CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. JÄÄSKINEN
van 31 maart 2011[1]

Zaak C-190/10

Génesis Seguros Generales Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros (GENESIS)
tegen
Boys Toys SA
en
Administración del Estado

[verzoek van het Tribunal Supremo (Spanje) om een prejudiciële beslissing]

„Gemeenschapsmerk — Modaliteiten van indiening — Artikel 27 van verordening (EG) nr. 40/94 — Elektronische indiening van aanvraag — Inaanmerkingneming van datum, uur en minuut van indiening"

I – Inleiding

1. Met zijn verzoek om een prejudiciële beslissing stelt het Tribunal Supremo (Spanje) het Hof een vraag over de uitlegging van het begrip „datum van indiening" van de gemeenschapsmerkaanvraag. Aan de orde is of voor de toepassing van artikel 27 van verordening (EG) nr. 40/94[2] behalve met de datum van indiening van de aanvraag, ook met het uur en de minuut van indiening rekening kan worden gehouden wanneer de voorrang van het gemeenschapsmerk wordt ingeroepen.

II – Rechtskader

A – *Internationaal recht*

2. Het Verdrag van Parijs van 20 maart 1883 tot bescherming van de industriële eigendom[3] (hierna: „Verdrag van Parijs") bepaalt in artikel 4, punt A:

„1. Hij, die op regelmatige wijze een aanvraag om [...] een fabrieks- of handelsmerk in een van de landen der Unie heeft gedeponeerd, [...], zal, voor het verrichten van het depot in de andere landen, gedurende de hierna te bepalen termijnen, een recht van voorrang genieten.

2. Ieder depot, dat de waarde heeft van een regelmatig nationaal depot overeenkomstig de nationale wetgeving van elk land der Unie dan wel de bilaterale of multilaterale verdragen, gesloten tussen de verschillende landen der Unie, wordt erkend het recht van voorrang te doen ontstaan.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Verordening van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB L 11, blz. 1), ingetrokken bij verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het gemeenschapsmerk (gecodificeerde versie) (PB L 78, blz. 1), die op 13 april 2009 in werking is getreden. Gelet op de datum van de feiten in het hoofdgeding betreft het onderhavige uitleggingsverzoek verordening nr. 40/94.

3 — Het Verdrag van Parijs van 20 maart 1883 tot bescherming van de industriële eigendom is te vinden op het adres http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/paris/trtdocs_wo020.html.

3. Onder regelmatig nationaal depot moet worden verstaan ieder depot, dat toereikend is om de datum, waarop de aanvrage in het desbetreffende land is gedeponeerd, vast te stellen, onverschillig wat het verdere lot van die aanvrage is."

3. Artikel 4, punt C, van het Verdrag van Parijs luidt:

„1. De hierboven vermelde termijnen van voorrang zijn [...] zes maanden voor de tekeningen of modellen van nijverheid en voor de fabrieks- of handelsmerken.

2. Deze termijnen beginnen te lopen van de dagtekening af van het depot der eerste aanvraag; de dag van het depot is niet in de termijn begrepen.

3. Indien in het land, waar de bescherming wordt gevraagd, de laatste dag van de termijn een wettelijk erkende feestdag is of een dag, waarop het Bureau niet geopend is voor het ontvangen van het depot van aanvragen, zal de termijn ver[lengd] worden tot de eerstvolgende werkdag."

B – *Unierecht*

4. In artikel 8 van verordening nr. 40/94, met als opschrift „Relatieve weigeringsgronden", is bepaald:

„1. 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.

2. Onder ‚oudere merken' in de zin van lid 1 worden verstaan:

a) de merken waarvan de datum van de aanvrage om inschrijving voorafgaat aan de datum van de aanvrage om een gemeenschapsmerk, waarbij in voorkomend geval rekening wordt gehouden met het ten behoeve van die merken ingeroepen recht van voorrang, en die behoren tot de volgende categorieën:

   i) gemeenschapsmerken,

   ii) in de lidstaat of, in het geval van België, Nederland en Luxemburg, bij het Benelux-Merkenbureau ingeschreven merken,

   iii) merken ingeschreven ingevolge internationale overeenkomsten met werking in een lidstaat;

b) de aanvragen om merken bedoeld sub a, mits deze zullen worden ingeschreven;

c) de merken die op de datum van indiening van de aanvrage om het gemeenschapsmerk of, in voorkomend geval van het ten behoeve van de aanvrage om het gemeenschapsmerk ingeroepen recht van voorrang, in een lidstaat algemeen bekend zijn in de zin van artikel 6 bis van het Verdrag van Parijs. [...]"

5. Artikel 14 van verordening nr. 40/94, getiteld „Aanvullende toepassing van het nationale recht inzake inbreuk", bepaalt in lid 1 dat de rechtsgevolgen van een gemeenschapsmerk uitsluitend worden beheerst door deze verordening.

6. Artikel 26, lid 1, van verordening nr. 40/94 vermeldt de voorwaarden waaraan een gemeenschapsmerkaanvraag moet voldoen, waaronder a) een verzoek om inschrijving van een gemeenschapsmerk; b) gegevens op grond waarvan de aanvrager geïdentificeerd kan worden; c) een opgave van de waren of diensten waarvoor de aanvraag wordt ingediend, en d) een afbeelding van het merk. Artikel 26, lid 2, bepaalt dat bij de gemeenschapsmerkaanvraag een indieningstaks moet worden betaald.

7. Artikel 27 van verordening nr. 40/94, met als opschrift „Datum van indiening", luidt:

„De datum van indiening van de aanvrage om een gemeenschapsmerk is die waarop de aanvrager aan het Bureau of aan de centrale dienst voor de industriële eigendom van een lidstaat dan wel aan het Benelux-Merkenbureau, indien de aanvrage daar wordt ingediend, documenten met de in artikel 26, lid 1, bedoelde gegevens voorlegt, [mits] betaling van de indieningstaks binnen een maand nadat de bovenbedoelde documenten voorgelegd zijn."

8. In artikel 29 van die verordening is bepaald dat de voorrang gedurende zes maanden na de indiening van de eerste aanvraag geldt. Elke aanvraag die de waarde heeft van een regelmatige nationale aanvraag overeenkomstig het recht van de staat waarin de aanvraag is ingediend dan wel overeenkomstig bilaterale of multilaterale overeenkomsten, wordt geacht het recht van voorrang te doen ontstaan. Onder regelmatige nationale aanvraag moet worden verstaan iedere aanvraag waarvan de datum van indiening kan worden vastgesteld, ongeacht het verdere lot van die aanvraag.

9. Artikel 32 van verordening nr. 40/94 schrijft voor dat de gemeenschapsmerkaanvraag waaraan een indieningsdatum is toegekend, in de lidstaten gelijkwaardig is aan een regelmatig ingediende nationale aanvraag, waarbij zo nodig wordt rekening gehouden met het recht van voorrang dat voor de gemeenschapsmerkaanvraag wordt ingeroepen.

10. Artikel 97 van verordening nr. 40/94, met het opschrift „Toepasselijk recht", bepaalt:

„1. De rechtbanken voor het gemeenschapsmerk passen de bepalingen van deze verordening toe.

2. Op alle zaken die niet in deze verordening geregeld zijn, past de rechtbank voor het gemeenschapsmerk het nationale recht toe, met inbegrip van haar internationaal privaatrecht.

3. Tenzij in deze verordening anders bepaald wordt, past een rechtbank voor het gemeenschapsmerk het procesrecht toe dat geldt voor soortgelijke rechtsvorderingen betreffende een nationaal merk in de lidstaat waar de rechtbank gelegen is."

11. Regel 5 van verordening (EG) nr. 2868/95 van de Commissie van 13 december 1995 tot uitvoering van verordening nr. 40/94[4], getiteld „Indiening van de aanvrage", luidt:

„1. Het Bureau brengt op de aanvrage de datum van ontvangst en het dossiernummer aan. Het verstrekt de aanvrager onverwijld een ontvangstbewijs, waarop ten minste het dossiernummer, een afbeelding, een beschrijving of een andere aanduiding van het merk, de aard en het aantal van de stukken alsmede de datum waarop zij zijn ontvangen, worden vermeld.

[...]"

4 — PB L 303, blz. 1.

C – Nationaal recht

12. Artikel 6, lid 2, van Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (Spaanse wet 17/2001 van 7 december 2001 op de merken, BOE nr. 294 van 8 december 2001, blz. 45579; hierna: „Spaanse merkenwet") definieert oudere merken als volgt:

„a) een ingeschreven merk waarvan de datum van indiening of de datum van voorrang van de inschrijvingsaanvraag voorafgaat aan de datum van de onderzochte aanvraag, en dat behoort tot de volgende categorieën: i) Spaanse merken; ii) merken ingeschreven ingevolge internationale overeenkomsten met werking in Spanje; iii) gemeenschapsmerken;

b) een ingeschreven gemeenschapsmerk waarvan de houder overeenkomstig de verordening inzake het gemeenschapsmerk geldig aanspraak maakt op anciënniteit ten aanzien van een van de sub a-i en ii, bedoelde merken, zelfs indien van dit laatste merk afstand is gedaan of dit merk teniet is gegaan;

c) de aanvraag voor een sub a en b bedoeld merk, op voorwaarde dat de inschrijving ervan is bevestigd;

d) een niet-ingeschreven merk dat op de datum van indiening of op de datum van voorrang van de aanvraag voor het onderzochte merk in Spanje ‚algemeen bekend' is in de zin van artikel 6 bis van het Verdrag van Parijs."

13. Artikel 11 van die wet, „Indiening van de aanvraag", bepaalt:

„1. De aanvraag om inschrijving van een merk wordt ingediend bij het bevoegde orgaan van de autonome regio waar de aanvrager zijn woonplaats of een daadwerkelijke en feitelijke bedrijfs- of handelsvestiging heeft. [...]

[...]

6. Het bevoegde orgaan waarbij de aanvraag kan worden ingediend, maakt op het moment van ontvangst ervan aantekening van het aanvraagnummer, de dag, het uur en de minuut van de indiening, op de wijze als bij reglement bepaald."

14. Artikel 12 van de Spaanse merkenwet, inzake de voorwaarden waaraan de aanvraag moet voldoen, luidt:

„1. De aanvraag om inschrijving van een merk bevat ten minste het volgende: een verzoek om inschrijving van het merk, de identiteit van de aanvrager, een afbeelding van het merk, de opgave van de waren of diensten waarvoor het merk moet worden ingeschreven.

[...]"

15. In artikel 13 van de Spaanse merkenwet is bepaald:

„1. De datum van indiening van de aanvraag is de datum waarop het bevoegde orgaan overeenkomstig het in artikel 11 bepaalde de documenten ontvangt die de in artikel 12, lid 1, genoemde gegevens bevatten.

2. De datum van indiening van een bij een postkantoor afgegeven aanvraag is de datum waarop dat postkantoor de documenten ontvangt die de in artikel 12, lid 1, bepaalde gegevens bevatten, mits deze in een open envelop aangetekend met bewijs van ontvangst wordt gezonden aan het orgaan dat voor de ontvangst van de aanvraag bevoegd is. Het postkantoor maakt aantekening van de dag, het uur en de minuut van de indiening.

3. In het geval dat een bestuursorgaan of -eenheid als bedoeld in de vorige leden op het moment van ontvangst van de aanvraag geen aantekening van het tijdstip van ontvangst heeft gemaakt, wordt daaraan het laatste uur van de dag toegekend. Indien geen aantekening van de minuut is gemaakt, wordt de laatste minuut van het uur toegekend. Indien noch het uur, noch de minuut zijn vermeld, worden het laatste uur en de laatste minuut van de dag toegekend."

III – Hoofdgeding, prejudiciële vraag en procesverloop voor het Hof

16. Génesis Seguros Generales Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros (hierna: „Génesis") heeft langs elektronische weg bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (BHIM) twee gemeenschapsmerkaanvragen ingediend: het woordmerk RIZO nr. 3 543 361, voor de klassen 16, 28, 35 en 36 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 (hierna: „classificatie van Nice"), en het woordmerk RIZO, EL ERIZO nr. 3 543 386, voor de klassen 16, 35 en 36 van die classificatie.

17. De verwijzende rechter benadrukt dat gelet op het hem voorgelegde bewijsmateriaal de overmaking [5] aan het BHIM van de elektronische aanvragen voor die twee gemeenschapsmerken respectievelijk om 11.52 uur en om 12.13 uur in de ochtend van 12 december 2003 heeft plaatsgevonden.

18. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt ook dat de onderneming Pool Angel Tomas SL eveneens op 12 december 2003, om 17.45 uur, bij het Oficina Española de Patentes y Marcas (hierna: „OEPM") een aanvraag tot inschrijving in Spanje van het woordmerk RIZO'S nr. 2 571 979-3, voor klasse 28 van de classificatie van Nice, heeft ingediend.

19. Génesis heeft tegen de inschrijving van voormeld nationaal merk RIZO'S oppositie ingesteld met een beroep op de voorrang van de gemeenschapsmerken RIZO nr. 3 543 361 en RIZO, EL ERIZO nr. 3 543 386.

20. Het OEPM heeft de oppositie bij beslissing van 9 december 2004 afgewezen op grond dat de aangevoerde merken geen voorrang hebben ten opzichte van het aangevraagde merk, en heeft de inschrijving van het merk RIZO'S toegestaan.

21. Génesis heeft bij bezwaarschrift gevorderd dat het OEPM de voorrang van haar gemeenschapsmerken vaststelt, gezien het feit dat de aanvraag van die gemeenschapsmerken elektronisch was ingediend op 12 december 2003 en dat daartoe die datum in aanmerking moest worden genomen.

22. Het OEPM heeft dat bezwaar bij beslissing van 29 juni 2005 afgewezen en daarbij benadrukt dat de datum van indiening van verzoeksters gemeenschapsmerken later was dan de datum van indiening van het Spaanse merk RIZO'S, aangezien op basis van artikel 27 van verordening nr. 40/94 de datum van indiening van de gemeenschapsmerkaanvragen slechts op 7 januari 2004 is vastgesteld.

5 — En niet de ontvangst of de inschrijving door het BHIM.

23. Génesis heeft tegen deze laatste beslissing beroep bij de tweede afdeling van de kamer voor bestuursgeschillen van het Tribunal Superior de Justicia de Madrid ingesteld. Die rechter heeft bij arrest van 7 februari 2008 de gegrondheid van de toekenning van het aangevraagde Spaanse merk RIZO'S bevestigd. Het Tribunal was van oordeel dat de datum van indiening van de aanvraag van de oppositiemerken de datum was waarop de documenten daadwerkelijk waren overgelegd, en niet 12 december 2003, de datum van indiening van de aanvraag langs elektronische weg.

24. In haar cassatieberoep tegen dat arrest betwist Génesis in de eerste plaats de uitlegging van het Tribunal Superior de Justicia de Madrid inzake de datum van indiening van de gemeenschapsmerkaanvragen, met het betoog dat wanneer de artikelen 26 en 27 van verordening nr. 40/94 juist worden uitgelegd, de datum van indiening van de aanvragen de datum is waarop deze aan het BHIM zijn overgemaakt en door het BHIM zijn ontvangen, te weten 12 december 2003. In de tweede plaats is Génesis van mening dat het Tribunal Superior de Justicia de Madrid, door geen voorrang te verlenen aan de gemeenschapsmerken RIZO nr. 3 543 361 en RIZO, EL ERIZO nr. 3 543 386, artikel 6, lid 2, van de Spaanse merkenwet heeft geschonden, dat sub a en c bepaalt dat gemeenschapsmerkaanvragen waarvan de datum van indiening voorafgaat aan de bij het OEPM ingediende inschrijvingsaanvragen voorrang hebben.

25. Het Tribunal Supremo merkt op dat artikel 27 van verordening nr. 40/94 weliswaar bepaalt dat de datum van indiening van de gemeenschapsmerkaanvraag de datum is waarop deze aanvraag bij het BHIM of bij de in die bepaling genoemde instanties is ingediend, maar geen criterium vaststelt voor de ordening van de merkaanvragen wanneer deze op dezelfde dag worden ingediend. Het Spaanse criterium om de voorrang van de merken te bepalen wanneer de datum van indiening dezelfde is, is dat van de voorrang op basis van het uur en de minuut van indiening bij het OEPM.

26. Daarop heeft het Tribunal Supremo de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Kan artikel 27 van verordening nr. 40/94 [...] aldus worden uitgelegd, dat behalve met de dag, ook rekening mag worden gehouden met het uur en de minuut van indiening van de aanvraag om inschrijving van een gemeenschapsmerk bij het BHIM (voor zover dat gegeven is vastgelegd) voor de vaststelling van de temporele voorrang ten opzichte van een nationaal merk dat op dezelfde datum is aangevraagd, wanneer het uur van indiening een relevante omstandigheid is volgens de nationale wetgeving die de inschrijving van het nationale merk regelt?"

27. Dit verzoek is op 16 april 2010 ter griffie van het Hof ingeschreven. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Génesis, de Spaanse, de Italiaanse en de Griekse regering alsmede door de Europese Commissie.

IV – Beantwoording van de prejudiciële vraag

A – *Algemene opmerkingen over het merkenstelsel*

28. Om te beginnen wens ik de nadruk te leggen op de kenmerken van het merkenstelsel, te weten de van nature internationale dimensie en de noodzakelijke territoriale beperking ervan. Bovendien dient rekening te worden gehouden met het bestaan van diverse merkenbeschermingsstelsels, waaronder dat van de Unie.[6]

6 — B.K. Müller, *Multinational Trademark Registration Systems*, Bern, 2002.

29. De kenmerken van het merk blijken reeds uit de werkzaamheden rond het sluiten van het Verdrag van Parijs.[7] Met betrekking tot de bepaling van de op de bescherming van de intellectuele eigendom toepasselijke regeling is het eerste voorstel, een uniforme supranationale wetgeving vast te stellen, afgewezen op grond dat het utopisch en irrealistisch was. Het tweede voorstel, collisieregels vast te stellen op basis waarvan het recht van het land van oorsprong van de uitvinding of van de inschrijving van het merk moet worden toegepast, is onbillijk geacht. Overeenkomstig artikel 2 van het Verdrag hebben de opstellers ervan dus gekozen voor het derde voorstel, het beginsel van de nationale behandeling.[8] Krachtens het territorialiteitsbeginsel (lex loci protectionis) zijn de rechtsgevolgen van een merk beperkt tot het grondgebied van de staat waar het wordt beschermd.[9]

30. In het Unierecht is het merkenrecht een wezenlijk onderdeel van het stelsel van onvervalste mededinging. In een dergelijk stelsel moet elke onderneming, teneinde haar clientèle aan zich te binden door de kwaliteit van haar waren of diensten, tekens als merk kunnen inschrijven die de consument in staat stellen, deze waren of diensten zonder gevaar voor verwarring te onderscheiden van waren of diensten van andere herkomst.[10]

31. De harmonisatie van de wetgevingen op het gebied van het merkenrecht is gebaseerd op twee reeksen teksten die parallel worden toegepast, maar toch op verschillende punten met elkaar verbonden zijn. Het gaat om het stelsel van het gemeenschapsmerk, te weten het recht van industriële eigendom waarin is voorzien in verordening nr. 40/94, die een uniform merkenrecht heeft ingevoerd dat voor het gehele grondgebied van de Unie geldt. Voorts heeft de Uniewetgever via richtlijn 89/104 inspanningen geleverd om de nationale wetgevingen onderling aan te passen zonder echter terug te komen op het territorialiteitsbeginsel, dat wil zeggen op het verband tussen de rechtsgevolgen van een merk en het grondgebied van de betrokken lidstaat.

32. Benadrukt moet evenwel worden dat volgens de vijfde overweging van de considerans van verordening nr. 40/94 het gemeenschapsmerkenrecht niet in de plaats treedt van het merkenrecht van de lidstaten. De nationale merken blijven bestaan omdat zij noodzakelijk worden geacht voor ondernemingen die hun merk niet op Unieniveau wensen te beschermen.[11]

33. Het gemeenschapsmerk is dus een aanvulling op de nationale beschermingsstelsels. Zoals de eerste en de derde overweging van richtlijn 89/104 te kennen geven, beoogt deze richtlijn een gedeeltelijke harmonisatie, beperkt tot de nationale bepalingen die het meest rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.[12]

7 — Benadrukt dient te worden dat in de twaalfde overweging van de considerans van de eerste richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB 1989, L 40, blz. 1), staat dat alle lidstaten van de Gemeenschap gebonden zijn door het Verdrag van Parijs, zodat de bepalingen van die richtlijn volledig moeten stroken met die van het Verdrag van Parijs.

8 — F.-K. Beier, „One Hundred Years of International Cooperation — The Role of the Paris Convention in the Past, Present and Future", *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 15, nr. 1-6/1984, blz. 1.

9 — M. Sabatier, *Pratique de la marque internationale*, Institut de Recherche en Propriété intellectuelle Henri-Desboi, 2007, nr. 8. Zie in dit verband conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in de bij het Hof aanhangige zaak Budějovický Budvar (C-482/09, punten 50 e.v.).

10 — Zie in die zin arresten van 4 oktober 2001, Merz & Krell (C-517/99, Jurispr. blz. I-6959, punten 21 en 22); 12 november 2002, Arsenal Football Club (C-206/01, Jurispr. blz. I-10273, punten 47 en 48); 17 maart 2005, Gillette Company en Gillette Group Finland (C-228/03, Jurispr. blz. I-2337, punt 25); 26 april 2007, Alcon/BHIM (C-412/05 P, Jurispr. blz. I-3569, punten 53 en 54), en 14 september 2010, Lego Juris/BHIM (C-48/09 P, Jurispr. blz. I-8403, punt 38).

11 — G. Bonet, „La marque communautaire", *Revue trimestrielle de droit européen*, nr. 1, 1995, blz. 59.

12 — Ter illustratie van die beperking zie conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de bij het Hof aanhangige zaak Anheuser-Busch/Budějovický Budvar (C-96/09 P, punt 79). Bovendien heeft het Hof reeds geoordeeld dat de gedeeltelijke harmonisatie niet uitsluit dat met name de nationale bepalingen die het meest rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt, volledig worden geharmoniseerd. Zie arresten van 16 juli 1998, Silhouette International Schmied (C-355/96, Jurispr. blz. I-4799, punt 23), en 11 maart 2003, Ansul (C-40/01, Jurispr. blz. I-2439, punt 27).

34. De merkenbescherming in de Unie wordt dus gekenmerkt door de co-existentie van verschillende beschermingsregelingen, wat tot een toename van de merkaanvragen en, zoals ik hieronder zal uiteenzetten, in uitzonderlijke gevallen tot het bestaan van concurrerende geldige inschrijvingen kan leiden.

B – *Inschrijving en datum van indiening van een merk in het Unierecht*

35. De bepalingen van verordening nr. 40/94 verbinden in verschillende opzichten gevolgen aan de indiening van een gemeenschapsmerk.

36. Ten eerste bepaalt artikel 46 van verordening nr. 40/94 dat het tijdvak van tien jaar waarin het merk wordt beschermd, begint vanaf de datum van indiening van de aanvraag. Ten tweede bepaalt de datum van indiening van de aanvraag, zoals deze in artikel 27 van verordening nr. 40/94 is omschreven, de voorrang van een merk ten opzichte van een ander merk, zoals uit artikel 8, lid 2, sub a en b, van deze verordening blijkt.[13] Ten derde is de datum van indiening relevant voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een merk dat door gebruik vóór de indiening van de aanvraag kan zijn verkregen in de zin van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94. Tot slot speelt het tijdstip van de indiening van de inschrijvingsaanvraag een rol bij de beoordeling, in het kader van de bepaling van de absolute nietigheidsgronden, van de vraag of de aanvrager te kwader trouw was in de zin van artikel 51, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.[14]

37. Bijgevolg vormt de precieze bepaling van de datum van indiening een bestanddeel van het stelsel van het gemeenschapsmerk. Aangezien het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing de vaststelling van de betekenis en de draagwijdte van artikel 27 van verordening nr. 40/94 betreft, dient om te beginnen te worden uitgemaakt wat de aard van het begrip „datum van indiening" in de zin van deze bepaling is.

38. Eerst moet worden vastgesteld dat het Verdrag van Parijs geen materiële regels inzake de voorwaarden voor indiening bevat, maar daarentegen in artikel 4, punt A, lid 2, voorschrijft dat de geldigheid van depots wordt bepaald door de nationale wetgeving van elk land van de Unie of door bilaterale of multilaterale verdragen die zijn gesloten tussen deze landen. Zelfs al preciseerde dat Verdrag dat de overeenkomstsluitende staten een Unie voor de bescherming van de industriële eigendom vormden, bevatte dat Verdrag immers verschillende bepalingen op basis waarvan die staten wetgevend moesten of konden optreden op het gebied van de industriële eigendom.[15]

39. Verordening nr. 40/94 bevat daarentegen een specifieke bepaling inzake de voorwaarden voor indiening van het gemeenschapsmerk. Artikel 27 van die verordening bepaalt immers dat de datum van indiening van de gemeenschapsmerkaanvraag die is waarop de aanvrager aan het BHIM of aan de centrale dienst voor de industriële eigendom van een lidstaat dan wel aan het Benelux-Merkenbureau, indien de aanvraag daar wordt ingediend, documenten met de in artikel 26, lid 1, bedoelde gegevens voorlegt, mits betaling van de indieningstaks binnen een maand nadat de bovenbedoelde documenten voorgelegd zijn.[16]

40. Artikel 27 van verordening nr. 40/94 verwijst dus niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten.

13 — De datum van indiening is dus relevant voor het bepalen van het „ouder merk" in de zin van artikel 8 van verordening nr. 40/94 en van de merken waarvan de datum van indiening voorafgaat aan die van de merkaanvraag [overeenkomstig artikel 4, lid 2, sub a-i, van richtlijn 89/104].

14 — Zie in dit verband arrest van 11 juni 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (C-529/07, Jurispr. blz. I-4893).

15 — G.H.C. Bodenhausen, *Guide d'application de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, BIRPI, 1969, blz. 11.

16 — Opgemerkt dient te worden dat het beginsel van één internationale indiening, echter gebaseerd op een inschrijving van het merk in het land van oorsprong, is ingevoerd bij de Overeenkomst van Madrid van 14 april 1891 en bij het Protocol van Madrid van 27 juni 1989 betreffende de internationale inschrijving van merken. Zie M. Sabatier, *Pratique de la marque internationale*, blz. 5-7.

41. Volgens vaste rechtspraak volgt uit de eisen van de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht en van het beginsel van gelijke behandeling dat het in de regel noodzakelijk is dat de termen van een Unierechtelijke bepaling die voor de vaststelling van de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, in de gehele Europese Unie autonoom en op eenvormige wijze worden uitgelegd, rekening houdend met de context van de bepaling en met het doel van de betrokken regeling. [17]

42. Bij de inschrijving van een gemeenschapsmerk moeten de inschrijvingen van oudere nationale merken in aanmerking worden genomen als juridisch relevante feiten, waaraan de Unieregelgeving bepaalde rechtsgevolgen verbindt.

43. Bijgevolg is het BHIM niet verplicht om de vereisten en de beoordeling van de bevoegde merkenrechtelijke instantie in het land van oorsprong te volgen, noch om het aangevraagde merk in te schrijven op grond van het bestaan van inschrijvingsbeslissingen van de nationale octrooi- en merkenbureaus. [18]

44. Derhalve ben ik van mening dat de bepaling van de „datum van indiening" van een gemeenschapsmerk uitsluitend wordt beheerst door het Unierecht, dat in dit verband rekening houdt met de relevante internationale overeenkomsten. Aangezien verordening nr. 40/94 geen wettelijke definitie van de uitdrukking „datum van indiening" geeft, dienen de draagwijdte en de betekenis van deze uitdrukking in die verordening te worden gezocht.

C – *Datum van indiening van de aanvraag in het kader van het hoofdgeding*

45. Alvorens de analyse van het sleutelbegrip voor de onderhavige procedure aan te vangen, dient bij lezing van de verwijzingsbeslissing erop te worden gewezen dat er onzekerheid lijkt te zijn over een feitelijk element dat centraal staat in het hoofdgeding, namelijk de bepaling van de dag van indiening van de aan de orde zijnde merkaanvragen. [19]

46. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt immers dat de twee aanvragen voor gemeenschapswoordmerken RIZO en RIZO, EL ERIZO langs elektronische weg bij het BHIM zijn ingediend op 12 december 2003. De verwijzende rechter vraagt zich echter af of die datum van overmaking langs elektronische weg moet worden beschouwd als de relevante datum van indiening van het gemeenschapsmerk.

47. Blijkens de verwijzingsbeslissing is het door Génesis tegen de litigieuze beslissing van het OEPM ingestelde beroep bij arrest van het Tribunal Superior de Justicia de Madrid afgewezen in wezen op grond dat de datum van indiening van de communautaire oppositiemerken 7 februari 2004 was, de datum waarop de documenten daadwerkelijk waren overgelegd, en niet 12 december 2003, de datum waarop de aanvraag langs elektronische weg was ingediend.

48. In dit verband dient te worden opgemerkt dat het BHIM de gebruikers een dienst van elektronische indiening („e-filing") ter beschikking stelt, zodat zij hun gemeenschapsmerkaanvragen online kunnen indienen. Die dienst biedt verschillende voordelen, waaronder de waarborg van de datum van indiening in de zin van artikel 27 van verordening nr. 40/94.

17 — Zie onder meer arresten van 6 februari 2003, SENA (C-245/00, Jurispr. blz. I-1251, punt 23), en 21 oktober 2010, Padawan (C-467/08, Jurispr. blz. I-10055, punt 32).

18 — Zie in die zin arresten van 25 oktober 2007, Develey/BHIM (C-238/06 P, punten 71-73), en 17 december 2010, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli/BHIM (Vorm van een chocolade haas) (T-395/08).

19 — De verwijzingsbeslissing spreekt zich niet definitief over dit feitelijk element uit en de opmerkingen van Génesis zijn niet ondubbelzinnig op dit punt. Alleen de Commissie heeft in haar schriftelijke opmerkingen de bijlagen voorgelegd die pleiten voor de stelling dat de datum van indiening 12 december 2003 is.

49. Gelet op de bewoordingen van die bepaling is de datum van indiening van de aanvraag langs elektronische weg, vergezeld van alle door verordening nr. 40/94 vereiste documenten en gevolgd door betaling van de indieningstaks binnen een maand, de datum van indiening in de zin van artikel 27 van die verordening. Het BHIM heeft de belanghebbenden immers de technische middelen ter beschikking gesteld die nodig zijn om de vereiste documenten bij te voegen. [20]

50. Wanneer daarentegen louter een inschrijvingsaanvraag langs elektronische weg wordt ingediend zonder dat de vereiste documenten daarbij worden gevoegd, zal de datum van indiening in de zin van artikel 27 van verordening nr. 40/94 de datum zijn waarop alle vereiste documenten daadwerkelijk bij het BHIM worden ingediend. Het gaat dus om een datum na de indiening van die aanvraag langs elektronische weg.

51. Voor de toepassing van de uitdrukking „datum van indiening" in de zin van artikel 27 van verordening nr. 40/94 staat het dan ook aan de verwijzende rechter om na te gaan op welke datum Génesis alle voor haar inschrijvingsaanvragen vereiste documenten daadwerkelijk heeft overgelegd en de taks is betaald.

52. Pas nu dat aspect is behandeld, is het nuttig in te gaan op de meer precieze temporele aspecten die de verwijzende rechter ter sprake heeft gebracht.

D – *Inaanmerkingneming van het uur en de minuut bij de toepassing van het begrip „datum van indiening" in de zin van verordening nr. 40/94*

53. Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of bij de toepassing van artikel 27 van verordening nr. 40/94 rekening kan worden gehouden met het uur en de minuut van indiening van de inschrijvingsaanvraag wanneer die elementen kunnen bijdragen tot het bepalen van een eventuele voorrang ten opzichte van een nationaal merk waarvan de inschrijving op dezelfde dag is aangevraagd. In een dergelijk geval waarin de data van indiening samenvallen, definieert het Spaanse recht de voorrang van de merken immers op basis van het uur en de minuut van indiening.

54. Die vraag betreft dus het beginsel van voorrang, krachtens hetwelk op basis van een ouder recht oppositie kan worden ingesteld tegen alle latere tekens die daarmee conflicteren. [21] De oppositieprocedure die Génesis op basis van het nationale recht heeft ingesteld, beoogt dan ook te doen vaststellen dat Génesis' twee gemeenschapsmerken „oudere merken" zijn in de zin van de nationale wetgeving, die de definitie van oudere merken in verordening nr. 40/94 overneemt. [22]

55. De analyse van de strekking van het begrip „datum van indiening" die wordt voorgesteld door de partijen die in het kader van de onderhavige procedure opmerkingen hebben gemaakt, verschilt aanzienlijk. Net als de Spaanse en de Italiaanse regering en de Commissie ben ik van mening dat het uur en de minuut van indiening van de gemeenschapsmerkaanvraag irrelevant zijn voor de toepassing van artikel 27 van verordening nr. 40/94. Mijns inziens verwijst de „datum van indiening" immers

20 — Zie http://oami.europa.eu/help/html/help_fr.html. Het BHIM lijkt het uur en de minuut van indiening van het merk niet officieel te registreren. Bijgevolg zijn de verduidelijkingen die de verwijzende rechter op dit punt heeft verstrekt, niet gebaseerd op de door het BHIM geregistreerde gegevens. Noch het Blad van Gemeenschapsmerken (http://oami.europa.eu/bulletin/ctm/ctm_bulletin_en.htm), noch de databank van het BHIM (CTM online) vermelden het uur of de minuut van indiening.

21 — Volgens artikel 6 van de Spaanse merkenwet kunnen tekens niet worden ingeschreven indien zij gelijk zijn aan een ouder merk of indien verwarringsgevaar bestaat. Zie de artikelen 4, lid 1, en 5, lid 1, van richtlijn 84/104.

22 — Zie artikel 8, lid 2, van verordening nr. 40/94.

uitsluitend naar het „etmaal". Dat laatste begrip stemt volgens mij overeen met een kalenderdag van middernacht tot middernacht, die het nummer van de maand en het jaar volgens de Gregoriaanse kalender draagt, alsook met een overeenkomende dag in de andere kalendersystemen.[23] Een etmaal kan dus hetzelfde zijn ondanks variaties in de reële tijd doordat er tijdzones zijn.[24]

56. Diverse elementen pleiten mijns inziens voor die uitlegging.

57. In de eerste plaats heeft het stelsel van het Verdrag van Parijs, waarbij alle lidstaten partij zijn, de als één dag of als etmaal begrepen datum in aanmerking genomen als basisberekeningseenheid. De regelmatigheid van de indiening wordt immers alleen aan dat element getoetst. Die indiening wordt geacht te zijn verricht wanneer, overeenkomstig de nationale wetgeving van het land waar zij heeft plaatsgevonden, een aanvraag is ingediend met inachtneming van de vormvereisten, en zelfs indien die aanvraag onvolledig of vormelijk onjuist was, volstaat zij om de datum van indiening te bepalen.[25]

58. In dit verband dient te worden benadrukt dat de invoering van die basisberekeningseenheid nauw verband hield met het zogenaamde „unionistisch recht van voorrang" neergelegd in het Verdrag van Parijs, volgens hetwelk hij die een merk in een ander land deponeert binnen een termijn van zes maanden vanaf het depot van zijn merk in zijn land van oorsprong, in dat land bescherming geniet vanaf de datum waarop de bescherming aanvankelijk in het land van oorsprong was verleend.[26] Krachtens artikel 4, punt C, lid 2, van dat Verdrag begint de termijn van zes maanden immers te lopen vanaf de dagtekening van het depot van de eerste aanvraag en is de dag van het depot niet in de termijn begrepen. Bijgevolg zijn het uur en de minuut van indiening irrelevant voor de berekening van de voorrangstermijn.[27]

59. Verordening nr. 40/94 bevat eigen regels die het stelsel van het Verdrag volgen, doordat het in artikel 29 een recht van voorrang neerlegt dat zich uitstrekt tot aanvragen die in een van de staten die partij zijn bij het Verdrag of in een staat die partij is bij de Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie zijn ingediend.[28] Door de werking van het recht van voorrang worden de aan het gemeenschapsmerk verbonden rechten geacht te gelden vanaf de datum van voorrang, dat wil zeggen de dag waarop de nationale aanvraag is ingediend.[29]

23 — Zie in dit verband artikel 4, lid 2, van verordening (EEG, Euratom) nr. 1182/71 van de Raad van 3 juni 1971 houdende vaststelling van de regels die van toepassing zijn op termijnen, data en aanvangs- en vervaltijden (PB L 124, blz. 1), waaruit blijkt dat wanneer is bepaald dat rechtshandelingen van de Raad of de Commissie, dan wel bepalingen van zodanige rechtshandelingen, op een bepaalde datum in werking treden, van kracht worden of van toepassing worden, dit plaatsvindt bij de aanvang van het eerste uur van de dag waarop die datum valt. Zie arrest Gerecht van 20 juni 2001, Ruf en Stier/BHIM (Beeld „DAKOTA") (T-146/00, Jurispr. blz. II-1797, punten 23, 27 en 55).

24 — Zoals bijvoorbeeld blijkt uit het vieren van nieuwjaar over de hele wereld.

25 — Artikel 4, punt A, lid 3, van het Verdrag van Parijs bepaalt dat onder regelmatig nationaal depot moet worden verstaan ieder depot dat toereikend is om de datum waarop de aanvraag in het desbetreffende land is gedeponeerd, vast te stellen. Zie G.H.C. Bodenhausen, *Guide d'application de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, op. cit., blz. 42.

26 — Artikel 4 van het Verdrag van Parijs stelt een termijn van zes maanden waarbinnen de aanvrager van een merk in een van de Unielanden hetzelfde merk in de andere Unielanden kan aanvragen zonder dat die latere aanvragen door mogelijke aanvragen van derden voor hetzelfde merk kunnen worden aangetast. Het recht van voorrang verleent de aanvrager van een merk gedurende de voorrangstermijn dus een tijdelijke bescherming ten opzichte van aanvragen van derden voor hetzelfde merk. Zie arrest Gerecht van 15 november 2001, Signal Communications/BHIM (TELEYE) (T-128/99, Jurispr. blz. II-3273, punten 36-40).

27 — Met betrekking tot de berekening van de voorrangstermijn is diezelfde berekening op internationaal niveau van toepassing voor octrooien (de dag van de indiening van de eerdere aanvraag is niet in die termijn begrepen. Zie regel 2.4 van het uitvoeringsreglement: http://www.wipo.int/pct/fr/texts/rules/r2.htm#_2_4).

28 — Het recht van voorrang ontstaat door de eerdere indiening van een merkaanvraag in een van de voorvermelde staten en is een autonoom recht in die zin dat het ongeacht het verdere lot van die eerdere aanvraag blijft bestaan. Wanneer voor de gemeenschapsmerkaanvraag een beroep op het recht van voorrang wordt gedaan, wordt dit recht een bestanddeel van de aanvraag, aangezien het een wezenlijk kenmerk ervan bepaalt: de datum van indiening van de eerdere aanvraag geldt als de datum van indiening van de gemeenschapsmerkaanvraag voor de vaststelling van de rangorde van de rechten. Zie arrest Signal Communications/BHIM (aangehaald in voetnoot 26).

29 — Indien aan de gestelde voorwaarden is voldaan, werkt het gemeenschapsmerk met terugwerkende kracht tot de dag waarop de merkaanvraag is ingediend. G. Bonet, „La marque communautaire", op. cit.

60. Ik ben dan ook van mening dat de datum van indiening in de zin van artikel 27 van verordening nr. 40/94 niet nader kan worden gepreciseerd. Mijns inziens is dit te meer onmogelijk daar dat begrip van bij de aanvang een welbepaalde rol heeft gespeeld bij de toepassing van voormeld voorrangsbeginsel, niet alleen op het niveau van de Unie, maar ook voor de toepassing van internationale regels over de gevolgen van de inschrijving van merken. In dit verband dient in herinnering te worden gebracht dat het oudere merk ook kan worden beschermd via een internationale inschrijving. [30]

61. Weliswaar volgt uit de aanwijzingen op de site van het BHIM dat de datum van indiening die is waarop de in artikel 26 bedoelde documenten worden ingediend bij het BHIM, Midden-Europese tijd (GMT + 1) [31], maar het daar vermelde uur beoogt de datum van indiening bij het BHIM te bepalen, en niet een temporele voorrang op basis van het uur en de minuut van indiening te verlenen.

62. Die stelling vindt ook steun in de letterlijke uitlegging van artikel 27 van verordening nr. 40/94, dat het enkel over de „datum" heeft. Bovendien volgt uit regel 5 van verordening nr. 2868/95 dat het BHIM op de stukken waaruit de aanvraag bestaat, enkel de datum van ontvangst en het dossiernummer van de aanvraag vermeldt. Het verstrekt de aanvrager onverwijld een ontvangstbewijs, waarop ten minste het dossiernummer en de datum van ontvangst van de aanvraag worden vermeld.

63. In de tweede plaats wordt een uitlegging die erin bestaat het uur en de minuut van indiening niet in aanmerking te nemen, ook bevestigd door het doel en de aard van de Unieregelgeving. Zoals ik reeds in de punten 30 tot en met 34 en 39 tot en met 43 van de onderhavige conclusie heb uiteengezet, had verordening nr. 40/94 niet tot doel het recht van de lidstaten onderling aan te passen, maar wel één, in de gehele Unie geldig recht van industriële eigendom te creëren. Bovendien kunnen, gelet op het feit dat de in verordening nr. 40/94 opgenomen begrippen van Unierecht autonoom zijn, de in het nationale recht gekozen juridische oplossingen niet in aanmerking worden genomen voor de uitlegging van de gemeenschapsmerkregeling. Tot slot wordt, zoals de Commissie terecht opmerkt, een dergelijke benadering bevestigd door een gecombineerde lezing van de artikelen 14 en 97 van die verordening, aangezien daaruit blijkt dat de toepasselijkheid van het nationale recht beperkt is tot vragen die niet binnen de werkingssfeer van verordening nr. 40/94 vallen.

64. In de derde plaats dient de relevantie van artikel 32 van verordening nr. 40/94 te worden benadrukt. Uit dat artikel blijkt dat de indiening van een gemeenschapsmerk in de lidstaten gelijkwaardig is aan de indiening van een nationaal merk om zo nodig het aan de gemeenschapsmerkaanvraag verbonden recht te bepalen. Artikel 32 verwijst enkel naar de datum van indiening.

65. Zoals de Spaanse regering betoogt, wijzigt artikel 32 van verordening nr. 40/94 het communautaire begrip datum van indiening niet en veronderstelt het evenmin een subsidiaire toepassing van het nationale recht, maar verleent het enkel de bij het BHIM ingediende gemeenschapsmerkaanvragen dezelfde juridische waarde als de bij de nationale bureaus ingediende aanvragen. Indien het Hof ondanks de bewoordingen van artikel 27 van verordening nr. 40/94 koos voor een ruime uitlegging van deze bepaling, zou dit betekenen dat alle merkaanvragers deze merken bij het BHIM moeten registeren om hun voorrangsrecht niet alleen ten opzichte van andere nationale merken, maar ook ten opzichte van andere gemeenschapsmerken te waarborgen. Dit zou in strijd zijn met het beginsel dat het gemeenschapsmerk niet in de plaats komt van de nationale merken.

30 — Zie artikel 8, lid 2, sub a-iii, van verordening nr. 40/94 en artikel 8, lid 2, sub a-iv, van verordening (EG) nr. 207/2009, die verwijzen naar merken die zijn ingeschreven ingevolge internationale overeenkomsten met werking in de Gemeenschap.

31 — http://oami.europa.eu/ows/rw/pages/QPLUS/forms/electronic/fileApplicationCTM.fr.do

66. Tot slot is het van belang erop te wijzen dat er verschillende praktische moeilijkheden rijzen wanneer in het kader van het stelsel van het gemeenschapsmerk de voorrang in reële tijd wordt toegepast en niet het begrip etmaal wordt gebruikt.

67. Om te beginnen houdt het feit dat er in de gehele Unie verschillende tijdzones bestaan, mijns inziens in dat het thans onmogelijk is om de voorrang van het gemeenschapsmerk in reële tijd te bepalen. Het grondgebied van Europa bestrijkt immers vier tijdzones. [32]

68. Gelet op die diversiteit zou de inaanmerkingneming van het uur en de minuut van indiening van een merkaanvraag betekenen dat een temporele collisieregel tussen verschillende nationale stelsels moet worden bepaald. Er kan niet worden uitgesloten dat de voorrang in reële tijd ook een zekere verwarring schept, rekening houdend met de veelheid aan communicatiemiddelen en de verschillende kwaliteit ervan in verschillende lidstaten. [33] Teneinde die verwarring te beëindigen, zouden niet alleen het uur en de minuut van de aanvraag moeten worden geregistreerd, maar zou ook moeten worden zeker gesteld dat de informaticasystemen van de nationale autoriteiten de atoomtijd of de universele tijd exact volgen. [34]

69. Op die manier wordt het probleem inzake de datum van indiening onnodig omgezet in een debat over nominale of zelfs reële eenheden. Zo bijvoorbeeld stemt 1 januari, 0.30 uur, in Finland, in reële tijd overeen met 31 december, 23.30 uur, in de meeste lidstaten.

70. Weliswaar is elektronische inschrijving in verschillende lidstaten mogelijk [35], maar mijns inziens moet een onderscheid worden gemaakt tussen de mogelijkheid om de aanvraag elektronisch in te dienen en het opzetten van een stelsel van voorrang in reële tijd. Dat het BHIM en bepaalde lidstaten de mogelijkheid hebben ingevoerd om aanvragen elektronisch in te dienen, teneinde de toegang tot de bescherming van de industriële eigendom te moderniseren en te vergemakkelijken, betekent immers niet noodzakelijkerwijs dat het uur en de minuut van indiening van de inschrijvingsaanvraag in aanmerking worden genomen om vast te stellen of het merk ouder is. [36]

71. Bijgevolg ben ik van mening dat het uur en de minuut slechts in aanmerking kunnen worden genomen om uit te maken of een merk ouder is in de zin van artikel 27 van verordening nr. 40/94 wanneer een uniform stelsel van bestuurlijke procedures voor elektronische inschrijving van zowel gemeenschaps- als nationale merken in de gehele Unie is vastgesteld. Dit zou ook betekenen dat het

32 — Zie aanbeveling nr. 1432 (1999) van de Raad van Europa inzake de eerbiediging van het systeem van Europese tijdzones, beschikbaar op het adres http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta99/frec1432.htm#1. Ter vergelijking van die tijdzones zie http://europa.eu/travel/time/index_fr.htm#tzone.

33 — In dit verband volstaat het de verwijzingsbeslissing aan te halen, waaruit blijkt dat de aanvragen om 11.52 uur en 12.13 uur respectievelijk zijn ingediend, terwijl de litigieuze beslissing van het OEPM preciseert dat de aanvragen om 11.31 uur zijn ingediend.

34 — De burgerlijke tijd, thans gedefinieerd door de tijd van de atoomklokken, wordt „gecoördineerde universele tijd" (UTC) genoemd. Een UTC-dag is ongeveer 0,9 seconde langer dan de gemiddelde dag.

35 — Volgens mijn niet-uitputtend onderzoek voorzien de volgende landen in die mogelijkheid: het Koninkrijk België, de Tsjechische Republiek, het Koninkrijk Denemarken, het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek, het Groothertogdom Luxemburg, het Koninkrijk der Nederlanden, de Portugese Republiek, de Republiek Finland, het Koninkrijk Zweden en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland. Zie http://www.wipo.int/directory/en/urls.jsp.

36 — Zo is het geheel en al mogelijk dat, rekening houdend met de beperkte openingstijden van de loketten van de nationale merkenbureaus, na een elektronische zending om 23 uur, de inschrijving van de aanvraag de volgende dag of de dag zelf gebeurt, en niet in reële tijd, om de voorrang ten opzichte van een ander gemeenschaps- of nationaal merk te bepalen. Zoals ik in voetnoot 20 heb benadrukt, lijkt het BHIM het uur en de minuut van indiening van het merk niet officieel te registreren.

stelsel van de universele tijd wordt toegepast, te weten dat de wettelijke tijdstelsels van de Europese staten volledig worden geharmoniseerd. Het spreekt voor zich dat de invoering van een dergelijk stelsel duidelijk moet voorzien zijn in de Unieregelgeving en in de nationale rechtsstelsels van de lidstaten [37] en niet uit de rechtspraak kan voortvloeien.

72. In dit verband dient nog te worden opgemerkt dat artikel 27 van verordening nr. 207/2009, dat de datum van indiening betreft, in gelijke bewoordingen is opgesteld als het overeenkomstige artikel van verordening nr. 40/94, waarop de onderhavige prejudiciële vraag betrekking heeft. Bijgevolg heeft de Uniewetgever nog steeds niets gepreciseerd over het uur en de minuut van indiening.

73. Subsidiair wens ik nog op te merken dat verordening (EG) nr. 6/2002 [38] met betrekking tot de datum van indiening van gemeenschapsmodelaanvragen evenmin bepaalt dat het uur en de minuut worden vermeld. Bovendien heeft de aanvrager van een ingeschreven gemeenschapsmodel krachtens die verordening onder bepaalde voorwaarden een recht van voorrang. Dit houdt in dat de datum van voorrang wordt geacht overeen te stemmen met de datum van indiening van de gemeenschapsmodelaanvraag. [39]

74. Gelet op het voorgaande zou, indien ervan moet worden uitgegaan dat de aan de orde zijnde merkaanvragen op dezelfde dag zijn ingediend en dat het uur en de minuut niet in aanmerking kunnen worden genomen, daaruit volgen dat de twee aan de orde zijnde merken in beginsel kunnen worden ingeschreven. In dat geval komt de kwestie van de co-existentie van het nationale merk en het gemeenschapsmerk dus aan de orde.

E – *Co-existentie van de merken op de markt*

75. De co-existentie van twee concurrerende inschrijvingen van identieke merken is een bekend en soms onvermijdelijk verschijnsel in de Unie. Het gaat ontegenzeglijk om een onvolkomen situatie die het gevolg is van het multinationale en gediversifieerde karakter van de merkbeschermingsstelsels en van de diversiteit van de ondernemingen die merkhouder zijn.

76. Die co-existentie kan een invloed hebben op de uitkomst van een oppositieprocedure of van een vordering tot nietigverklaring van een merk. Die uitkomst is anders naargelang het gaat om co-existentie van de conflicterende merken dan wel van het oudere merk en merken die toebehoren aan derden en niet aan de houder van het gemeenschapsmerk. Zo kan de co-existentie door de houder van het oudere recht worden aanvaard of tussen de partijen worden overeengekomen. [40]

37 — De geleverde inspanningen inzake temporele uniformering blijken met name uit richtlijn 2000/84/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 januari 2001 betreffende de zomertijd (PB L 31, blz. 21), die bepaalt dat het zestig minuten vooruitzetten ten opzichte van de tijd gedurende de rest van het jaar, in elke lidstaat begint om 1 uur 's morgens wereldtijd, op de laatste zondag van maart. Ook moet worden vermeld dat in het kader van de Overeenkomst van Madrid en het Protocol van Madrid precieze regels over het tijdstip van indiening van toepassing zijn (regel 4 van het gemeenschappelijke uitvoeringsreglement van de Overeenkomst van Madrid betreffende de internationale inschrijving van merken en van het protocol bij die Overeenkomst, getiteld „berekening van de termijnen", beschikbaar op het adres http://www.wipo.int/madrid/fr/legal_texts/common_regulations.htm#rule_4). Bij een depot is de bepaling van het exacte uur geen officiële vermelding die op de aanvraag zal staan. Daarentegen bepaalt instructie 11 betreffende elektronische communicatie (Administratieve instructies voor de toepassing van de Overeenkomst van Madrid betreffende de internationale inschrijving van merken en van het protocol daarbij), beschikbaar op het adres http://www.wipo.int/madrid/fr/legal_texts/admin_instructions.htm#P81_4630, dat wanneer wegens het tijdsverschil de datum waarop het overmaken is begonnen, niet dezelfde is als de datum waarop het overgemaakte is ontvangen, de eerste datum wordt geacht de datum van ontvangst door het Internationale Bureau te zijn. Zie M. Sabatier, *Pratique de la marque internationale*, op. cit., blz. 26.

38 — Verordening van de Raad van 12 december 2001 betreffende gemeenschapsmodellen (PB 2002, L 3, blz. 1).

39 — Krachtens regel 2 [punt 2.4, sub a, van het uitvoeringsreglement van het Verdrag tot samenwerking inzake octrooien (PTC) (tekst beschikbaar op het adres http://www.wipo.int/pct/fr/texts/rules/r2.htm#_2_4)] is de dag van indiening van de eerdere aanvraag niet begrepen in de voorrangstermijn. Bovendien zijn bijzondere regels bepaald voor gevallen waarin de termijn op een vrije dag of een feestdag verstrijkt (zie regel 80, punt 80.5, beschikbaar op het adres http://www.wipo.int/pct/fr/texts/rules/r80.htm#_80_5).

40 — Folliard-Monguiral, „Conditions et effets de la coexistence de marques en droit communautaire", *Propriété industrielle* nr. 9, september 2006, studie 24.

77. Om iets aan dit verschijnsel te doen, kunnen de twee houders een co-existentie-overeenkomst sluiten om elk mogelijk conflict te voorkomen. [41] Bovendien bieden de nationale rechtsstelsels bijzondere oplossingen, zoals het beginsel van eerlijk parallel gebruik („honest concurrent use"), waarvan de rechtsgeldigheid uit het oogpunt van het Unierecht betwistbaar lijkt. [42]

78. Zoals de Commissie in haar opmerkingen heeft benadrukt, was co-existentie een bekend verschijnsel vanaf de invoering van het gemeenschapsmerk, aangezien het BHIM alle merken waarvan de inschrijving eerder was aangevraagd, heeft ingeschreven op 1 april 1996, de datum waarop het register van gemeenschapsmerken is geopend. [43]

79. Hoe dan ook heeft de mogelijkheid om identieke merken voor dezelfde waren of diensten in te schrijven met dezelfde datum van voorrang, steeds bestaan in de op het Verdrag van Parijs gebaseerde stelsels. Co-existentie is dan wel weinig wenselijk, maar zij maakt dus noodzakelijk deel uit van het begrip merk.

V – Conclusie

Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van het Tribunal Supremo als volgt te beantwoorden:

„Bij de huidige stand van het Unierecht staat artikel 27 van verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk, eraan in de weg dat behalve met de dag van indiening van de gemeenschapsmerkaanvraag, ook met het uur en de minuut van die indiening rekening wordt gehouden."

41 — M.J. Elsmore, „Trade Mark Coexistence Agreements: What is all the (lack of) fuss about?", SCRIPT-ed, vol. 5, nr. 1, april 2008. Een dergelijke overeenkomst is niet steeds relevant voor de beoordeling van het verwarringsgevaar, zie arrest Gerecht van 6 november 2007, Omega/BHIM — Omega Engineering (Ω OMEGA) (T-90/05, punt 49).

42 — Zie conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in de zaak Budějovický Budvar, reeds aangehaald (C-482/09), waarin zij het Hof in overweging geeft te oordelen dat artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 89/104 in de weg staat aan een langdurig eerlijk parallel gebruik van twee identieke merken voor dezelfde waren door twee verschillende merkhouders.

43 — Zie arrest Gerecht van 19 oktober 2006, Bitburger Brauerei/BHIM — Anheuser-Busch (BUD) (T-350/04-T-352/04, Jurispr. blz. II-4255).