenkomstig artikel 73, tweede volzin, van verordening nr. 40/94. Gelet op een beslissing van een andere kamer van beroep in een andere zaak (Grafenwalder/Grafenwalder, genoemd in punt 21 supra) mocht verzoekster veronderstellen dat de aan het BHIM overgelegde stukken voldoende informatie verschaffen over de plaats, de tijd, de omvang en de wijze van het gebruik van het merk. Verzoekster wijst er met name op dat zij geen reden had om aan te nemen dat de kamer van beroep beperkte bewijskracht zou toekennen aan de verklaring onder belofte. Bijgevolg had zij door de „rechter” aan wie de zaak was voorgelegd, in kennis moeten worden gesteld van een rechtsopvatting die haar onbekend was en waarop deze „rechter” zijn beslissing zou baseren. De onderhavige zaak verschilt derhalve van de zaak die heeft geleid tot het arrest van het Gerecht van 5 juni 2002, Hershey Foods/BHIM (Kiss Device with plume) (T-198/00, Jurispr. blz. II-2567), waarnaar in de bestreden beslissing wordt verwezen.
- 52 Het BHIM is van mening dat het recht om te worden gehoord betrekking heeft op alle feitelijke en juridische gegevens op basis waarvan de beslissing wordt genomen, doch niet op de beslissing die het bestuursorgaan voornemens is te nemen. Aldus heeft de oppositieafdeling volgens het BHIM het recht om te worden gehoord niet geschonden en kan tegen haar beslissing hoe dan ook geen beroep worden ingesteld bij het Gerecht.
- 53 Indien verzoeksters middel evenwel ziet op de beslissing van de kamer van beroep, vindt het BHIM dat de grief inzake schending van het recht om te worden gehoord

kant noch wal raakt, aangezien de kamer van beroep de oppositie op dezelfde grond heeft afgewezen als de oppositieafdeling.

- 54 Interveniente is van mening dat het BHIM zijn beslissing slechts kan baseren op de feiten waarvan beide partijen kennis hebben gekregen en waarover zij een standpunt hebben kunnen innemen. De beoordeling in welke mate bepaalde aangevoerde feiten voldoende bewijs van een daadwerkelijk en normaal gebruik van het merk vormen, is een rechtsvraag. Het gaat niet om een vaststelling van feiten, doch om een juridische beoordeling van de overgelegde stukken, en deze beoordeling behoeft het BHIM niet vooraf aan de partijen mee te delen. Interveniente wijst er verder op dat het in strijd zou zijn met de neutraliteitsverplichting van het BHIM, indien het een partij zou stimuleren om meer bewijzen van het gebruik van het merk over te leggen.

Beoordeling door het Gerecht

- 55 Om te beginnen zij opgemerkt dat verzoekster met haar middel inzake schending van het recht om te worden gehoord, in feite schending van artikel 73, tweede volzin, van verordening nr. 40/94 stelt, dat bepaalt dat de beslissingen van het BHIM slechts kunnen worden genomen op gronden waartegen de partijen verweer hebben kunnen voeren.
- 56 Bovendien heeft verzoekster ter terechtzitting verklaard dat dit middel betrekking heeft op zowel de procedure die heeft geleid tot de beslissing van de oppositieafdeling, als de procedure die heeft geleid tot de bestreden beslissing.
- 57 Met betrekking tot de procedure die tot de beslissing van de oppositieafdeling heeft geleid, is dit middel voor het eerst tijdens de mondelinge behandeling opgeworpen.

- 58 Ingevolge artikel 48, lid 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht mogen echter geen nieuwe middelen in de loop van het geding worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken.
- 59 In ieder geval staat overeenkomstig artikel 63, lid 1, van verordening nr. 40/94 alleen beroep bij de gemeenschapsrechter open tegen de beslissingen van de kamer van beroep. Bijgevolg zijn in het kader van een dergelijk beroep alleen middelen tegen de beslissing van de kamer van beroep zelf ontvankelijk.
- 60 Voorzover het middel inzake schending van artikel 73, tweede volzin, van verordening nr. 40/94 betrekking heeft op de beslissing van de oppositieafdeling, moet het derhalve niet-ontvankelijk worden verklaard.
- 61 Met betrekking tot de bestreden beslissing dient te worden geoordeeld dat, zelfs ervan uitgaande dat verzoekster de kamer van beroep in werkelijkheid verwijt de beslissing van de oppositieafdeling niet te hebben vernietigd ondanks de procedurefout die deze beslissing volgens verzoekster bevat, in punt 26 van de bestreden beslissing terecht is verklaard dat het BHIM voor het onderzoek van de stukken gebruik mag maken van alle door een partij verstrekte aanwijzingen, zonder deze vooraf de gelegenheid te bieden, daarover een standpunt in te nemen. In ieder geval zou de kamer van beroep niet verplicht geweest zijn, de beslissing van de oppositieafdeling alleen op deze grond te vernietigen, aangezien er geen sprake is van materiële onwettigheid. Bovendien zij benadrukt dat verzoekster juist beroep bij de kamer van beroep heeft ingesteld om haar standpunt uiteen te zetten over de relevantie van de gegevens die zijn aangevoerd ten bewijze van het normale gebruik van het betrokken merk, en dat zij dus op dat punt is gehoord.

- 62 Aangaande het recht om voor de kamer van beroep zelf te worden gehoord, zij eraan herinnerd 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, mutatis mutandis, arrest Gerecht van 21 januari 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke en Lech-Stahlwerke/Commissie, T-129/95, T-2/96 en T-97/96, Jurispr. blz. II-17, punt 231). Bovendien heeft verzoekster, zoals reeds is opgemerkt, zelf de betrokken stukken aan het BHIM overgelegd, en heeft zij dus uiteraard de gelegenheid gehad, daarover en over de relevantie ervan een standpunt in te nemen. De kamer van beroep was dan ook niet verplicht, verzoekster te horen omtrent de beoordeling van de feiten waarop zij haar beslissing heeft gebaseerd.
- 63 Om deze redenen dient het middel inzake schending van artikel 73, tweede volzin, van verordening nr. 40/94 te worden afgewezen.

Schending van het „lijdelijkheidsbeginsel”

Argumenten van partijen

- 64 Verzoekster stelt dat het „lijdelijkheidsbeginsel” dat volgens haar in artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94 is geformuleerd, impliceert dat de kamer van beroep, zolang deze geen reden had om naar aanleiding van een opmerking van interveniënte of andersluidende aanwijzingen in de stukken, te twifelen aan de geloofwaardigheid van de bij wege van de verklaring onder belofte verstrekte opgaven, niet het recht had, ambtshalve de opgaven te betwisten en aan de verklaring onder belofte slechts een geringere bewijskracht toe te kennen.

- 65 In casu heeft de kamer van beroep volgens verzoekster ten onrechte geoordeeld dat artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94 niet was geschonden. De kamer van beroep heeft immers geen gevolg verbonden aan het feit dat interveniënte de bewijzen in verband met het gebruik van het merk niet heeft betwist. Bovendien heeft de kamer van beroep geen rekening gehouden met het feit dat de bewijskracht van de aard en de inhoud van deze bewijsstukken stilzwijgend was erkend, doordat interveniënte de lijst van haar waren heeft beperkt en zich later, ook tijdens de beroepsprocedure, nog slechts heeft uitgelaten over het mogelijke verwarringsgevaar. Er was dan ook geen reden om te twijfelen aan de juistheid en de waarheidsgetrouwheid van de overgelegde stukken. Volgens verzoekster had de oppositieafdeling dus geen juridische basis, ten eerste om ambtshalve te oordelen dat deze stukken werden betwist, ten tweede om te twijfelen aan de geloofwaardigheid van de gegevens in de verklaring onder belofte, en ten derde om daaraan een geringere bewijskracht toe te kennen. Alleen al daardoor bevat de bestreden beslissing een substantiële procedurefout.
- 66 Aangaande de vraag of het gebruik is bewezen nu interveniënte dit gebruik niet langer betwistte na de overlegging van de desbetreffende bewijsstukken door verzoekster, wijst het BHIM erop dat het Gerecht zich reeds over dat argument heeft uitgesproken in zijn arrest van 13 juni 2002, *Chef Revival USA/BHIM — Massagué Marín (Chef)* (T-232/00, Jurispr. blz. II-2749). Volgens dit arrest volgt uit artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94 dat het aan partijen is om de bewijsstukken tot staving van hun vorderingen over te leggen. In dit arrest is geen sprake van een uitzondering op deze regel in geval van niet-betwisting.
- 67 Aangaande de vraag of mag worden aangenomen dat een partij die niet reageert, in de feiten berust, benadrukt het BHIM dat noch verordening nr. 40/94, noch verordening nr. 2868/95 uitdrukkelijk naar een dergelijk beginsel verwijst. Indien de aanvrager geen opmerkingen indient, mag het BHIM op de oppositie uitspraak doen op basis van de bewijsstukken waarover het beschikt. Het BHIM wijst er voorts op dat, zelfs wanneer de aanvrager van een merk niet op de oppositie reageert, het toch beschikt over diens aanvraag, en samen met de oppositie, over de voor zijn beslissing noodzakelijke grondslag.

- 68 Overeenkomstig artikel 43, lid 2, van verordening nr. 40/94 moet, wanneer de aanvrager van het merk heeft verzocht om bewijs van gebruik van het merk van de opposant, de oppositie worden afgewezen wanneer dat bewijs niet wordt geleverd.
- 69 Ten slotte preciseert het BHIM, gelet op deze omstandigheden, dat het argument van verzoekster dat de beperking van de aanvraag een stilzwijgende erkenning inhoudt, niet opgaat. Een dergelijke beperking is te allen tijde mogelijk en is in geen enkel opzicht gebonden aan de oppositieprocedure. Verzoeksters conclusie op dit punt is niet overtuigend.
- 70 Interveniente stelt dat overeenkomstig artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94 het onderzoek van de feiten door het BHIM beperkt is tot de door partijen aangevoerde feiten, bewijsmiddelen en argumenten en tot de door hen ingestelde vordering. Een oppositie kan dus niet worden afgewezen alleen op grond dat de opposant het daadwerkelijke en normale gebruik niet heeft bewezen, wanneer de aanvrager het gebruik van het merk waarop de oppositie is gebaseerd, niet heeft betwist. Indien het gebruik van het merk waarop de oppositie is gebaseerd, op enig moment in de procedure wordt betwist, geldt deze betwisting voor de volledige procedure, ook voor de eventuele beroepsprocedure. Het is derhalve niet noodzakelijk de betwisting te herhalen, aangezien deze alleen vervalt wanneer de merkaanvrager haar uitdrukkelijk intrekt of uitdrukkelijk erkent dat het oudere merk daadwerkelijk en normaal is gebruikt, hetgeen in casu niet het geval is geweest.
- 71 Interveniente voegt daaraan toe dat zij in de procedure voor de kamer van beroep opmerkingen heeft ingediend over het feit dat het merk niet werd gebruikt. Dat zij zich pas in de oppositieprocedure op het gevaar voor verwarring van de merken heeft beroepen, betekent niet dat zij haar middel dat het merk niet daadwerkelijk en normaal werd gebruikt, heeft ingetrokken. Intrekking kan slechts uitdrukkelijk geschieden, hetgeen in casu niet het geval is geweest.

- 72 Wat de beperking van de lijst van de in haar inschrijvingsaanvraag bedoelde waren betreft, is interveniënte van mening dat deze beperking niet betekent dat zij haar betwisting van het gebruik van het merk stilzwijgend heeft ingetrokken. De betwisting had alleen via een uitdrukkelijke verklaring aan het BHIM kunnen worden ingetrokken. Bovendien betrof de beperking van de lijst van waren en diensten andere feiten en heeft zij geleid tot andere oppositieprocedures.

Beoordeling door het Gerecht

- 73 Om te beginnen zij opgemerkt dat verzoekster met haar middel inzake schending van het „lijdelijkheidsbeginsel” in feite schending van artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94 stelt.

- 74 Deze bepaling luidt: „[...] in procedures inzake relatieve afwijzingsgronden blijft dit onderzoek [...] beperkt tot de door de partijen aangevoerde feiten, bewijsmiddelen en argumenten en tot de door hen ingestelde vordering”. In casu slaat de term „vordering” op de aanvraag tot inschrijving van een merk, alsmede op de oppositie die daartegen is ingesteld. De woorden „feiten, bewijsmiddelen en argumenten” betreffen de feitelijke en juridische gegevens die de partijen ter onderbouwing van hun vordering hebben aangevoerd.

- 75 In casu diende het BHIM zich dus over twee vorderingen in de zin van artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94 uit te spreken. De eerste vordering, die door interveniënte is ingesteld, betrof de inschrijving van het merk Salvita. De tweede vordering, die door verzoekster is ingesteld, betrof de oppositie tegen deze inschrijving op grond van het bestaan van het oudere merk SOLEVITA. Deze twee vorderingen waren gestaafd met de door partijen aangevoerde feiten, bewijsmiddelen en argumenten.

- 76 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat, ook al is in de Franse taalversie van artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94 niet uitdrukkelijk sprake van de overlegging van de bewijsmiddelen door de partijen, uit deze bepaling toch voortvloeit dat de partijen ook de bewijsmiddelen ter staving van hun vorderingen moeten overleggen. Deze uitlegging strookt met de analyse van de andere taalversies van deze bepaling, inzonderheid de Engelse, die spreekt over „the facts, evidence and arguments provided by the parties”, de Duitse, die het heeft over „das Vorbringen [...] der Beteiligten”, en de Italiaanse, die verwijst naar „[ai] fatti, prove ed argomenti adottati [...] dalle parti” (arrest Chef, punt 66 supra, punt 45).
- 77 Voorts moet de houder van een ouder merk die oppositie heeft ingesteld overeenkomstig artikel 43, leden 2 en 3, van verordening nr. 40/94, op verzoek van de aanvrager bewijzen dat dit merk normaal is gebruikt of dat er geldige redenen voor zijn dat het niet is gebruikt. De indiening van een dergelijk verzoek door de aanvrager heeft dus tot gevolg dat de bewijslast voor het normale gebruik (of voor het bestaan van een geldige reden voor het niet gebruiken) op de opposant komt te rusten op straffe van afwijzing van zijn oppositie. Voor een dergelijk gevolg is vereist dat het verzoek uitdrukkelijk en tijdig voor het BHIM wordt geformuleerd. Bijgevolg kan het ontbreken van het bewijs van het normale gebruik alleen dan door afwijzing van de oppositie worden gesanctioneerd wanneer de aanvrager een dergelijk bewijs uitdrukkelijk en tijdig voor het BHIM heeft geëist [arrest Gerecht van 17 maart 2004, El Corte Inglés/BHIM — González Cabello en Iberia Líneas Aéreas de España (MUNDICOR), T-183/02 en T-184/02, Jurispr. blz. II-965, punten 38 en 39].
- 78 In casu heeft interveniënte op 27 oktober 1999 verzoekster verzocht het bewijs te leveren van het normale gebruik van haar merk overeenkomstig artikel 43, lid 2, van verordening nr. 40/94. Vaststaat dat dit verzoek uitdrukkelijk en tijdig is geformuleerd. Bijgevolg rust de bewijslast voor het normale gebruik van het oudere merk op verzoekster.
- 79 Gezien het feit dat interveniënte haar aanvraag tot inschrijving van het merk Salvita niet heeft ingetrokken, dat het aan verzoekster was om het normale gebruik van haar merk te bewijzen en dat dit bewijs in casu niet is geleverd, dient derhalve te worden

geconcludeerd dat het BHIM de oppositie terecht heeft afgewezen, ook al heeft interveniënte de door verzoekster ter ondersteuning van haar oppositie aangevoerde feiten, bewijsmiddelen en argumenten niet betwist.

- 80 Aangaande verzoeksters argument dat interveniënte de lijst van de in haar inschrijvingsaanvraag bedoelde waren heeft beperkt en daarmee impliciet heeft erkend dat het normale gebruik van het merk was bewezen, zij opgemerkt dat interveniënte alleen heeft verzocht om beperking van de lijst van de in de gemeenschapsmerkaanvraag opgegeven waren van klasse 5. Bovendien staat vast dat de door verzoekster ingestelde oppositie uitsluitend was gericht tegen de in de gemeenschapsmerkaanvraag opgegeven waren van de klassen 29, 30 en 32. Bijgevolg kan de beperking van de lijst van de waren waarop de inschrijving betrekking had, in casu geen invloed hebben op de door verzoekster ingestelde oppositie. In ieder geval staat het aan verzoekster, te bewijzen dat van het betrokken merk normaal gebruik is gemaakt. Nu dit bewijs niet is geleverd en interveniënte haar aanvraag tot inschrijving van het gemeenschapsmerk niet heeft ingetrokken, mocht het BHIM de door verzoekster ingestelde oppositie afwijzen.
- 81 Gelet op een en ander dient het middel inzake schending van artikel 74, lid 1, tweede volzin, van verordening nr. 40/94 te worden afgewezen en dient het beroep derhalve in zijn geheel te worden verworpen.

Kosten

- 82 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dat is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van het BHIM en van interveniënte te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

rechtdoende, verklaart:

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

- 2) **Verzoekster wordt verwezen in de kosten.**

Vilaras

Delhousse

Šváby

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 7 juni 2005.

De griffier

De president van de Vijfde kamer

H. Jung

M. Vilaras