CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER van 26 oktober 2006 [1]

I — Inleiding

1. De Oberster Patent- und Markensenat te Wenen, het hoogste Oostenrijkse administratieve orgaan dat kennis neemt van diverse geschillen inzake octrooien en merken, heeft twee prejudiciële vragen gesteld met betrekking tot richtlijn 89/104/EEG. [2]

2. Het contentieux betreft twee aspecten van de verplichting, het merk te gebruiken: in de eerste plaats het begin van het tijdvak waarin die verplichting na de inschrijving van het teken opgeschort blijft, en in de tweede plaats de geldige redenen voor het niet gebruiken gedurende meer dan vijf jaar, zonder dat derden het zo lang niet gebruikte merk vervallen kunnen laten verklaren.

3. Om uitspraak te kunnen doen, dienen bepaalde termen in de artikelen 10, lid 1, en 12, lid 1, van richtlijn 89/104 voor het eerst te worden uitgelegd. Daar het verwijzende orgaan voor de eerste keer verzoekt om een uitspraak als bedoeld in artikel 234 EG, en het geen deel uitmaakt van de Oostenrijkse rechterlijke organisatie, dient evenwel, alvorens de vragen ten gronde te onderzoeken, te worden nagegaan of dit orgaan het Hof om hulp bij de uitlegging van het gemeenschapsrecht kan vragen.

II — Rechtskader

A — *Richtlijn 89/104/EEG*

4. Artikel 10, getiteld „Gebruik van het merk", van richtlijn 89/104 bepaalt in lid 1:

„Een merk waarvan de houder vijf jaar nadat de inschrijvingsprocedure is voltooid in de

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Eerste richtlijn van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB L 40, blz. 1).

betrokken lidstaat geen normaal gebruik heeft gemaakt voor de waren of diensten waarvoor het ingeschreven is, of waarvan gedurende een ononderbroken tijdvak van vijf jaar geen gebruik gemaakt is, is vatbaar voor de sancties van deze richtlijn, tenzij er een geldige reden is voor het niet gebruiken."

5. Met het oog op de harmonisatie van de gronden voor vervallenverklaring van ingeschreven tekens, is in artikel 12, lid 1, van de richtlijn bepaald:

„Een merk kan vervallen worden verklaard wanneer het gedurende een ononderbroken periode van vijf jaar niet normaal in de betrokken lidstaat is gebruikt voor de waren of diensten waarvoor het ingeschreven is en er geen geldige reden is voor het niet gebruiken; [...]"

B — *Oostenrijkse merkenwet*

6. Volgens artikel 33a, lid 1, van het Markenschutzgesetz (Oostenrijkse merkenwet) [3], kan een ieder de doorhaling vorderen van een merk dat sinds minstens vijf jaar in het nationale register is ingeschreven of overeenkomstig artikel 2, lid 2, in Oostenrijk is beschermd, voor zover dit merk tijdens de laatste vijf jaar vóór de datum van de vordering noch door de houder van het merk noch met diens instemming door een derde in het binnenland normaal als merk is gebruikt voor de waren of diensten waarvoor het is ingeschreven (artikel 10a van de wet), tenzij de houder het niet gebruiken kan rechtvaardigen.

7. Ingevolge artikel 2, lid 2, van het Markenschutzgesetz geldt deze wet op overeenkomstige wijze voor merken die krachtens internationale overeenkomsten voor het grondgebied van de Republiek Oostenrijk zijn verkregen.

8. Derhalve volgt volgens het verwijzende orgaan uit artikel 33a, lid 1, juncto artikel 2, lid 2, van het Markenschutzgesetz dat voor een internationaal merk dat in Oostenrijk wordt beschermd, het begin van de termijn van vijf jaar samenvalt met het begin van de periode van bescherming.

C — *Internationaal recht*

9. Tot de multilaterale overeenkomsten die relevant zijn voor de prejudiciële verwijzing

3 — Markenschutzgesetz 1970, BGBl. 260/1970, laatstelijk gewijzigd in BGBl. I 151/2005.

behoren het Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom (hierna: „Verdrag van Parijs") [4], het Protocol bij de Schikking van Madrid betreffende de internationale inschrijving van merken (hierna: „Protocol van Madrid") [5], en de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (hierna: „TRIPs-Overeenkomst"). [6]

10. Artikel 5, C, lid 1, van het Verdrag van Parijs luidt:

„Indien in een land het gebruik van het ingeschreven merk verplicht is, zal de inschrijving slechts kunnen worden vernietigd na verloop van een billijke termijn, en indien de belanghebbende zijn stilzitten niet rechtvaardigt."

11. In artikel 4 van het Protocol van Madrid is het beginsel neergelegd, dat internationale en nationale merken dezelfde bescherming genieten in de landen waarvoor de inschrijving plaatsvindt. Artikel 5 verleent de nationale administraties het recht, die bescherming te weigeren in de in het Verdrag van Parijs bepaalde omstandigheden (lid 1), binnen de door de voor die administratie toepasselijke wet voorgeschreven termijn, die niet langer mag zijn dan een jaar (lid 2).

12. Tot slot verwijst artikel 19 van de TRIPs-overeenkomst in de volgende bewoordingen naar de verplichting van gebruik:

„1. Indien voor de handhaving van een inschrijving gebruik van een handelsmerk is vereist, mag de inschrijving pas na een ononderbroken tijdvak van niet-gebruik van ten minste drie jaar worden doorgehaald, tenzij de houder van het handelsmerk geldige redenen, gebaseerd op het bestaan van belemmeringen voor dat gebruik, aantoont. Omstandigheden die zich buiten de wil van de houder van het handelsmerk voordoen en die een belemmering vormen voor het gebruik van het handelsmerk, zoals invoerbeperkingen op of andere overheidsmaatregelen voor door het handelsmerk beschermde waren of diensten, worden als geldige redenen voor niet-gebruik erkend."

III — Hoofdgeding en prejudiciële vragen

13. Lidl exploiteert sinds 1973 een supermarktketen in Duitsland. Zij verkoopt kant-

4 — Ondertekend te Parijs op 20 maart 1883, laatstelijk herzien te Stockholm op 14 juli 1967 en gewijzigd op 28 september 1979.

5 — Ondertekend te Madrid op 14 april 1891, huidige versie na de herziening te Stockholm op 14 juli 1967 en de wijzigingen die op 28 september 1979 zijn aangebracht.

6 — Multilaterale handelsbesprekingen in het kader van de Uruguay-Ronde (1986-1994) — Overeenkomst van Marrakech tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie, ondertekend te Marrakech, Marokko, op 15 april 1994 — Bijlage 1C — Handel — Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (WTO) (PB L 336, blz. 214).

en-klaargerechten van het merk „Le Chef DE CUISINE" alleen in haar eigen supermarkten. Zij is houdster van dit woord- en beeldmerk, ingeschreven voor de klassen 29 en 30 van de Overeenkomst van Nice [7], dat sinds 8 juli 1993 bescherming geniet in Duitsland. Sinds 12 oktober 1993 wordt het in Oostenrijk als internationaal merk beschermd. Bij de publicatie van het merk in het internationale register is vermeld:

„Datum van inschrijving overeenkomstig regel 17.1 van de uitvoeringsverordening van 22 april 1988: 2 december 1993". [8]

14. Lidl heeft haar eerste supermarkt in Oostenrijk geopend op 5 november 1998. Daarvóór had zij de aanbiedingsvorm van haar waren binnen de onderneming vastgelegd en met haar leveranciers afgesproken en had zij de reeds geleverde waren opgeslagen.

15. Op 13 oktober 1998 heeft de heer Häupl overeenkomstig artikel 33a van het Markenschutzgesetz de doorhaling van het merk voor het grondgebied van de Republiek Oostenrijk gevorderd wegens het niet gebruiken ervan, met het betoog dat de termijn van vijf jaar was beginnen te lopen vanaf het begin van de periode van bescherming op 12 oktober 1993. Hij heeft gesteld dat Lidl het litigieuze merk niet binnen deze termijn in Oostenrijk heeft gebruikt.

16. Lidl heeft verzocht om afwijzing van deze vordering tot doorhaling. Volgens haar was de termijn van vijf jaar op 2 december 1993 ingegaan en bijgevolg pas op 2 december 1998 verstreken. Op laatstgenoemde datum had zij in haar eerste Oostenrijkse supermarkt reeds waren onder dit merk te koop aangeboden. Voorts was vanaf 1994 aan een uitbreiding naar Oostenrijk gedacht, maar de opening van nieuwe supermarkten had vertraging opgelopen door „bureaucratische hindernissen".

17. De nietigheidsafdeling van het nationale octrooi- en merkenbureau heeft het merk met ingang van 12 oktober 1998 nietig verklaard voor het Oostenrijkse grondgebied.

18. Lidl is tegen deze beslissing opgekomen bij de Oberster Patent- und Markensenat. Gelet op de twijfel bij de uitlegging van de nationale regeling gelet op de gemeenschapsregeling, heeft dit orgaan het Hof krachtens artikel 234 EG de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Dient artikel 10, lid 1, van richtlijn 89/104 aldus te worden uitgelegd dat

7 — 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.

8 — De oorspronkelijke tekst is in het Frans.

met de datum waarop ‚de inschrijvingsprocedure is voltooid', het begin van de periode van bescherming is bedoeld?

2) Dient artikel 12, lid 1, van richtlijn 89/104 aldus te worden uitgelegd dat er geldige redenen voor het niet gebruiken van het merk bestaan, wanneer omstandigheden buiten de onderneming de door de houder van het merk gevolgde ondernemingsstrategie hebben vertraagd, of is de houder van het merk verplicht zijn ondernemingsstrategie te wijzigen teneinde het merk tijdig te kunnen gebruiken?"

IV — Procedure voor het Gerecht

19. De verwijzingsbeslissing met de prejudiciële vragen is ter griffie van het Gerecht ingeschreven op 10 juni 2005.

20. Schriftelijke opmerkingen zijn binnen de in artikel 23 van het Statuut EG van het Hof gestelde termijn ingediend door Häupl, Lidl, de Franse en de Oostenrijkse regering en de Commissie. Allen behalve de Oostenrijkse regering hebben hun mondelinge opmerkingen ter terechtzitting van 21 september 2006 gemaakt.

V — Beoordeling van de prejudiciële vragen

A — *Vraagpunt vooraf: de ontvankelijkheid*

21. In de schriftelijke opmerkingen is geen enkel voorbehoud gemaakt ten aanzien van de ontvankelijkheid van de vragen die door de Oberster Patent- und Markensenat zijn gesteld. Aangezien het evenwel de eerste keer is dat dit orgaan zich op artikel 234 EG beroept, lijkt het aangewezen ambtshalve te onderzoeken of het een „rechterlijke instantie" van een lidstaat is, zoals die bepaling vereist.

22. In enkele vroegere conclusies [9] heb ik erop gewezen dat de rechtspraak van het Hof het begrip rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG onvoldoende preciseert. Ik heb voorgesteld om in deze definitie alle instanties die deel uitmaken van de rechterlijke organisatie van een lidstaat op te nemen, alsmede de organen die, zonder deel uit te maken van deze structuur, beslissen, zonder dat daartegen beroep in rechte openstaat [10], in welk geval het Hof de criteria die in zijn rechtspraak en in de rechtspraak van het Hof te Straatsburg zijn neergelegd, strikt toepast, inzonderheid de criteria van onafhankelijkheid en procedure op tegenspraak. [11]

9 — Conclusie van 28 juni 2001 in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van 29 november 2001, De Coster (C-17/00, Jurispr. blz. I-9445).

10 — Punten 83 e.v. van de conclusie aangehaald in voetnoot 9.

11 — Punt 89 van de conclusie aangehaald in voetnoot 9.

23. In andere conclusies [12] heb ik ook benadrukt dat de recente rechtspraak in zekere zin neigt naar een striktere uitlegging van de kenmerken van deze entiteiten, met name wat het criterium van hun onafhankelijkheid betreft [13], hetgeen meer overeenstemt met mijn opvatting en een ontwikkeling is die ten aanzien van de andere kenmerken zou moeten worden voortgezet.

24. De Oberster Patent- und Markensenat lijkt geen deel uit te maken van de Oostenrijkse rechterlijke organisatie, maar veeleer te behoren tot de categorie van „onafhankelijke collegiale organen van rechterlijke aard" [14] in de zin van artikel 133, lid 4, van de Oostenrijkse grondwet, waarover het Hof van Justitie in vroegere zaken uitspraak heeft gedaan [15], waardoor een grondige analyse geboden is van de criteria die het genoemde orgaan de mogelijkheid geven, een prejudiciële vraag te stellen.

25. Over de wettelijke grondslag van de Oberster Patent- und Markensenat bestaat geen twijfel, aangezien deze is vermeld in de artikelen 74 en 75 van het Oostenrijkse Patentgesetz [16], en de werking ervan wordt beheerst door artikel 140 van deze wet, dat verwijst naar de bepalingen inzake octrooiprocedures (artikelen 113-127 en 129-136 van het Patentgesetz).

26. Het permanente karakter van de Oberster Patent- und Markensenat vloeit voort uit de formulering van artikel 70, lid 2, tweede volzin, van het Patentgesetz, volgens hetwelk het genoemde orgaan bevoegd is om kennis te nemen van beroepen tegen beslissingen van de kamer van beroep („Beschwerdeabteilung") van het Oostenrijkse octrooi- en merkenbureau, zonder enige beperking in de tijd.

27. Uit dit artikel vloeit ook de verplichte rechtsmacht van de Oberster Patent- und Markensenat voort, aangezien het verschijnen voor dit orgaan niet slechts een mogelijkheid is, zoals in het geval van arbitrage [17],

12 — Conclusie van 30 maart 2006 in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van 30 maart 2006, Emanuel (C-259/04, Jurispr. blz. I-3089), punt 26.

13 — Arresten Hof van 30 mei 2002, Schmid (C-516/99, Jurispr. blz. I-4573), met conclusie van advocaat-generaal Tizzano, en 31 mei 2005, Syfait e.a. (C-53/03, Jurispr. blz. I-4609); in dit laatste arrest heeft het Hof de verwijzing van de Griekse mededingingsautoriteit (Epitropi Antagonismou) niet-ontvankelijk verklaard wegens het gebrek aan onafhankelijkheid van deze autoriteit, omdat zij onder toezicht van de Griekse minister van Ontwikkeling stond.

14 — „Weisungsfreie Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag" in het Duits.

15 — Arresten van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagebau Austria e.a. (C-44/96, Jurispr. blz. I-73), inzake het „Bundesvergabeamt"; 4 februari 1999, Köllensperger en Atzwanger (C-103/97, Jurispr. blz. I-551), inzake het „Tiroler Landesvergabeamt", en 18 juni 2002, HI (C-92/00, Jurispr. blz. I-5553), betreffende de „Vergabekontrollsenat des Landes Wien", waarin is erkend dat deze entiteiten gebruik kunnen maken van het mechanisme van gerechtelijke samenwerking van artikel 234 EG. Het Hof heeft daarentegen anders geoordeeld met betrekking tot de „Berufungssenat der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland".

16 — BGBl. nr. 259/1970, laatstelijk gewijzigd bij BGBl. I nr. 96/2006.

17 — Arrest van 23 maart 1982, Nordsee (102/81, Jurispr. blz. 1095), punten 7 e.v.

maar de enige optie die de wet voorziet, indien men van het Oostenrijkse octrooi- en merkenbureau een beslissing tot vervallenverklaring wenst te verkrijgen. [18]

28. Er is evenmin twijfel over de onafhankelijkheid van de Oberster Patent- und Markensenat, aangezien lid 9 van het aangehaalde artikel 74 de nadruk legt op deze voorwaarde en op de volledige onafhankelijkheid van de leden van dit orgaan ten aanzien van instructies die zij zouden kunnen ontvangen. Bovendien leggen de leden 6 en 7 de duur van het mandaat vast, alsmede de redenen waarom er een einde aan kan komen. Het gaat daarbij om uitzonderlijke gevallen, zoals arbeidsonbekwaamheid, het verlies van de Oostenrijkse nationaliteit en de veroordeling voor misdrijven waarvoor gevangenisstraffen van meer dan een jaar worden opgelegd.

29. Uit al deze bepalingen van het Patentgesetz blijkt duidelijk dat het litigieuze orgaan de regels van het recht toepast en uitspraak doet op tegenspraak, overeenkomstig de artikelen 113 tot en met 127 en 129 tot en met 136 van het Patentgesetz, die krachtens artikel 140, lid 1, van toepassing zijn.

30. De Oberster Patent- und Markensenat doet ook in laatste aanleg uitspraak [19], overeenkomstig artikel 133, lid 4, van de Oostenrijkse grondwet, en zijn beslissingen zijn rechterlijke uitspraken in de zin die het Hof van Justitie aan deze uitdrukking heeft gegeven. [20]

31. De Oberster Patent- und Markensenat voldoet derhalve aan de voorwaarden waaraan een nationale rechterlijke instantie volgens de rechtspraak moet voldoen [21] om van de prejudiciële procedure van artikel 234 EG gebruik te kunnen maken. De vragen die dit orgaan aan het Hof heeft gesteld, kunnen dus worden onderzocht, hetgeen ook het standpunt is van het grootste deel van de Oostenrijkse doctrine. [22]

B — *Prejudiciële vragen ten gronde*

32. Uit de formulering van de twee prejudiciële vragen blijkt dat de tweede vraag

18 — Artikel 133 van de Oostenrijkse grondwet beslecht het vraagstuk, te weten of het hoogste rechtscollege in bestuurszaken („Verwaltungsgerichtshof") bevoegd is om uitspraak te doen over geschillen in dezelfde domeinen als het verwijzende orgaan, waarover twijfel was ontstaan door zijn prerogatieven ter zake van de inschrijving of de verlening van een merkrecht. In de doctrine is kritiek geuit op deze complexe toewijzing van bevoegdheden aan verschillende rechterlijke instanties binnen hetzelfde rechtsgebied; zie in die zin Beetz, R., „Artikel 39", in het collectieve werk Markenschutz — Systematischer Kommentar zum Markenschutzgesetz, onder leiding van Guido Kucsko, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wenen, 2006, blz. 660.

19 — Zoals ik in mijn conclusie in de zaak De Coster in overweging heb gegeven, is het, om beroep te kunnen doen op artikel 234 EG, van fundamenteel belang dat geen beroep openstaat tegen de beslissingen, aangezien, wanneer het litigieuze orgaan geen deel uitmaakt van de Oostenrijkse rechterlijke organisatie, de onmogelijkheid om zijn beslissingen aan te vechten, behoudens de beperkte gevallen waarin deze voor het Oostenrijkse constitutionele hof kunnen worden gebracht, zou meebrengen dat deze gebruik kan maken van de prejudiciële procedure.

20 — In het arrest van 19 oktober 1995, Job Centre (C-111/94, Jurispr. blz. I-3361), punt 9, worden van dit begrip uitgesloten de procedures van vrijwillige rechtspraak; in het arrest van 15 januari 2002, Lutz e.a. (C-182/00, Jurispr. blz. I-547), punten 15 en 16, het houden van een handelsregister door Duitse rechters, en in het arrest van 14 juni 2001, Salzmann (C-178/99, Jurispr. blz. I-4421), de door bepaalde Oostenrijkse rechterlijke instanties vervulde taken van inschrijving in het kadaster van onroerendgoedtransacties.

21 — Arrest van 17 september 1997, Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft (C-54/96, Jurispr. blz. I-4961), punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest van 30 mei 2002, Schmid, reeds aangehaald, punt 34.

22 — Hackenberg, W./Stix-Hackl, Ch., Handbuch zum Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof, 2e uitgave, Wenen, 2000, blz. 120; zie ook Beetz, R., op. cit., blz. 664, die zonder omwegen stelt dat de Oberster Patent- und Markensenat als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG moet worden aangemerkt.

subsidiair is ten opzichte van de eerste, althans in de omstandigheden van het hoofdgeding, aangezien het mogelijk is dat de voorgestelde uitlegging van artikel 10, lid 1, van de richtlijn in het voordeel van de houder van het litigieuze merk is. In dit geval zou het zinloos zijn, overeenkomstig artikel 12 van de richtlijn te onderzoeken of er geldige redenen voor het niet gebruiken van het merk zijn.

35. Evenwel dient de discussie weer in juiste banen te worden geleid en moet de werkelijke dimensie ervan worden genuanceerd. Er mogen geen begrippen worden verward die weliswaar gelijkaardig kunnen zijn, maar niet noodzakelijk gelijk zijn, zoals ik hierna zal aantonen aan de hand van twee argumenten: de omvang van de eenmaking van de wetgevingen door de merkenrichtlijn en de aard van het verplichte gebruik van ingeschreven tekens.

1. Uitlegging van artikel 10, lid 1, van de richtlijn

i) Omvang van de harmonisatie inzake merken

33. Het mag dan wel om een internationaal merk gaan, maar ik beperk mijn onderzoek strikt tot het gemeenschapsrecht, teneinde de eventuele moeilijkheden die voortvloeien uit de inschrijving bij de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (WIPO) het hoofd te bieden.

36. De derde overweging van de richtlijn geeft blijk van de wil om de merkenwetgevingen van de lidstaten niet volledig aan te passen en slechts die bepalingen van nationaal recht aan te passen welke het meest rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

a) Betekenis van het begrip datum waarop „de inschrijvingsprocedure is voltooid"

34. In de opmerkingen die in de onderhavige prejudiciële procedure zijn ingediend, had de discussie vooral betrekking op het samenvallen van de genoemde datum met het begin van de bescherming van het merk, ongetwijfeld doordat het verwijzende orgaan zich in zijn verwijzingsbeslissing ten gunste van dit samenvallen had uitgesproken.

37. Zo regelt de richtlijn op uitputtende wijze, welke tekens een merk kunnen vormen en kunnen worden ingeschreven (artikelen 2, 3 en 4), de rechten die verbonden zijn aan de inschrijving en de beperkingen ervan (artikelen 5-9), de verplichting van gebruik in al haar aspecten (artikelen 10, 11 en 12), enkele bijzondere gevallen van weigering, vervallenverklaring of nietigverklaring (artikelen 13 en 14) en bepaalde categorieën merken (artikel 15).

38. Deze beperking van de harmonisatie tot bepaalde domeinen heeft als corollarium dat de lidstaten een ruime waaier van vraagstukken rest, waarvoor zij overeenkomstig de vijfde overweging iedere vrijheid behouden, de inschrijvingsprocedure of verval of nietigheid van de door inschrijving verkregen rechten op een merk vast te stellen. Zij kunnen bijvoorbeeld de vorm van de inschrijvings- en nietigheidsprocedure bepalen, uitmaken of oudere rechten in de inschrijvingsprocedure, in de nietigheidsprocedure of in beide procedures moeten worden ingeroepen en ook, ingeval oudere rechten in de inschrijvingsprocedure kunnen worden ingeroepen, voorzien in een oppositieprocedure en/of een ambtshalve onderzoek. De lidstaten behouden voorts de bevoegdheid om de rechtsgevolgen van verval of nietigheid van merken vast te stellen.

39. Het wekt bijgevolg geen verbazing dat de nationale wetgevingen op al deze punten aanzienlijk verschillen. Dit verklaart de uiteenlopende oplossingen die zijn voorgesteld door degenen die aan deze prejudiciële procedure hebben deelgenomen, welke sterk beïnvloed zijn door de bijzonderheden van de rechtsorde van herkomst.

40. Bij samenvatting en sterke vereenvoudiging van de vele regelingen al naargelang het tijdstip waarop het merk wordt ingeschreven, kunnen minstens drie modellen worden waargenomen: de stelsels waarin het teken nog vóór het onderzoek van de absolute en relatieve weigeringsgronden wordt ingeschreven, de stelsels waarin de inschrijving tussen deze onderzoeken plaatsvindt, en de stelsels die de geschikte tekens pas na de beëindiging van deze onderzoeken inschrijven. In Europa wordt vooral het laatste stelsel toegepast.

41. In de bij het Hof geformuleerde voorstellen wordt het begin van de termijn voor het gebruik van het merk dikwijls gekoppeld aan het tijdstip waarop de houder een definitief onbetwist eigendomsrecht heeft verkregen, dat wil zeggen vrij van ieder gevaar voor eventueel verlies ervan door vorderingen van derden of het nationale bureau zelf. In die voorstellen wordt gesteld dat de verplichting van gebruik van het teken pas ontstaat nadat alle onbekende factoren die de inschrijving in het register ervan bedreigen, zijn weggevallen.

42. De wijze waarop de prejudiciële vraag is geformuleerd, die de datum waarop „de inschrijvingsprocedure is voltooid" in verband brengt met het „begin van de periode van bescherming", heeft de discussie evenwel de verkeerde richting uitgestuurd.

43. Mijns inziens moet voor een juiste opvatting van het aan de orde zijnde begrip worden nagegaan welke bedoeling de wetgever met de bepaling had. Daarbij dienen de volgende aanbevelingen in aanmerking te worden genomen.

44. In de eerste plaats gaat de regeling juist uit van de vermelde verscheidenheid van stelsels in de landen van de Unie, om de aandacht te richten op het meest kenmerkende gemeenschappelijke element, de universaliteit van de procedure tot inschrijving van tekens, die steeds wordt beëindigd — indien het merk wordt aanvaard — bij de inschrijving ervan, welke wordt toegestaan in een beslissing van het bevoegde merkenbureau. Deze beslissing moet de datum vermelden en zij gaat gewoonlijk gepaard gaat met kennisgeving aan de belanghebbende en met de noodzakelijke publicatie.

45. In de tweede plaats bevat de richtlijn geen nauwkeurige definitie van het tijdstip waarop deze inschrijvingsprocedure eindigt. De reden is in wezen dat zij — blijk gevend van een opmerkelijke behoedzaamheid — de bevoegdheidsverdeling waarop in de vijfde overweging wordt gedoeld, in acht neemt. Het staat dus aan de lidstaten, te bepalen wanneer de procedure tot inschrijving in hun merkenbureaus eindigt. Daarbij moeten zij preciseren of deze vóór of na het onderzoek van de relatieve weigeringsgronden plaatsvindt, dan wel of deze ook de publiciteit omvat.

46. In de derde plaats heeft de richtlijn, zich bewust van de verschillen tussen de nationale regelingen, de onbetwiste eigendom van het merk niet als referentie genomen voor het begin van de verjaring van het teken. Anders was er geen sprake geweest van harmonisatie, daar het beginpunt van de verplichting van gebruik van het merk zou worden uitgesteld, naargelang de rechtsstelsels, totdat alle opposities van derden zijn beëindigd, of zou terugwerken tot het tijdstip van de aanvraag, indien de nationale rechtsorde in deze juridische fictie voorziet.

47. De richtlijn bekommert zich daarentegen niet om het precieze tijdstip waarop de inschrijvingsprocedure eindigt. Het staat aan de nationale wetgever dit te bepalen, omdat tussen de denkbare data (de inschrijving, de kennisgeving aan de belanghebbende en de publicatie) nooit een dermate lang interval zal bestaan dat de rechtszekerheid of het met de communautaire handeling nagestreefde doel van eenmaking in gevaar komen.

48. Al het voorgaande is beter te begrijpen wanneer de eigenlijke betekenis van de verplichting tot gebruik van het merk in aanmerking wordt genomen.

ii) Verplichting tot gebruik

49. Verduidelijkt moet worden wat dient te worden begrepen onder de verplichting tot gebruik. Richtlijn 89/104 voorziet immers in een wachttijd in de loop waarvan de houder

van het teken dit op commerciële wijze moet beginnen te gebruiken, aangezien zijn recht op het merk anders kan worden betwist wegens het niet gebruiken ervan. [23]

50. Los van de verschillen in de respectieve nationale regelingen, heeft deze rechtsfiguur in alle rechtsordes hetzelfde doel: de hoeveelheid ingeschreven tekens aan te passen aan de hoeveelheid gebruikte merken die hun economische functie op de markt vervullen [24], door de realiteit van het register aan te passen aan de realiteit van het handelsverkeer, aangezien, zoals ik bij een andere gelegenheid reeds heb gepreciseerd, merkenbureaus geen loutere depots zijn waar tekens liggen te wachten totdat iemand die nietsvermoedend wil gebruiken, en eerst dan op zijn minst uit winstbejag daarmee wordt aangevallen. Integendeel, zij moeten waarheidsgetrouw weergeven, welke tekens ondernemingen werkelijk op de markt gebruiken om hun waren en hun diensten te onderscheiden. In bureaus voor industriële eigendom kunnen enkel merken worden neergelegd die in het handelsverkeer worden gebruikt. [25]

51. Bovendien beoogt deze verplichting, derden de toegang tot het register te vergemakkelijken [26], zoals blijkt uit de tekst van de richtlijn, die eraan in de weg staat dat beroep wordt gedaan op een teken dat is ingeschreven, maar gedurende meer dan vijf jaar niet is gebruikt, als grond voor nietigheid van een ander identiek of gelijkaardig merk of om zich te verzetten tegen de inschrijving ervan (artikel 11, leden 1 en 2).

52. Beide doelstellingen blijken ook uit de achtste overweging van de richtlijn, volgens welke „[...] om het totale aantal in de Gemeenschap ingeschreven en beschermde merken en derhalve het aantal daartussen rijzende conflicten te verminderen, de eis moet worden gesteld dat een ingeschreven merk werkelijk wordt gebruikt en bij gebreke daarvan vervallen kan worden verklaard [...]"

53. Kortom, de verplichting tot gebruik heeft juridisch gezien twee facetten: in de eerste plaats een last die krachtens de wet op de recente houder van een industriële-eigendomsrecht van deze categorie wordt opgelegd, en in de tweede plaats de bevoegdheden en rechten van derden wanneer deze verplichting niet wordt nagekomen.

54. Gelet op dit tweeledige karakter van de verplichting, is het niet moeilijk te begrijpen dat de datum waarop de inschrijvingsprocedure eindigt, de belangen van beide kanten

23 — Bous, U, „§25 Ausschluß von Ansprüchen bei mangelnder Benutzung", in Ekey, F.L./Klippel, D., Heidelberger Kommentar zum Markenrecht, Ed. C.F. Müller, Heidelberg, 2003, blz. 370, wijst op de mogelijke verwarring in de Duitse wetgeving.

24 — Fezer, K.-H., Markenrecht, Ed. C. H. Beck, 3e ed., München, 2001, blz. 1191.

25 — Zie mijn conclusie in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van 11 maart 2003, Ansul (C-40/01, Jurispr. blz. I-2439), punt 42. Zie ook punt 36 van het arrest.

26 — Fernandez-Nóvoa, C., Tratado sobre Derecho de marcas, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, blz. 454.

het best eerbiedigt. Daar de inschrijving bewijskracht heeft, kan de houder van het recht van intellectuele eigendom de termijn berekenen en zijn commerciële strategie bepalen. Indien de vaststelling van dit tijdstip daarentegen wordt gekoppeld aan het toeval van oppositie door mededingers, zoals is voorzien in de stelsels waarin na de inschrijving over de relatieve weigeringsgronden uitspraak wordt gedaan, zou dit een te grote onzekerheid met zich brengen ter zake van het tijdstip waarop de verplichting begint te lopen voor niet alleen de houder en de opposant, maar in het bijzonder voor derden, die buiten dat contentieux staan.

55. Gelijkaardige bezwaren zouden rijzen indien wordt uitgegaan van de fictie, het einde van de procedure te koppelen aan het begin van de bescherming, zoals het geval is in de rechtsordes die deze juridische kunstgreep gebruiken om de houder met terugwerkende kracht vanaf de aanvraag tot inschrijving te beschermen. In dit geval is daadwerkelijk gebruik van het merk vereist vanaf de enkele aanvraag bij het nationale bureau voor industriële eigendom. Deze laatste oplossing kan worden bekritiseerd, aangezien in de eerste plaats een verplichting zou worden opgelegd aan iemand die geen rechten heeft, en in de tweede plaats zijn wachttijd van vijf jaar zou worden ingekort om de enkele reden dat hij een recht van industriële eigendom heeft verkregen, zonder de duur van de procedure krachtens welke hij dit exclusieve recht heeft verkregen, te kunnen controleren.

56. De datum waarop de inschrijvingsprocedure eindigt, waarborgt dan ook beter de vereiste rechtszekerheid, omdat deze objectief is en door alle belanghebbenden gemakkelijk kan worden gecontroleerd. Dit is bijgevolg het tijdstip dat het meest geschikt is als beginpunt van de termijn van vijf jaar waarbinnen de verplichting tot gebruik moet worden nagekomen. Bovendien zal dit tijdstip over het algemeen samenvallen met de inschrijving, waarvan de kennisgeving het beginpunt van deze verplichting van de houder van het merk aanduidt, maar niet noodzakelijk gekoppeld is aan het begin van de onbetwiste uitoefening van het verkregen merkrecht.

57. Na deze uitlegging van het gemeenschapsrecht, dient te worden onderzocht welke gevolgen het internationale merk heeft voor deze beschouwingen.

b) Internationaal merk

58. Noch de Schikking van Madrid, noch het verdrag dat deze dient te ondersteunen, het Verdrag van Parijs, regelen de verplichting tot gebruik. De Schikking bevat geen bepalingen dienaangaande, terwijl het Verdrag in artikel 5, C, lid 1, vereist dat de overeenkomstsluitende staten deze verplichting doen afhangen van het verstrijken van een „billijke" termijn en van de mogelijke rechtvaardiging door de belanghebbende van zijn stilzitten. Er wordt evenwel niets gezegd over het tijdstip waarop deze termijn moet ingaan, zodat, aangezien beroep moet worden gedaan op het nationale recht, ook het gemeenschapsrecht, en dus richtlijn 89/104, relevant wordt.

59. Er mogen evenwel geen overhaaste conclusies worden getrokken, omdat de Schikking van Madrid wel een stelsel van inschrijving opzet, waarvan de wezenlijke kenmerken vermelding verdienen. [27]

60. Door middel van dit mondiale mechanisme krijgen ondernemingen de mogelijkheid om met één inschrijving de bescherming van het merk van het land van oorsprong te verkrijgen in zoveel overeenkomstsluitende staten als zij wensen. De bescherming van de op de zetel van de WIPO te Genève ingeschreven tekens wordt bepaald door de beginselen van territorialiteit en gelijke behandeling, zodat de merken waarvoor de uitstrekking tot andere overeenkomstsluitende landen wordt gevraagd, dezelfde waarborgen moeten worden geboden als de nationale merken. [28]

61. Het aanvraagformulier wordt ingediend bij het bureau van het land van oorsprong van het merk dat men als internationaal merk wil deponeren. [29] Deze administratie gaat vervolgens over tot een summier onderzoek van de door de aanvrager overgelegde documenten, teneinde zich er met name van te vergewissen dat het teken in het nationale register staat ingeschreven op naam van de aanvrager en voor de waren en diensten die in het formulier zijn vermeld. Voorts wordt nagegaan welke rechten de aanvrager heeft alsmede of hij de procedure juist heeft gevolgd en daarbij de relevante documenten heeft verstrekt. [30]

62. Na ontvangst van het dossier controleert het Internationale Bureau enkel de formele aspecten en de betaling van de taksen krachtens de Schikking van Madrid en het Uitvoeringsreglement daarbij. [31] Indien aan de voorwaarden is voldaan, wordt het merk in het internationale register ingeschreven. Het Internationale Bureau beoordeelt evenwel niet of het merk waarvoor de aanvraag wordt ingediend, de bescherming van de aangeduide overeenkomstsluitende landen verdient, welke controle die landen [32] gedurende één jaar na de datum van inschrijving mogen uitvoeren. [33]

63. Om kort te gaan, impliceert het internationale merk dat de verplichting tot inschrijving in elk land waarvoor de bescherming van het merk is gewenst, wordt

27 — Ik beroep mij hierna enkel op de Schikking van Madrid, en niet op het Protocol daarbij, dat ook te Madrid is ondertekend op 27 juni 1989 en dat, ondanks de benaming, een nieuw internationaal verdrag is, ook al stemt het inhoudelijk zeer sterk overeen met de Schikking. Het Protocol heeft de toetreding mogelijk gemaakt van bepaalde landen, die de Schikking gebrek aan soepelheid verweten, omdat het niet mogelijk was, merkaanvragen die bij de nationale bureaus waren gedeponeerd, in het internationale register in te schrijven. Het is op 1 december 1995 in werking getreden. Zie Fezer, K.H, op. cit., blz. 2027 e.v.

28 — Zo schrijft artikel 4, lid 1, van de Schikking van Madrid voor.

29 — Artikel 3, lid 1, van de Schikking van Madrid.

30 — Een meer gedetailleerde uiteenzetting is te vinden in Botana Agra, J. M., „Las marcas internacionales", in Navarro Chinchilla, J. J. en Vázquez García, R. J. (Coördinatoren), Estudios sobre marcas, Ed. Comares, Granada, 1995, blz. 37 e.v.

31 — Thans bestaat een Gemeenschappelijk Uitvoeringsreglement bij de Schikking van Madrid betreffende de internationale inschrijving van merken en bij het Protocol bij deze Schikking (sinds 1 april 2004 van kracht). Deze kunnen worden geraadpleegd op http://www.wipo.int/madrid/en/legal_texts/common_regulations.htm.

32 — Artikel 5, lid 1, van de Schikking van Madrid.

33 — Artikel 5, lid 2, van de Schikking van Madrid.

vervangen door één enkele aanvraag bij het Internationale Bureau te Genève. Zo wordt de houders van die rechten van industriële eigendom passende hulp geboden om zich te beschermen tegen onrechtmatige aanvallen van deloyale mededingers of krijgshaftige piraten buiten de grenzen.

64. Om de prejudiciële vraag te beantwoorden, dient te worden nagegaan wanneer de internationale inschrijving heeft plaatsgevonden.

65. Artikel 3, lid 4, van de Schikking van Madrid zet een stelsel van subsidiaire mogelijkheden op om de dag van inschrijving te bepalen, te weten: als algemeen criterium, de dag waarop de aanvraag bij het Internationale Bureau is ingediend; uitzonderlijk wordt deze vervroegd naar de dag waarop de bevoegde administratie van het land van oorsprong het formulier ontvangt, mits deze het binnen een termijn van twee maanden te rekenen vanaf die datum aan het Internationale Bureau overmaakt; en, indien er onregelmatigheden zijn, de dag waarop alle gebreken van de internationale aanvraag zijn verholpen. [34]

66. Uit het voorgaande volgt niet alleen dat de verplichting tot gebruik blijft afhangen van de nationale regeling, die in de Europese Unie gedeeltelijk is geharmoniseerd op de reeds beschreven wijze, maar ook dat het merk vanaf de dag van internationale inschrijving bescherming geniet, ook al hangt deze af van het verstrijken van de termijn van een jaar die de in elk formulier aangeduide overeenkomstsluitende staten wordt verleend om de aangevraagde bescherming op hun grondgebied te weigeren, waaruit blijkt dat evenmin dient te worden verwacht dat de datum van inschrijving en die van het begin van de volle uitoefening van deze categorie van rechten van industriële eigendom samenvallen. Daar de inschrijving van het beschermde teken bij het Internationale Bureau volgens de terminologie van artikel 4 bis van de Schikking van Madrid „in de plaats [treedt]" van de nationale inschrijvingen, zodat geen inschrijving in de eigenlijke zin van het internationale merk plaatsvindt in de nationale bureaus, die enkel op de hoogte worden gebracht, zou de enige betrouwbare wijze om het einde van de procedure van internationale inschrijving te verifiëren, zijn, te erkennen dat de dag van inschrijving bij het Internationale Bureau die procedure beëindigt.

67. Dit moment valt samen met het begin van de genadetermijn inzake de verplichting van gebruik, overeenkomstig de richtlijn. Het duidelijke streven van de internationale regeling om beide data — de nationale en de mondiale — dichter bij elkaar te brengen, pleit ook voor de oplossing die ik verdedig. Indien immers de voorstellen van de in de onderhavige prejudiciële procedure ingediende opmerkingen, te weten dat de termijn niet begint te lopen voordat de bescherming onbetwist wordt, zouden worden aanvaard, zou dit leiden tot betreurbare verschillen in het tijdstip waarop de terugrekening van de verplichting tot gebruik van het merk begint. Nu eens zou dit afhangen van de nationale

34 — Regel 15, lid 1, van de het Uitvoeringsreglement.

bepalingen, in het bijzonder wanneer relatieve gronden tot weigering van de inschrijving worden aangenomen, dan weer zou het afhangen van de beslechting van de opposities van derden tegen de internationale merken, waardoor de aan de orde zijnde termijn naar een zeer onzeker tijdstip zou worden verschoven.

68. Ten overvloede dient te worden gewezen op de belangrijke rol die de datum van internationale inschrijving heeft [35], daar deze bepalend is voor de berekening van de termijn waarbinnen de overeenkomstsluitende landen de inschrijving kunnen weigeren [36], voor het begin van de gevolgen van de inschrijving [37] of van het verzoek om territoriale uitstrekking [38], voor de duur en onafhankelijkheid [39] en voor de verlenging ervan. [40] Aangezien de dag van internationale inschrijving in zoveel gevallen als referentiepunt dient, lijkt het logisch dat deze ook de dag is waarop de verplichting tot gebruik ingaat.

69. Met betrekking tot de vreemde situatie die ontstaat wanneer het merk bij het Internationale Bureau is gedeponeerd en een staat die partij is bij de Schikking van Madrid, de inschrijving weigert, moeten twee preciseringen worden aangebracht. De eerste betreft de absolute weigeringsgronden, daar deze in het door de Schikking opgezette stelsel onwaarschijnlijk worden geacht, omdat zij in het land van oorsprong van het teken zijn onderzocht, en overeenkomstig de eenmaking van de criteria in het Verdrag van Parijs. De tweede precisering heeft betrekking op de relatieve weigeringsgronden, waaronder de zorgvuldigheid van de ondernemingen die, alvorens de internationale inschrijving aan te vragen, zonder buitensporige kosten kunnen verifiëren welke merken in de weg kunnen staan aan hun merk in de staten waarvoor zij de bescherming vragen.

70. Ik ben er derhalve van overtuigd dat ook voor internationale merken de datum waarop „de inschrijvingsprocedure is voltooid", samenvalt met de datum die bij het Internationale Bureau te Genève vermeld staat.

71. Gelet op het voorgaande dient mijns inziens op de eerste prejudiciële vraag van de Oberster Patent- und Markensenat te worden geantwoord dat het begrip datum waarop „de inschrijvingsprocedure is voltooid" in artikel 10, lid 1, van richtlijn 89/104 niet verwijst naar het begin van de periode van bescherming, waarmee deze datum kan samenvallen, maar naar het tijdstip waarop de bevoegde autoriteit overeenkomstig haar nationale regeling — of, in het geval van een internationaal merk, het Internationale Bureau — de inschrijvingsprocedure beëindigt.

35 — Botana Agra, J.M., op. cit., blz. 38 e.v., benadrukt dit wezenlijke aspect.

36 — Artikel 5, lid 2, van de Schikking van Madrid.

37 — Artikel 4, lid 1, van de Schikking van Madrid.

38 — Artikel 3, lid 2, van de Schikking van Madrid.

39 — Artikel 6, lid 2, van de Schikking van Madrid.

40 — Artikel 7 van de Schikking van Madrid.

2. Uitlegging van artikel 12, lid 1, van richtlijn 89/104

72. Nauw verbonden met de verplichting tot gebruik is de vervallenverklaring, maar het verschil tussen beide is dat de termijn voor vervallenverklaring op elk tijdstip kan ingaan, zonder enig verband met het einde van een procedure. Wanneer de houder van het merk dit gedurende meer dan vijf jaar niet gebruikt, kunnen de mededingers en belanghebbende derden zich het teken rechtmatig toe-eigenen. Hoe dan ook trekken beide rechtsfiguren, als twee beesten die voor hetzelfde juk zijn gespannen, hetzelfde legislatieve doel: de realiteit van het register in overeenstemming brengen met de realiteit van de markt, zoals ik reeds heb aangegeven.

73. De Oberster Patent- und Markensenat wenst te vernemen welke geldige redenen er zijn voor het niet gebruiken van een handelsmerk gedurende de door de gemeenschapsregeling gestelde termijn. In het hoofdgeding beroept Lidl zich op „bureaucratische hindernissen" die onverenigbaar zijn met haar ondernemingsstrategie, te weten haar producten met het merk „Le Chef DE CUISINE" uitsluitend te verkopen in haar eigen supermarkten, waarvan de opening aanzienlijk later heeft plaatsgevonden dan voorzien.

74. Gelet op hetgeen ik het Hof in overweging heb gegeven te antwoorden op de eerste prejudiciële vraag, ter zake van de merkenregeling in Oostenrijk, zou de tweede vraag geen beantwoording behoeven om het hoofdgeding te beslechten. Toch zal ik beknopt enkele gedachten meegeven voor het geval dat het Hof een andere mening zou zijn toegedaan en het opportuun zou achten artikel 12 van de richtlijn uit te leggen.

75. Anders dan de Republiek Oostenrijk, ben ik niet van mening dat deze prejudiciële vraag niet-ontvankelijk is, aangezien de context ervan niet algemeen is en de beschrijving van de feiten voldoende nauwkeurig is om het belang en de noodzaak van een uitspraak vast te stellen.

76. Het Hof heeft zich reeds uitgesproken over het eerste lid van artikel 12, meer bepaald over de betekenis van het begrip „normaal gebruik". Het heeft verklaard dat van een merk normaal gebruik wordt gemaakt „wanneer het, overeenkomstig zijn wezenlijke functie [...], wordt gebruikt teneinde voor die waren of diensten een afzet te vinden of te behouden, met uitsluiting van symbolisch gebruik dat er alleen toe strekt, de aan het merk verbonden rechten te behouden". [41] 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 [van het merk] reëel is, inzonderheid de gebruiken die in de betrokken economische sector gerechtvaardigd worden geacht". [42]

41 — Arrest van 11 maart 2003, Ansul, reeds aangehaald, punt 43.
42 — Ibidem.

77. Bijgevolg is ieder gebruik van een merk dat niet met deze beginselen verenigbaar is, geen normaal gebruik. Ik heb reeds gesteld dat particulier gebruik, dat niet buiten de interne sfeer van de houder komt, irrelevant is omdat het niet bedoeld is om een marktaandeel te verwerven. Aldus kunnen niet als „toereikend" en „normaal" gebruik worden aangemerkt, maatregelen ter voorbereiding van het in de handel brengen van de waren of de diensten, noch activiteiten voor de opslag en de bewaring van goederen die het bedrijfsterrein niet verlaten. [43]

78. In de onderzochte bepaling wordt weliswaar verwezen naar mogelijke geldige redenen voor het niet gebruiken, maar er wordt geen enkel voorbeeld gegeven. Dienaangaande is artikel 19 van de TRIPs-overeenkomst een grote hulp. Volgens dit artikel worden als geldige redenen voor niet-gebruik erkend, omstandigheden die zich *buiten de wil van de houder* van het merk voordoen en die *een belemmering vormen voor het gebruik* ervan, waarbij enkele standaardvoorbeelden worden gegeven, zoals invoerbeperkingen of andere overheidsmaatregelen voor door het merk beschermde waren of diensten.

79. De „bureaucratische hindernissen" waarop Lidl zich in het hoofdgeding beroept, moeten, ook al doen zij zich buiten de wil van de houder van het teken voor, een dermate rechtstreeks verband houden met het merk, dat het gebruik ervan afhangt van de beëindiging van de administratieve procedures. Zo is het denkbaar dat Lidl nog diende te wachten op een sanitaire vergunning voor de onder de naam „Le Chef DE CUISINE" in de handel gebrachte levensmiddelen of, indien het om een geneesmiddel ging, op de toelating ervan door de bevoegde nationale gezondheidsautoriteiten. Complicaties ten gevolge van vertragingen bij de afgifte van vergunningen voor de bouw van de handelslokalen hebben evenwel geen voldoende nauwe banden met het merk. Ik begrijp evenmin goed wat Lidl heeft belet om haar commerciële strategie tijdig te wijzigen. Zij had bijvoorbeeld voor een beperkte tijd een vergunningenstelsel kunnen opzetten voor de distributie van producten met andere leveranciers van levensmiddelen of met kruideniers.

80. Evenzo valt de ondernemingsstrategie, zoals de Commissie terecht beweert, volledig binnen de beslissingsbevoegdheid van de onderneming, zodat moeilijk kan worden aangenomen dat eventuele hindernissen niet uit de weg kunnen worden gegaan door de strategie aan te passen aan onbestendigheden en tegenvallers. In de onderhavige zaak is dan ook twijfel over het gedrag dat het meest in de weg heeft gestaan aan de verwezenlijking van het vermelde doel: de formalistische verwikkelingen van het bestuurlijk handelen of het halsstarrige vasthouden aan een ongeschikt plan. Deze nasporingen, die van feitelijke aard zijn, staan evenwel aan de nationale rechter, die beter op de hoogte is van de feiten en belast is met de beslechting van het hoofdgeding.

43 — Zie mijn conclusie in de zaak Ansul, reeds aangehaald, punt 57.

81. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de tweede prejudiciële vraag in die zin te beantwoorden dat artikel 12, lid 1, van richtlijn 89/104 aldus moet worden uitgelegd, dat slechts redenen buiten de wil van de houder geldige redenen voor het niet gebruiken van het merk kunnen opleveren en dat die redenen een belemmering moeten vormen voor het gebruik van het teken. Bureaucratische formaliteiten zijn dergelijke geldige redenen wanneer zij aan deze twee voorwaarden voldoen. Dit is niet het geval wanneer die formaliteiten in de weg staan aan de uitvoering van een commerciële strategie, aangezien de onderneming volkomen bevoegd blijft, te beslissen haar strategie aan te passen aan de administratieve onbestendigheden. Het staat aan de verwijzende instantie, de feiten tegen de achtergrond van deze aanwijzingen te beoordelen.

VI — Conclusie

82. Om al het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen van de Oberster Patent- und Markensenat als volgt te beantwoorden:

„1) Het begrip datum waarop ‚de inschrijvingsprocedure is voltooid' in artikel 10, lid 1, van de Eerste richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, verwijst niet naar het begin van de periode van bescherming, waarmee deze datum kan samenvallen, maar naar het tijdstip waarop de bevoegde autoriteit overeenkomstig haar nationale regeling — of, in het geval van een internationaal merk, het Internationale Bureau — de inschrijvingsprocedure beëindigt.

2) Artikel 12, lid 1, van richtlijn 89/104 moet aldus worden uitgelegd, dat slechts redenen buiten de wil van de houder geldige redenen voor het niet gebruiken van het merk kunnen opleveren en dat die redenen een belemmering moeten vormen voor het gebruik van het teken. Bureaucratische formaliteiten zijn dergelijke geldige redenen wanneer zij aan deze twee voorwaarden voldoen. Dit is niet het geval wanneer die formaliteiten in de weg staan aan de uitvoering van een commerciële strategie, aangezien de onderneming volkomen bevoegd blijft, te beslissen haar strategie aan te passen aan de administratieve onbestendigheden. Het staat aan de verwijzende instantie, de feiten tegen de achtergrond van deze aanwijzingen te beoordelen."