ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

29 juli 2010 *

In zaak C-214/09 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie, ingesteld op 12 juni 2009,

Anheuser-Busch Inc., gevestigd te Saint Louis (Verenigde Staten van Amerika), vertegenwoordigd door V. von Bomhard en B. Goebel, Rechtsanwälte,

rekwirante,

andere partijen in de procedure:

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

verweerder in eerste aanleg,

* Procestaal: Engels.

Budějovický Budvar, národní podnik, gevestigd te České Budějovice (Tsjechische Republiek), vertegenwoordigd door K. Čermák, advokát,

interveniënte in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: J.-C. Bonichot (rapporteur), kamerpresident, C. Toader, K. Schiemann, L. Bay Larsen en J.-J. Kasel, rechters,

advocaat-generaal: P. Cruz Villalón,
griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 11 mei 2010,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

1 Anheuser-Busch Inc. (hierna: „Anheuser-Busch") vordert vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 25 maart 2009, Anheuser-Busch/BHIM — Budějovický Budvar (BUDWEISER) (T-191/07, Jurispr. blz. II-691; hierna: „bestreden arrest"), waarbij is verworpen haar beroep tot vernietiging van de beslissing van de tweede kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) van 20 maart 2007 (zaak R 299/2006-2; hierna: „litigieuze beslissing") tot weigering van de inschrijving van het woordmerk BUDWEISER door toewijzing van de oppositie die daartegen werd ingesteld door Budějovický Budvar, národní podnik (hierna: „Budvar").

Toepasselijke bepalingen

Verordening (EG) nr. 40/94

2 Artikel 8 van verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), dat op het hoofdgeding van toepassing is en later werd ingetrokken en vervangen bij verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het gemeenschapsmerk (PB L 78, blz. 1), met als opschrift „Relatieve weigeringsgronden", bepaalt in lid 1 ervan:

„Na oppositie door de houder van een ouder merk wordt inschrijving van het aangevraagde merk geweigerd:

a) wanneer het gelijk is aan het oudere merk en wanneer de waren of diensten waarvoor het merk is aangevraagd, dezelfde zijn als de waren of diensten waarvoor het oudere merk is ingeschreven;

b) wanneer het gelijk is aan of overeenstemt met het oudere merk en betrekking heeft op dezelfde of soortgelijke waren of diensten, indien daardoor verwarring bij het publiek kan ontstaan op het grondgebied waarop het oudere merk beschermd wordt; verwarring omvat het gevaar van associatie met het oudere merk."

3 Artikel 15 van verordening nr. 40/94, met het opschrift „Gebruik van het gemeenschapsmerk", luidt als volgt:

„1. Een gemeenschapsmerk waarvan de houder vijf jaar na de inschrijving binnen de Gemeenschap geen normaal gebruik heeft gemaakt voor de waren of diensten waarvoor het ingeschreven is, of waarvan gedurende een ononderbroken tijdvak van vijf jaar geen normaal gebruik is gemaakt, is vatbaar voor de sancties van deze verordening, tenzij er geldige redenen zijn voor het niet gebruiken.

2. Als gebruik in de zin van lid 1 wordt eveneens beschouwd:

a) het gebruik van het gemeenschapsmerk in een op onderdelen afwijkende vorm zonder dat het onderscheidend vermogen van het merk in de vorm waarin het ingeschreven is, wordt gewijzigd;

[...]"

4 Artikel 42, lid 3, van deze verordening bepaalt:

„De oppositie moet schriftelijk worden ingesteld en met redenen omkleed zijn. De oppositie wordt pas geacht ingesteld te zijn nadat de oppositietaks betaald is. Binnen een door het [BHIM] te stellen termijn kan de opposant tot staving van de oppositie feiten, bewijzen en argumenten aanvoeren."

5 Artikel 43, leden 1 tot en met 3, van verordening nr. 40/94 luidt als volgt:

„1. Bij het onderzoek van de oppositie verzoekt het [BHIM] zo dikwijls als nodig de partijen binnen een door het [BHIM] te stellen termijn te antwoorden op mededelingen van de andere partijen of van het [BHIM] zelf.

2. Op verzoek van de aanvrager levert de houder van een ouder gemeenschapsmerk die oppositie heeft ingesteld, het bewijs dat in de vijf jaar vóór de publicatie van de

aanvrage om een gemeenschapsmerk het oudere gemeenschapsmerk in de Gemeenschap normaal is gebruikt voor de waren of diensten waarvoor het ingeschreven is en waarop de oppositie gebaseerd is, of dat er een geldige reden is voor het niet gebruiken, voor zover het oudere merk op die datum sinds ten minste vijf jaar ingeschreven was. Kan dat bewijs niet worden geleverd, dan wordt de oppositie afgewezen. Wordt het oudere gemeenschapsmerk slechts gebruikt voor een deel van de waren of diensten waarvoor het ingeschreven is, dan wordt het voor het onderzoek van de oppositie geacht alleen voor dat deel van de waren of diensten ingeschreven te zijn.

3. Lid 2 is van toepassing op de in artikel 8, lid 2, sub a, bedoelde oudere nationale merken, met dien verstande dat het gebruik in de Gemeenschap wordt vervangen door het gebruik in de lidstaat waar het oudere nationale merk beschermd wordt."

6 Onder titel IX van verordening nr. 40/94, die ziet op de procedureregels, bevat de eerste afdeling ervan, met het opschrift „Algemene bepalingen", een artikel 74 dat onder het opschrift „Ambtshalve onderzoek van de feiten" stelt:

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

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

7 Artikel 76, lid 1, van deze verordening bepaalt:

„In de procedure voor het [BHIM] zijn onder meer de volgende bewijsmiddelen toegelaten:

a) horen van partijen;

b) inwinnen van inlichtingen;

c) overleggen van documenten en monsters;

d) getuigenverhoor;

e) deskundigenonderzoek;

f) schriftelijke verklaringen die onder ede of belofte zijn afgelegd of overeenkomstig het recht van de staat waar zij afgelegd zijn een soortgelijke werking hebben."

Uitvoeringsverordening van 1995

8 Regel 16 van verordening (EG) nr. 2868/95 van de Commissie van 13 december 1995 tot uitvoering van verordening nr. 40/94 (PB L 303, blz. 1; hierna: „uitvoeringsverordening van 1995") bepaalt:

„1. Elk oppositiebezwaarschrift mag bijzonderheden bevatten van de ter staving van de oppositie aangevoerde feiten, bewijzen en argumenten, vergezeld van de desbetreffende, ter staving dienende stukken.

2. Indien de oppositie op een ouder merk dat geen gemeenschapsmerk is, berust, dient het bezwaarschrift bij voorkeur vergezeld te gaan van bewijsmateriaal betreffende de inschrijving of de indiening van het oudere merk, zoals een inschrijvingsbewijs. [...]

3. De bijzonderheden van de feiten, bewijzen, argumenten en andere ter staving dienende stukken als bedoeld in lid 1, alsmede het in lid 2 bedoelde bewijsmateriaal, mogen, indien zij niet samen met het bezwaarschrift of nadien worden overgelegd, binnen een door het [BHIM] overeenkomstig regel 20, lid 2, te stellen termijn na de aanvang van de oppositieprocedure worden overgelegd."

9 Regel 20, lid 2, van de uitvoeringsverordening van 1995 luidt als volgt:

„Indien het oppositiebezwaarschrift geen bijzonderheden van de feiten, bewijzen en argumenten als bedoeld in regel 16, leden 1 en 2, behelst, verzoekt het [BHIM] de opposant die gegevens alsnog binnen een door het [BHIM] gestelde termijn over te leggen. Hetgeen de opposant overlegt, wordt de aanvrager ter kennis gebracht, aan wie de gelegenheid wordt geboden binnen een door het [BHIM] gestelde termijn te antwoorden."

10 De uitvoeringsverordening van 1995 werd gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1041/2005 van de Commissie van 29 juni 2005 (PB L 172, blz. 4; hierna: „uitvoeringsverordening van 2005"), die op 25 juli 2005 in werking is getreden.

11 Regel 18, lid 1, van de uitvoeringsverordening van 2005 bepaalt:

„Wanneer de oppositie overeenkomstig regel 17 ontvankelijk wordt verklaard, stuurt het [BHIM] de partijen een mededeling om hen te laten weten dat de oppositieprocedure twee maanden na ontvangst van de mededeling geacht wordt een aanvang te nemen. Deze termijn kan tot maximaal 24 maanden worden verlengd indien beide partijen voor het verstrijken van de termijn daarom verzoeken."

12 Regel 19 van de uitvoeringsverordening van 2005 bepaalt:

„1. Het [BHIM] stelt de opposant in de gelegenheid feiten, bewijzen en argumenten ter staving van zijn oppositie aan te dragen of ingevolge regel 15, lid 3, reeds aangedragen feiten, bewijzen of argumenten aan te vullen binnen een door het [BHIM] te stellen termijn die ten minste twee maanden bedraagt en ingaat op de datum waarop de oppositieprocedure overeenkomstig regel 18, lid 1, geacht wordt een aanvang te nemen.

2. Binnen de in lid 1 bedoelde termijn overlegt de opposant ook bewijzen van het bestaan, de geldigheid en de beschermingsomvang van zijn ouder merk of recht, alsmede bewijsmateriaal waaruit blijkt dat hij gerechtigd is een oppositie in te dienen. De opposant verstrekt met name het volgende bewijsmateriaal:

a) indien de oppositie berust op een merk dat geen gemeenschapsmerk is, bewijsmateriaal betreffende de indiening of inschrijving ervan door overlegging:

[...]

ii) indien het merk ingeschreven is, van een kopie van het desbetreffende inschrijvingsbewijs en eventueel van het laatste vernieuwingsbewijs, waaruit blijkt dat de beschermingstermijn van het merk langer is dan de in lid 1 bedoelde termijn en de eventuele verlenging daarvan, of gelijkwaardige documenten, afgegeven door de administratie waarbij het merk werd ingeschreven;

[...]

4. Het [BHIM] houdt geen rekening met schriftelijke opmerkingen of documenten, of delen daarvan, die niet binnen de door het [BHIM] gestelde termijn zijn ingediend of in de proceduretaal zijn vertaald."

Voorgeschiedenis van het geding

13 De voorgeschiedenis van het geding voor het Gerecht, zoals die blijkt uit het bestreden arrest, kan worden samengevat als volgt.

14 Op 1 april 1996 heeft Anheuser-Busch het BHIM verzocht om inschrijving van het woordteken „budweiser" als gemeenschapsmerk voor waren van klasse 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. Die waren zijn omschreven als volgt: „Bier, ale, porter, alcoholhoudende en alcoholvrije dranken met mout".

15 Op 28 september 1999 heeft Budvar oppositie ingesteld tegen de inschrijving van het aangevraagde merk voor alle betrokken waren. Budvar heeft op grond van artikel 8, lid 1, sub a en b, van verordening nr. 40/94 het bestaan van drie merken aangevoerd, te weten:

— het voor „alle soorten bier" ingeschreven internationale woordmerk BUDWEISER (R 238 203) (hierna: „merk R 238 203"), met werking in Duitsland, Oostenrijk, de Benelux en Italië,

— het voor „mout" en „bier" ingeschreven internationale beeldmerk dat de termen „Budweiser Budvar" bevat (nr. 674 530) (hierna: „merk nr. 674 530"), met werking in Oostenrijk, de Benelux, Frankrijk en Italië, en

— het voor „bier" ingeschreven internationale beeldmerk dat de termen „Budweiser Budvar" bevat (nr. 614 536) (hierna: „merk nr. 614 536"), met werking in Duitsland, Oostenrijk, de Benelux, Frankrijk en Italië.

16 Verder heeft Budvar haar oppositie krachtens artikel 8, lid 4, van verordening nr. 40/94 gebaseerd op verschillende benamingen van oorsprong die de term „budweiser" bevatten.

17 Het BHIM had oorspronkelijk de termijn waarbinnen Budvar de feiten, bewijzen en argumenten ter onderbouwing van haar oppositie moest overleggen, gesteld op 24 juni 2000. Deze termijn werd vervolgens verlengd tot 26 februari 2002. De documenten die Budvar daartoe per telefax heeft overgelegd, werden volledig door het BHIM ontvangen op 27 februari 2002.

18 Op 8 juli 2002 heeft Anheuser-Busch overeenkomstig artikel 43, leden 2 en 3, van verordening nr. 40/94 verzocht dat Budvar het bewijs levert dat de oppositiemerken normaal zijn gebruikt.

19 Budvar heeft gehoor gegeven aan dit verzoek bij brief van 8 november 2002. De termijn die het BHIM daartoe in een brief van 10 september 2002 had gesteld, verstreek op 11 november 2002.

20 In die brief heeft Budvar uitdrukkelijk verwezen naar de documenten die het BHIM op 27 februari 2002 heeft ontvangen en die ertoe strekten, het gebruik van de benamingen van oorsprong met de term „budweiser" te bewijzen, en was van mening dat deze documenten onder meer golden voor het merk R 238 203.

21 Voor de oppositieafdeling van het BHIM heeft Budvar voorts als bijlage bij haar opmerkingen van 21 januari 2004 een document van de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom (WIPO) gevoegd, waarin is gecertificeerd dat de inschrijving van het merk R 238 203 op 5 december 2000 was vernieuwd (hierna: „vernieuwingsbewijs").

22 Bij een eerste beslissing van 10 juni 2004 heeft de oppositieafdeling de door Budvar ingestelde oppositie toegewezen door in wezen te oordelen dat er gevaar voor verwarring tussen het aangevraagde merk en merk nr. 674 530 bestond in Oostenrijk en in Frankrijk.

23 Bij beslissing van 11 juli 2005 heeft de tweede kamer van beroep van het BHIM het beroep van Anheuser-Busch tegen de beslissing van 10 juni 2004 toegewezen op grond dat het merk nr. 674 530 in bovengenoemde twee lidstaten pas na de indiening van de betrokken gemeenschapsmerkaanvraag bescherming genoot. Zij heeft de zaak naar de oppositieafdeling terugverwezen.

24 Bij een tweede beslissing van 22 december 2005 heeft de oppositieafdeling de door Budvar ingestelde oppositie opnieuw toegewezen. Aangezien zij van oordeel was dat het gebruik van het merk R 238 203 onvoldoende was bewezen, heeft zij haar onderzoek beperkt tot merk nr. 614 536 en in dit verband beslist, de door Budvar ter onderbouwing van haar oppositie overgelegde documenten in aanmerking te nemen. De oppositieafdeling heeft kortom geoordeeld dat er gevaar voor verwarring tussen het aangevraagde merk en dat oudere merk bestond in Duitsland, Oostenrijk, de Benelux, Frankrijk en Italië.

25 Bij de litigieuze beslissing heeft de tweede kamer van beroep van het BHIM het beroep van Anheuser-Busch tegen de beslissing van 22 december 2005 verworpen.

26 De kamer van beroep heeft, anders dan de oppositieafdeling, geoordeeld dat het merk R 238 203 in aanmerking kon worden genomen. Zij was immers op basis van de door Budvar overgelegde documenten van oordeel dat het bewijs van het normale gebruik van dit merk was geleverd.

27 De kamer van beroep heeft zich op het standpunt gesteld dat voor de waren „bier, ale, porter, alcoholhoudende dranken met mout" de oppositie kon worden toegewezen op basis van artikel 8, lid 1, sub a, van verordening nr. 40/94, en dat voor de overige waren („alcoholvrije dranken"), gelet op het feit dat het om gelijke merken en kennelijk soortgelijke waren ging, de oppositie kon worden toegewezen op basis van artikel 8, lid 1, sub b, van deze verordening.

Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest

28 Bij een op 31 mei 2007 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft Anheuser-Busch beroep tot vernietiging van de litigieuze beslissing ingesteld.

29 Het BHIM en Budvar hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

30 Aangezien de hogere voorziening van Anheuser-Busch slechts ziet op bepaalde delen van het bestreden arrest, zullen enkel die delen hierna worden onderzocht.

31 Met haar tweede middel, ontleend aan schending van artikel 74, lid 2, van verordening nr. 40/94, verweet Anheuser-Busch de kamer van beroep onder meer dat zij het vernieuwingsbewijs niet buiten beschouwing had gelaten, aangezien dit document pas op 21 januari 2004 door Budvar werd overgelegd.

32 In dit verband heeft het Gerecht in de punten 63 tot en met 71 van het bestreden arrest enerzijds geoordeeld dat de litigieuze beslissing niet op schending van artikel 74, lid 2, van verordening nr. 40/94 berust, aangezien uit deze beslissing niet blijkt dat de kamer van beroep heeft geoordeeld dat het vernieuwingsbewijs niet tijdig was overgelegd en dat zij die bepaling heeft toegepast om daarmee rekening te kunnen houden, en anderzijds gesteld dat om in de punten 78 en 79 van het bestreden arrest uiteengezette redenen dat bewijs tijdig was overgelegd.

33 In die punten 78 en 79 heeft het Gerecht zich in het bijzonder op het standpunt gesteld dat, ook al volgt uit regel 16 juncto regel 20 van de uitvoeringsverordening van 1995 dat het BHIM kan verzoeken om het bewijs van vernieuwing van het oudere merk wanneer de geldigheid daarvan na de datum van indiening van het oppositiebezwaarschrift verstrijkt, uit regel 20, lid 2, niet volgt dat de opposant dit bewijs zonder daartoe strekkend verzoek moet overleggen en deze regel evenmin voorschrijft dat het BHIM een document buiten beschouwing moet laten wanneer dit hem niet tijdig ter kennis is gebracht.

34 Wat regel 20, lid 2, van de uitvoeringsverordening van 1995 betreft, heeft het Gerecht in punt 73 van het bestreden arrest ook geoordeeld dat artikel 74, lid 2, van verordening nr. 40/94 het BHIM een beoordelingsvrijheid verleent voor de inaanmerkingneming van elementen die na het verstrijken van een termijn worden overgelegd, en dat aan deze regel geen uitlegging kan worden gegeven die in strijd is met de uitlegging die voortvloeit uit de duidelijke bewoordingen van deze verordening.

35 Ten overvloede was het Gerecht in de punten 74 tot en met 77 van het bestreden arrest van oordeel dat, gelet op het rechtszekerheidsbeginsel zoals neergelegd in de rechtspraak van het Hof, de bepalingen die de uitvoeringsverordening van 2005 heeft ingevoerd in de uitvoeringsverordening van 1995, in het bijzonder regel 19, lid 4, ervan, niet met terugwerkende kracht konden worden toegepast op het onderhavige geval.

36 Derhalve heeft het Gerecht het tweede middel van Anheuser-Busch ongegrond verklaard.

37 Met haar derde middel, ontleend aan schending van artikel 43, leden 2 en 3, van verordening nr. 40/94, voerde Anheuser-Busch aan dat de door Budvar verstrekte gegevens ontoereikend waren om het normale gebruik van het merk R 238 203 te bewijzen.

38 Het Gerecht heeft eerst in de punten 99 tot en met 105 van het bestreden arrest de rechtspraak inzake de uitlegging van het begrip „normaal gebruik" in herinnering gebracht. Vervolgens heeft het in punt 106 van ditzelfde arrest vastgesteld dat in casu de kamer van beroep had geoordeeld dat „de door Budvar overgelegde bewijzen duidelijk volstonden als bewijs van het normale gebruik van het [...] merk [R 238 203]" en dat deze kamer van beroep inzonderheid had verwezen naar de reclameadvertenties waarin bier van Budvar was afgebeeld onder het merk BUDWEISER, naar de aan afnemers in Duitsland en in Oostenrijk gerichte facturen en naar het feit dat deze documenten betrekking hadden op het tijdvak dat relevant is voor artikel 43, leden 2 en 3, van verordening nr. 40/94.

39 Wat om te beginnen de reclameadvertenties betreft die in een Oostenrijks tijdschrift en in Duitse tijdschriften zijn verschenen en op 8 november 2002 door Budvar aan het BHIM zijn overgelegd, heeft het Gerecht in punt 110 van het bestreden arrest vastgesteld dat Anheuser-Busch niet betwistte dat deze documenten een aantal bewijselementen bevatten betreffende de aard van de waren (bier), de plaats (Duitsland en Oostenrijk) en de duur (1995 voor Oostenrijk en tussen 1996 en 1998 voor Duitsland) van het gebruik van de term „budweiser". In datzelfde punt 110 heeft het Gerecht daaraan toegevoegd dat Anheuser-Busch evenmin betwistte dat het gebruik van de term „budweiser", in de verschillende vormen die in de door Budvar overgelegde reclameadvertenties zijn gebruikt, aan het merk R 238 203 kon worden toegeschreven.

40 Wat vervolgens de reclameadvertenties en de facturen betreft die het BHIM op 27 februari 2002 volledig heeft ontvangen, heeft het Gerecht in punt 111 van het bestreden arrest opgemerkt dat Budvar deze documenten had overgelegd ten bewijze van het gebruik van de benamingen van oorsprong die de term „budweiser" bevatten, maar dat zij in haar brief van 8 november 2002, in antwoord op het verzoek van Anheuser-Busch om het bewijs van het normale gebruik van de ter ondersteuning van de oppositie ingeroepen oudere merken te leveren, uitdrukkelijk naar die documenten had verwezen en daarbij het standpunt had ingenomen dat deze onder meer voor het merk R 238 203 golden.

41 In dit verband heeft het Gerecht in punt 112 van het bestreden arrest geoordeeld dat Anheuser-Busch voor het Gerecht niet betwistte dat deze documenten betrekking hadden op het gebruik van het merk R 238 203 en dat zij evenmin ter discussie stelde dat deze documenten bewijselementen bevatten betreffende de plaats, de duur en de omvang van het gebruik van dit merk, elementen die volgens het Gerecht overigens duidelijk uit die documenten blijken.

42 Wat ten slotte de bewering van Anheuser-Busch betreft dat de kamer van beroep zich op andere overwegingen had moeten baseren, zoals de wijze waarop het merk R 238 203 in Duitsland en in Oostenrijk is gebruikt, was het Gerecht in punt 114 van het bestreden arrest van oordeel dat er slechts hoefde op te worden gewezen dat de kamer van beroep had verwezen naar de reclameadvertenties waarin het „bier" van Budvar was afgebeeld onder dit oudere merk. Het Gerecht heeft zich tevens op het standpunt gesteld dat de wijze van gebruik van dit merk, voor zover werd verwezen naar bier, bleek uit zowel de reclameadvertenties als de facturen die door Budvar waren overgelegd, en dat, door naar de facturen te verwijzen, de kamer van beroep impliciet maar noodzakelijkerwijs diezelfde wijze van gebruik in aanmerking had genomen.

43 Bijgevolg heeft het Gerecht het derde middel van Anheuser-Busch ongegrond verklaard.

44 Het Gerecht heeft derhalve het beroep tot vernietiging in zijn geheel verworpen.

Conclusies van partijen

45 In hogere voorziening verzoekt Anheuser-Busch het Hof:

— het bestreden arrest te vernietigen, en

— [het BHIM] te verwijzen in de kosten.

46 Het BHIM en Budvar concluderen tot afwijzing van de hogere voorziening en tot verwijzing van Anheuser-Busch in de kosten.

Hogere voorziening

47 Tot staving van haar hogere voorziening voert Anheuser-Busch drie middelen aan, te weten ten eerste schending van artikel 42, lid 3, van verordening nr. 40/94, gelezen in samenhang met regel 16, leden 1 en 3, en regel 20, lid 2, van de uitvoeringsverordening van 1995, ten tweede schending van artikel 74, lid 2, van verordening nr. 40/94, en ten derde schending van artikel 43, leden 2 en 3, van deze verordening.

Eerste middel: schending van artikel 42, lid 3, van verordening nr. 40/94, gelezen in samenhang met regel 16, leden 1 en 3, en regel 20, lid 2, van de uitvoeringsverordening van 1995

Argumenten van partijen

48 Met haar eerste middel voert Anheuser-Busch aan dat het Gerecht in de punten 78 en 79 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van artikel 42, lid 3, van verordening nr. 40/94.

49 Volgens Anheuser-Busch staat deze uitlegging in schril contrast met de oudere rechtspraak van het Gerecht en met de vaste praktijk van het BHIM sinds vele jaren, meer in het bijzonder tot de codificatie van deze rechtspraak en van deze praktijk in regel 19 van de uitvoeringsverordening van 2005.

50 Uit de arresten van het Gerecht van 20 april 2005, Atomic Austria/BHIM — Fabricas Agrupadas de Muñecas de Onil (ATOMIC BLITZ) (T-318/03, Jurispr. blz. II-1319), en van 13 september 2006, MIP Metro/BHIM — Tesco Stores (METRO) (T-191/04, Jurispr. blz. II-2855), blijkt immers dat het Gerecht — zoals het BHIM — van oordeel was dat, wanneer de opposant wordt verzocht om de feiten, bewijzen en argumenten tot staving van zijn oppositie aan te voeren, deze verplicht was om hiertoe over te gaan binnen de door het BHIM gestelde termijn en deze verplichting ook gold voor het bewijs van vernieuwing van het oudere merk wanneer dit intussen was vernieuwd, voor zover dit bewijs niet bleek uit enig document dat samen met het oppositiebezwaarschrift was overgelegd.

51 De vaste praktijk van het BHIM die erin bestond, te vragen dat het vernieuwingsbewijs tijdig wordt verstrekt, heeft geleid tot een wijziging van zijn richtsnoeren, en vervolgens tot een codificatie in regel 19, lid 2, sub a-ii, van de uitvoeringsverordening van 2005.

52 Door niet te erkennen dat Budvar verplicht was om het bewijs van vernieuwing van het merk R 238 203 over te leggen op de datum waarop de feiten, bewijzen en argumenten tot staving van de oppositie moesten worden overgelegd, te weten 26 februari 2002, is het Gerecht in deze omstandigheden ten onrechte tot de slotsom gekomen dat de kamer van beroep vrij mocht beoordelen of dit bewijs, dat te laat werd overgelegd, in aanmerking diende te worden genomen.

53 Het BHIM repliceert dat de opvatting van het Gerecht rechtens gegrond is. Overeenkomstig de regels 16 en 20 van de uitvoeringsverordening van 1995 kon het BHIM of een partij in de oppositieprocedure weliswaar verzoeken om het bewijs van vernieuwing van een ouder recht waarvan de geldigheid tijdens de procedure verstreek, maar dit betekende niet — zoals overigens wordt bevestigd door de rechtspraak van het Gerecht waarnaar Anheuser-Busch verwijst — dat de houder van dit oudere recht verplicht was om het vernieuwingsbewijs uit eigen beweging over te leggen.

54 Het BHIM herinnert er voorts aan dat de termijn die de oppositieafdeling oorspronkelijk had gesteld voor de overlegging van de bewijzen tot staving van de op 28 september 1999 ingestelde oppositie 24 juni 2000 was, en dat het merk R 238 203 pas uiterlijk op 5 december 2000 moest worden vernieuwd. Geen enkele bepaling van de uitvoeringsverordening van 1995 eist het bewijs van een toekomstige gebeurtenis, in casu het bewijs van die vernieuwing. De oorspronkelijk vastgestelde termijn werd weliswaar later verlengd tot 26 februari 2002, maar de oppositieafdeling heeft niet uitdrukkelijk gevraagd dat het vernieuwingsbewijs binnen die termijn werd overgelegd.

55 Budvar merkt op dat zij bij haar oppositiebezwaarschrift bijlagen had gevoegd bestaande uit gedetailleerde ter staving dienende stukken en uit een aantal bewijzen, waaronder het bewijs van inschrijving van het merk R 238 203 waaruit de geldigheid van dit merk op de datum van indiening van het oppositiebezwaarschrift blijkt. Aldus is zij haar verplichting nagekomen om „feiten, bewijzen en argumenten tot staving van haar oppositie aan te voeren", en was zij niet verplicht om na de datum van indiening van het oppositiebezwaarschrift het vernieuwingsbewijs over te leggen.

Beoordeling door het Hof

56 Met haar eerste middel betoogt Anheuser-Busch in wezen dat, anders dan het Gerecht in punt 79 van het bestreden arrest heeft geoordeeld, uit artikel 42, lid 3, van verordening nr. 40/94 juncto regels 16, leden 1 en 3, en 20, lid 2, van de uitvoeringsverordening van 1995 voortvloeit dat de opposant uit eigen beweging het bewijs van vernieuwing van het oudere merk waarvan hij houder is en dat krachtens artikel 8, lid 1, van verordening nr. 40/94 wordt aangevoerd, moet overleggen samen met de andere feiten, bewijzen en argumenten die binnen de door het BHIM overeenkomstig artikel 42, lid 3, van verordening nr. 40/94 gestelde termijn tot staving van de oppositie worden aangevoerd, wanneer een dergelijke vernieuwing plaatsvindt na de datum van indiening van het oppositiebezwaarschrift, maar vóór het verstrijken van die termijn.

57 In dit verband dient te worden vastgesteld dat, zoals het Gerecht heeft geoordeeld, noch artikel 42, lid 3, van verordening nr. 40/94 noch de regels 16, leden 1 en 3, en 20, lid 2, van de uitvoeringsverordening van 1995 preciseren welke feiten, bewijzen en argumenten tot staving van de oppositie binnen de overeenkomstig artikel 42, lid 3, van verordening nr. 40/94 gestelde termijn moeten worden aangevoerd.

58 In het bijzonder bevatten deze bepalingen geen enkele aanwijzing dat de opposant uit eigen beweging en binnen die termijn het bewijs van vernieuwing van het aangevoerde oudere merk moet overleggen wanneer die vernieuwing plaatsvindt na de indiening van het oppositiebezwaarschrift.

59 In elk geval en anders dan Anheuser-Busch betoogt, blijkt een dergelijke uitlegging voorts niet uit de rechtspraak van het Gerecht, in het bijzonder de aangehaalde arresten Atomic Austria/BHIM — Fabricas Agrupadas de Muñecas de Onil (ATOMIC BLITZ) en MIP Metro/BHIM — Tesco Stores (METRO), en evenmin uit een vaste praktijk van het BHIM voor de vaststelling van de uitvoeringsverordening van 2005.

60 In de gedingen die hebben geleid tot die twee arresten van het Gerecht, had het BHIM de opposant uitdrukkelijk verzocht om het bewijs van vernieuwing van de oudere merken binnen de overeenkomstig artikel 42, lid 3, van verordening nr. 40/94 gestelde termijn over te leggen in het geval dat die vernieuwing zou moeten plaatsvinden vóór het verstrijken van die termijn. In deze gedingen was dus niet de vraag aan de orde of de opposant een dergelijk bewijs uit eigen beweging diende over te leggen. Deze vraag rijst daarentegen in het onderhavige geding, aangezien vaststaat dat in casu het BHIM de opposant niet uitdrukkelijk heeft verzocht om een dergelijk bewijs over te leggen.

61 Bovendien heeft het Gerecht in het reeds aangehaalde arrest Atomic Austria/BHIM — Fabricas Agrupadas de Muñecas de Onil (ATOMIC BLITZ) geoordeeld dat, zelfs indien uitdrukkelijk is verzocht om het bewijs van vernieuwing van het oudere merk over te leggen overeenkomstig artikel 42, lid 3, van verordening nr. 40/94, het BHIM de oppositie niet kon afwijzen wegens de niet-overlegging van een dergelijk bewijs.

62 In punt 40 van het reeds aangehaalde arrest Atomic Austria/BHIM — Fabricas Agrupadas de Muñecas de Onil (ATOMIC BLITZ) heeft het Gerecht zich immers op het standpunt gesteld dat de opposant vrij kiest welk bewijsmateriaal hij het BHIM ter

ondersteuning van zijn oppositie overlegt, en dat dit laatste alle aangedragen elementen dient te onderzoeken alvorens te beslissen of deze elementen daadwerkelijk bewijsmateriaal betreffende de inschrijving of de indiening van het oudere merk zijn, zonder daarbij meteen al een bepaald type van bewijsmateriaal te mogen weigeren op grond dat het wegens de vorm ervan onaanvaardbaar is. Verder heeft het Gerecht in punt 46 van datzelfde arrest geoordeeld dat op basis van de bij het oppositiebezwaarschrift gevoegde uittreksels uit het merkenregister kon worden vastgesteld, op welke datum de bescherming van de oudere merken verstreek, en bovendien kon worden geconcludeerd dat vier van de vijf oudere merken geldig waren op de datum waarop de kamer van beroep haar beslissing heeft vastgesteld.

63 In punt 46 van het reeds aangehaalde arrest MIP Metro/BHIM — Tesco Stores (METRO) was het Gerecht van oordeel dat, bij gebreke van overlegging door de opposant van het bewijs van vernieuwing van het oudere merk, waarom het BHIM overeenkomstig artikel 42, lid 3, van verordening nr. 40/94 had verzocht, het BHIM blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting op twee punten door enerzijds te oordelen dat de oppositieafdeling geen rekening mag houden met het feit dat de geldigheid van het oudere merk verstrijkt vóórdat zij uitspraak op de oppositie doet, en anderzijds te stellen dat de oppositieafdeling niet bevoegd is om te verzoeken om inlichtingen over de vernieuwing van het oudere merk na de aanvankelijke overlegging van de bewijzen.

64 In elk geval en anders dan Anheuser-Busch betoogt, blijkt evenmin dat vóór de vaststelling van de uitvoeringsverordening van 2005 de vaste praktijk van het BHIM erin bestond dat de opposant uit eigen beweging het bewijs van vernieuwing van het oudere merk moest overleggen samen met de andere feiten, bewijzen en argumenten die tot staving van de oppositie moeten worden aangevoerd binnen de daartoe door het BHIM overeenkomstig artikel 42, lid 3, van verordening nr. 40/94 gestelde termijn.

65 Op dit punt dient te worden vastgesteld dat bij beslissing van de tweede kamer van beroep van het BHIM van 9 juli 2003 die ter discussie stond in het geding dat heeft geleid tot het reeds aangehaalde arrest Atomic Austria/BHIM — Fabricas Agrupadas de Muñecas de Onil (ATOMIC BLITZ), deze kamer de oppositie had afgewezen op

grond dat het bewijs van vernieuwing van de oudere merken niet was overgelegd binnen de gestelde termijn, waarbij werd opgemerkt dat een dergelijk bewijs duidelijk en ondubbelzinnig was gevraagd in een toelichting bij de brief die het BHIM aan de opposant had gericht overeenkomstig artikel 42, lid 3, van verordening nr. 40/94.

66 Daarentegen heeft de eerste kamer van beroep van het BHIM in haar beslissing van 23 mei 2004 die ter discussie stond in het geding dat heeft geleid tot het reeds aangehaalde arrest MIP Metro/BHIM — Tesco Stores (METRO), het beroep toegewezen tegen een beslissing van de oppositieafdeling tot afwijzing van de oppositie op grond dat, hoewel de opposant was verzocht om overlegging van het bewijs van vernieuwing van het oudere merk, hij dit niet had gedaan. De kamer van beroep heeft geoordeeld dat het oudere recht nog steeds geldig was op de datum van indiening van het oppositiebezwaarschrift en zelfs op de datum waarop om het bewijs werd verzocht, en dat de opposant derhalve niet hoefde te bewijzen dat de inschrijving van zijn merk was vernieuwd.

67 Hieruit vloeit tevens voort dat, anders dan Anheuser-Busch stelt, het niet mogelijk lijkt om de bepalingen van regel 19, leden 2 en 4, van de uitvoeringsverordening van 2005 in casu in aanmerking te nemen op grond dat zij een loutere codificatie zijn van de uitlegging die het Gerecht aan artikel 42, lid 3, van verordening nr. 40/94 en regels 16, leden 1 en 3, en 20, lid 2, van de uitvoeringsverordening van 1995 heeft gegeven op basis van een vaste praktijk van het BHIM.

68 Die bepalingen van de uitvoeringsverordening van 2005 leggen voortaan binnen bepaalde grenzen de opposant een uitdrukkelijke verplichting op om het bewijs van

vernieuwing van het oudere merk over te leggen binnen de in artikel 42, lid 3, van verordening nr. 40/94 bedoelde termijn, en bevatten aldus op dit punt een verduidelijking van de in laatstgenoemde bepaling gestelde algemene regel ter verhoging van de rechtszekerheid van de marktdeelnemers die in oppositieprocedures voor het BHIM zijn verwikkeld. Zoals het Gerecht in punt 76 van het bestreden arrest terecht heeft gesteld, kunnen in deze omstandigheden de nieuwe regels van die uitvoeringsverordening niet met terugwerkende kracht worden toegepast in het onderhavige geding.

69 Derhalve dient te worden geoordeeld dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 79 van het bestreden arrest, onder verwijzing overigens naar punt 41 van het reeds aangehaalde arrest MIP Metro/BHIM — Tesco Stores (METRO), te oordelen dat enerzijds uit regel 16 juncto regel 20 van de uitvoeringsverordening van 1995 volgt dat het BHIM kan verzoeken om het bewijs van vernieuwing van het oudere merk wanneer de geldigheid daarvan na de datum van indiening van het oppositiebezwaarschrift verstrijkt, en anderzijds uit die bepalingen niet volgt dat de opposant dit bewijs uit eigen beweging moet overleggen.

70 Hieraan dient te worden toegevoegd dat, zoals het Gerecht overigens in de punten 41 en 46 van het reeds aangehaalde arrest MIP Metro/BHIM — Tesco Stores (METRO) heeft gesteld, artikel 76 van verordening nr. 40/94 tevens kan worden aangewezen als grondslag voor de aldus aan het BHIM verleende bevoegdheid om het bewijs van vernieuwing van het oudere merk te vragen.

71 Hieruit volgt dat het eerste middel in hogere voorziening ongegrond moet worden verklaard.

Tweede middel: schending van artikel 74, lid 2, van verordening nr. 40/94

Argumenten van partijen

72 In het kader van haar tweede middel stelt Anheuser-Busch dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de kamer van beroep rekening mocht houden met het vernieuwingsbewijs zonder dat zij gebruik diende te maken van de beoordelingsvrijheid die haar wordt verleend door artikel 74, lid 2, van verordening nr. 40/94 en die wordt bevestigd door het arrest van 13 maart 2007, BHIM/Kaul (C-29/05 P, Jurispr. blz. I-2213, punt 43).

73 Door te oordelen dat het vernieuwingsbewijs binnen de gestelde termijn was overgelegd en dat artikel 74, lid 2, van verordening nr. 40/94 niet van toepassing was, heeft het Gerecht niet alleen de procedureregels inzake de overlegging van het bewijsmateriaal binnen de in het kader van oppositieprocedures voor het BHIM gestelde termijnen geschonden, een grief die in het kader van het eerste middel is onderzocht, maar ook artikel 74, lid 2, zelf.

74 Het BHIM betoogt dat, aangezien Budvar geen enkele specifieke termijn voor de overlegging van het bewijs van vernieuwing van de inschrijving van het merk R 238 203 diende te eerbiedigen, artikel 74, lid 2, van verordening nr. 40/94 niet van toepassing was op de omstandigheden van het concrete geval en de kamer van beroep dus geen gebruik moest maken van de aldaar voorziene beoordelingsvrijheid.

75 Budvar stelt dat, aangezien de opposant niet verplicht was om het vernieuwingsbewijs binnen een of andere termijn over te leggen, er in casu geen „te late overlegging" is geweest. Alvorens uitspraak te doen op de oppositie dient het BHIM ambtshalve te onderzoeken of de ter staving van de oppositie aangevoerde rechten geldig zijn. Het ogenblik waarop de opposant het bewijs van vernieuwing van zijn oudere merk heeft overgelegd en de vraag of hij het daadwerkelijk heeft overgelegd, zijn van geen belang.

Beoordeling door het Hof

76 Met haar tweede middel verwijt Anheuser-Busch het Gerecht een onjuiste rechtsopvatting door in punt 71 van het bestreden arrest te oordelen dat de litigieuze beslissing niet op schending van artikel 74, lid 2, van verordening nr. 40/94 berust doordat het bewijs van vernieuwing in aanmerking is genomen.

77 Aangezien volgens Anheuser-Busch dit bewijs niet werd overgelegd binnen de door het BHIM overeenkomstig artikel 42, lid 3, van verordening nr. 40/94 gestelde termijn, gaat het om een bewijs dat niet tijdig werd aangevoerd in de zin van artikel 74, lid 2, van deze verordening. Bijgevolg kon het BHIM enkel daarmee rekening houden door gebruik te maken van het daartoe door diezelfde bepaling verleende bevoegdheid om te laat overgelegde bewijzen buiten beschouwing te laten. In casu heeft het BHIM evenwel geen gebruikgemaakt van die bevoegdheid, aangezien het ten onrechte van mening was dat het bewijs tijdig was aangevoerd.

78 Op dit punt dient eraan te worden herinnerd dat uit punt 69 van het onderhavige arrest voortvloeit dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat in casu de opposant niet verplicht was om het bewijs van vernieuwing van het merk R 238 203 over te leggen binnen de krachtens artikel 42, lid 3, van verordening nr. 40/94 gestelde termijn.

79 Aangezien het vernieuwingsbewijs tijdig was overgelegd, heeft het Gerecht terecht geoordeeld dat het BHIM geen gebruik diende te maken van de bevoegdheid die hem door artikel 74, lid 2, is verleend om rekening te houden met dat bewijs.

80 Bijgevolg moet het tweede middel in hogere voorziening ongegrond worden verklaard.

Derde middel: schending van artikel 43, leden 2 en 3, van verordening nr. 40/94

Argumenten van partijen

81 In het kader van haar derde middel stelt Anheuser-Busch dat het Gerecht artikel 43, leden 2 en 3, van verordening nr. 40/94 heeft geschonden door te oordelen dat de bewijzen van het gebruik van het merk R 238 203 die Budvar tot staving van haar oppositie heeft overgelegd, toereikend waren.

82 Bijna alle door Budvar overgelegde bewijzen tonen enkel het gebruik van een ander merk aan, te weten merk nr. 674 530, dat in gestileerde vorm de termen „Budweiser Budvar" bevat. Laatstgenoemd merk werd evenwel niet in aanmerking genomen door de kamer van beroep en evenmin door het Gerecht, aangezien het geen ouder recht is ten opzichte van het aangevraagde merk.

83 Uit de punten 81 tot en met 86 van het arrest van 13 september 2007, Il Ponte Finanziaria/BHIM (C-234/06 P, Jurispr. blz. I-7333), vloeit evenwel voort dat het bewijs van gebruik van een ingeschreven merk niet tegelijkertijd het bewijs van gebruik van een ander ingeschreven merk kan vormen. Het Gerecht had moeten onderzoeken of dit beginsel in casu diende te worden toegepast.

84 Anheuser-Busch is van mening dat het Gerecht dit onderzoek had moeten verrichten, aangezien zij had aangevoerd dat de documenten die Budvar als bewijs van het gebruik had overgelegd, niet voldeden aan de criteria van artikel 43, leden 2 en 3, van verordening nr. 40/94 en zij deze bewijzen ter discussie had gesteld, in het bijzonder wat de wijze van gebruik van het merk betreft, te weten de manier waarop dit merk op de waren zelf voorkwam.

85 Het Gerecht heeft dus in punt 112 van het bestreden arrest ten onrechte gesteld dat Anheuser-Busch niet had betwist dat die documenten betrekking hadden op het gebruik van het merk R 238 203.

86 Het BHIM betoogt om te beginnen dat het derde middel in hogere voorziening in twee opzichten niet-ontvankelijk is.

87 In de eerste plaats gaat het om een nieuw middel waardoor het voorwerp van het geding zoals dat voor het Gerecht is gebracht, wordt gewijzigd, terwijl het aanvoeren van een dergelijk nieuw middel verboden is op grond van de artikelen 113, lid 2, en 116, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. De toetsing door het Hof blijft beperkt tot de antwoorden die het Gerecht heeft gegeven op de voor hem aangevoerde middelen.

88 Dit geldt temeer daar het arrest van het Gerecht waartegen de hogere voorziening is ingesteld die heeft geleid tot het reeds aangehaalde arrest Il Ponte Finanziaria/BHIM, reeds was gewezen toen het verzoekschrift van Anheuser-Busch voor het Gerecht werd ingediend, zodat niets eraan in de weg stond dat Anheuser-Busch een middel in die zin in haar verzoekschrift aanvoerde.

89 In de tweede plaats vloeit uit het bestreden arrest voort dat het Gerecht erop heeft gewezen dat uit de door Budvar overgelegde bewijzen het gebruik van de term „budweiser" „in diverse vormen" blijkt. Daarentegen heeft het Gerecht op geen enkel ogenblik gesuggereerd dat het gebruik van het merk R 238 203 was aangetoond op grond van bewijzen van gebruik van merk nr. 674 530. Indien het Gerecht aldus was te werk gegaan, had het overigens gewag gemaakt van de toepassing in casu van artikel 15, lid 2, sub a, van verordening nr. 40/94.

90 De conclusie die het Gerecht heeft getrokken uit de door Budvar overgelegde bewijzen, te weten dat deze het normale gebruik van het merk R 238 203 bevestigen, daaronder begrepen in de vorm van een woord, is overigens een feitelijke vaststelling die niet valt onder de toetsing door het Hof.

91 Gesteld dat dit middel ontvankelijk is, voert het BHIM vervolgens aan dat het in elk geval ongegrond is, aangezien het berust op een onjuiste opvatting van de feiten.

92 Ten slotte kan het door het Hof in het reeds aangehaalde arrest Il Ponte Finanziaria/BHIM neergelegde beginsel in casu niet worden toegepast, aangezien de omstandigheden van het onderhavige geval elke analogie uitsluiten. Dat beginsel is enkel van toepassing wanneer twee verschillende merken rechtsgeldig door de opposant worden aangevoerd en voor beide het bewijs van gebruik moet worden geleverd. Enkel in een dergelijk geval bestaat het gevaar dat het bewijs van gebruik van een merk kan dienen om afwijzing van het andere merk in het kader van de oppositie te ontwijken.

93 Dit is evenwel niet het geval in het onderhavige geding, aangezien merk nr. 674 530, dat in gestileerde vorm de termen „Budweiser Budvar" bevat, niet zou kunnen worden aangevoerd in een oppositieprocedure, aangezien het geen ouder recht is.

94 Budvar betoogt dat zowel het BHIM als het Gerecht heeft bevestigd dat uit de door haar overgelegde bewijzen duidelijk de wijze van gebruik van het merk bleek, te weten een gebruik voor bier.

95 Budvar stelt dat zij documenten heeft overgelegd die het bewijs van gebruik van het merk R 238 203 leveren, aangezien dit merk minstens voorkomt op de relevante waren, te weten bier, waarvan de reclameadvertenties door haar zijn overgelegd. Deze feiten werden duidelijk in aanmerking genomen in de punten 110 tot en met 115 van het bestreden arrest.

96 Verder kan in casu niet worden verwezen naar het reeds aangehaalde arrest Il Ponte Finanziaria/BHIM, aangezien dit arrest betrekking had op de vraag of het bewijs van het gebruik van een merk kan dienen als bewijs van het gebruik van een ander merk, terwijl in het onderhavige geding het bewijs van het normale gebruik van het merk R 238 203 door de opposant is geleverd door de overlegging van verschillende documenten waaruit het gebruik van de term „budweiser" voor bier blijkt.

Beoordeling door het Hof

97 In het kader van haar derde middel verwijt Anheuser-Busch in wezen het Gerecht dat het de litigieuze beslissing niet heeft vernietigd op grond dat de door Budvar overgelegde documenten niet volstonden als bewijs van het normale gebruik van het merk R 238 203 gelet op de voorwaarden van artikel 43, leden 2 en 3, van verordening nr. 40/94.

98 Het bestreden arrest zou op dit punt blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting aangezien de betrokken documenten in wezen het bewijs leveren van het gebruik van een ander merk, te weten merk nr. 674 530, dat evenwel door de kamer van beroep niet in

aanmerking werd genomen omdat het geen ouder merk in de zin van artikel 8, lid 1, van verordening nr. 40/94 is. Uit het reeds aangehaalde arrest Il Ponte Finanziaria/BHIM, in het bijzonder punt 86 ervan, zou voortvloeien dat het bewijs van gebruik van een ingeschreven merk niet tegelijkertijd het bewijs van gebruik van een ander ingeschreven merk kan vormen op grond dat dit laatste merk slechts een lichte variant van het eerste merk is.

99 Zoals het BHIM terecht stelt, voert Anheuser-Busch evenwel een middel aan dat geen deel uitmaakte van het bij het Gerecht tegen de litigieuze beslissing ingestelde beroep.

100 Het betreft dus een nieuw middel dat het voorwerp van het geschil uitbreidt en dat daardoor niet voor het eerst in het stadium van de hogere voorziening kan worden voorgedragen (zie met name arrest van 18 december 2008, Les Éditions Albert René/BHIM, C-16/06 P, Jurispr. blz. I-10053, punt 125).

101 In de punten 110 en 112 van het bestreden arrest heeft het Gerecht immers vastgesteld dat Anheuser-Busch niet had betwist dat deze documenten betrekking hadden op het gebruik van het merk R 238 203. In punt 114 van dat arrest heeft het Gerecht erop gewezen dat Anheuser-Busch voor hem heeft betoogd dat de kamer van beroep zich op andere overwegingen had moeten baseren, zoals de wijze waarop dit merk in Duitsland en in Oostenrijk is gebruikt.

102 Hieruit vloeit voort dat het Gerecht van oordeel was dat het voorwerp van het geding dat bij hem aanhangig was, uitsluitend betrekking had op de vraag of de betrokken documenten volstonden als bewijs van het normale gebruik van het merk R 238 203, in het bijzonder wat de wijze van gebruik ervan betreft, en niet zag op de vraag of deze documenten betrekking hadden op het gebruik van dit merk of op dat van een ander merk dat eveneens door de opposant was aangevoerd, maar door het BHIM terzijde was gesteld in de loop van de oppositieprocedure.

103 Het Gerecht heeft dus in punt 114 van het bestreden arrest enkel geantwoord op de argumenten die voor hem waren aangevoerd met betrekking tot de eerste vraag, en heeft de tweede vraag, die overigens voor hem niet werd besproken, niet behandeld.

104 Voor het Hof stelt Anheuser-Busch evenwel dat die laatste vraag is gedekt door haar verzoekschrift voor het Gerecht, in het bijzonder door haar derde middel.

105 Uit de bewoordingen zelf van de punten 110, 112 en 114 van het bestreden arrest blijkt evenwel dat het Gerecht de strekking van dit middel geenszins onjuist heeft beoordeeld.

106 Bovendien houdt het betoog, dat de door Budvar aangevoerde bewijzen betrekking hadden op het gebruik van een ander merk dan het merk dat als enige in aanmerking werd genomen door de kamer van beroep, onvoldoende verband met het voor het Gerecht aangevoerde derde middel, volgens hetwelk deze bewijzen niet voldeden aan de voorwaarden voor vaststelling dat het betrokken oudere merk normaal was gebruikt. Een dergelijk betoog kan dus niet worden beschouwd als een loutere uitwerking van het derde middel.

107 Dit betoog heeft immers betrekking op de punten 81 tot en met 86 van het reeds aangehaalde arrest Il Ponte Finanziaria/BHIM, die een middel ontleend aan artikel 15, lid 2, sub a, van verordening nr. 40/94 betreffen, terwijl het door Anheuser-Busch voor het Gerecht aangevoerde derde middel is ontleend aan artikel 43, leden 2 en 3, van deze verordening.

108 In elk geval verschilt het voorwerp van dit betoog van dat van het derde middel van het beroep tot vernietiging, aangezien niet wordt betwist dat de commerciële exploitatie van het oudere merk reëel is, maar de vraag aan de orde wordt gesteld of bewijzen verband houden met een bepaald merk in plaats van met een ander merk.

109 Het derde middel in hogere voorziening moet dus niet-ontvankelijk worden verklaard.

110 Gelet op een en ander, kan geen enkel van de drie middelen die Anheuser-Busch ter onderbouwing van haar hogere voorziening heeft aangevoerd, worden aanvaard, en dient de hogere voorziening dus in haar geheel te worden afgewezen.

Kosten

111 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van dit reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien Anheuser-Busch in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van het BHIM en van Budvar te worden verwezen in de kosten.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart:

1) De hogere voorziening wordt afgewezen.

2) Anheuser-Busch Inc. wordt verwezen in de kosten.

ondertekeningen